

Der Regierungsrat des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Frauenfeld, 2. März 2021

136

GRG Nr.	16	MO 48	495
---------	----	-------	-----

Motion von Petra Kuhn, Brigitte Kaufmann und Marianne Raschle vom 11. März 2020 „Stopp der Diskriminierung unserer KMU im Beschaffungswesen“

Beantwortung

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dem vorliegenden Vorstoss wollen die Motionärinnen sowie 72 Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichner den Regierungsrat beauftragen, einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der das im totalrevidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) neu aufgenommene Zuschlagskriterium der Berücksichtigung der „unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird“ enthält (Art. 29 Abs.1 BöB). Begründet wird der Vorstoss damit, dass nach heutigem Beschaffungsrecht in der Schweiz produzierende Unternehmen gegenüber der ausländischen Konkurrenz diskriminiert würden. National- und Ständeräte hätten diesen Missstand erkannt und bei der Totalrevision des BöB ein Preisniveau-Zuschlagskriterium aufgenommen. Die Kaukraftklausel stärke das einheimische Gewerbe und seine Arbeits- und Ausbildungsplätze.

1. Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts

Das öffentliche Beschaffungswesen stellt mit einem Marktvolumen von geschätzt über 41 Mia. Franken pro Jahr einen wichtigen Bereich der Schweizer Volkswirtschaft dar. Das öffentliche Beschaffungsrecht im Kanton Thurgau findet seine Grundlagen im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, dem Government Procurement Agreement (GPA; SR 0.632.231.422), im bilateralen Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilat. Abk.) und im Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Umgesetzt hat der Kanton Thurgau diese Vorgaben durch den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; RB 720.1).¹ Im Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB; RB 720.2) sind nur Grundzüge geregelt.

¹ § 1 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB; RB 720.2).

Es wurde dem Regierungsrat eine umfassende Regelungskompetenz übertragen. Alle Details sind derzeit in der Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; RB 720.21) geregelt.

Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind Anpassungen im nationalen und kantonalen Recht erforderlich. Im Juni 2012 erteilten die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund-Kantone namens AURORA den Auftrag, Vorschläge für die Revision der einschlägigen Beschaffungserlasse zu unterbreiten. Nebst einer inhaltlich und formal konsistenten Umsetzung des revidierten GPA beim Bund und bei den Kantonen sollten die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung soweit als möglich angeglichen werden. Ende 2013 verabschiedete die Arbeitsgruppe AURORA erste Entwürfe für die Anpassung der Bundesgesetzgebung und der IVöB. Der Kanton Thurgau konnte sich im Januar 2015 im Rahmen einer Vernehmlassung dazu äussern.

Die Gesetzgebungsverfahren von Bund und Kantonen erfolgen je separat. Auf Bundesebene wurde der Prozess mit der Inkraftsetzung des BöB per 1. Januar 2021 abgeschlossen. Am 15. November 2019 hat das InöB die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) an einer Sonderplenarversammlung verabschiedet. Seither laufen in den Kantonen die Beitrittsverfahren. Das Anliegen der Motionärinnen wäre in diesem Rahmen umzusetzen. Der Regierungsrat unterbreitet dem Grossen Rat gleichzeitig mit vorliegender Motionsbeantwortung Botenschaft und Entwurf des totalrevidierten GöB, das den Beitritt des Kantons Thurgau zur IVöB 2019 regelt.

2. Inhaltliche Beurteilung der Motion

2.1. Die Preisniveau-Klausel

Die revidierte IVöB bewirkt, dass die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich so weit wie möglich angeglichen werden konnten. Diese Harmonisierung von Bund und Kantonen stellt eine bedeutsame Neuerung dar. Abweichungen gibt es bei Themen, die für den Bund und die Kantone schon im GPA 2012 unterschiedlich geregelt sind, so zum Beispiel beim subjektiven Geltungsbereich, bei den Schwellenwerten, bei der Publikation freihändig erteilter Zuschläge oder bei Bestimmungen, die nur für den Bund relevant sind (z.B. die Ausnahmeregelung betreffend die Entwicklungshilfe). Abweichungen bestehen aber auch beim Rechtsschutz und beim Behördenbeschwerderecht der Wettbewerbskommission (WEKO) nach Massgabe des BGBM.

Bei den Zuschlagskriterien gibt es schliesslich eine weitere – die von den Motionärinnen thematisierte – Abweichung: Art. 29 Abs. 1 BöB sieht vor, dass die Auftraggeberin „unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (...) die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird (...)“ berücksichtigt. Die Aufnahme dieses Zuschlagskriteriums war bis zuletzt höchst umstritten. Anlässlich der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 haben sich die Kantone dann be-

wusst gegen die Aufnahme einer solchen „Preisniveau-Klausel“ in die IVöB 2019 entschieden. Der Antrag eines Kantons, Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019 mit einem Hinweis auf die unterschiedlichen ausländischen Preisniveaus zu ergänzen, wurde abgelehnt.

Auch aus Sicht des Regierungsrates ist auf die Aufnahme einer „Preisniveau-Klausel“ in das kantonale Recht zu verzichten. Dies aus den nachfolgenden Gründen (dazu unten Ziff. 2.2 bis 2.5).²

2.2. Unvereinbarkeit mit der IVöB 2019

Eines der Hauptziele der Revision des Beschaffungsrechts war eine möglichst weitgehende Harmonisierung des Beschaffungsrechts der Kantone. Die bisherige IVöB regelte diesbezüglich lediglich die Grundzüge und überliess die Detailregelungen weitgehend den Kantonen (vgl. VöB). Die IVöB 2019 regelt nun weitestgehend alle Bereiche des Beschaffungsrechts. Die Kantone haben nur noch im Rahmen von Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 die Möglichkeit, eigene Bestimmungen zu erlassen. Der erwähnte Artikel sieht vor, dass die Kantone unter Einhaltung der internationalen Verpflichtungen Ausführungsbestimmungen, insbesondere zu den Art. 10 (Ausnahmen), Art. 12 (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts) und Art. 26 (Teilnahmebedingungen) IVöB 2019, erlassen können. Solche „Ausführungsbestimmungen“ sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Sie müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Das bedeutet, dass die Kantone beispielsweise nicht auf dem Weg des Ausführungsrechts neue (generell-abstrakte) Zuschlagskriterien normieren dürfen.³ Das Einführen eines neuen generell-abstrakten Zuschlagskriteriums „unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird“ (analog Art. 29 Abs. 1 BöB) im kantonalen Recht würde deshalb im Widerspruch zur IVöB 2019 stehen.

2.3. Unverhältnismässiger Mehraufwand

Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages müssen die Auftraggeber viele Vorgaben beachten. Insbesondere für Auftraggeber mit wenig Praxiserfahrung kann die Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens eine grosse Herausforderung darstellen:

- Die Preisniveau-Klausel würde die Vergabestellen wie auch das Verwaltungsgericht mit schwierigen Wertungs- und Auslegungsfragen konfrontieren, die sich für die Beschaffungspraxis kaum oder nur mit grossem Aufwand operationalisieren lassen. Das belastet die zügige Durchführung von Beschaffungen und absorbiert Ressourcen, ohne einen ausgewiesenen Nutzen für die schweizerischen Anbieter.

² Nachdem die Thematik in verschiedenen Kantonen aktuell geworden ist, hat die BPUK dazu ein Faktenblatt erstellt: Vgl. das Faktenblatt „Preisniveau nach Art. 29 Abs. 1 BöB“ der BPUK, m.w.H.

³ Vgl. dazu das im Auftrag der BPUK erstattete Gutachten von PROF. HANS RUDOLF TRÜEB und DR. MARTIN ZOBL, Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei öffentlichen Beschaffungen – Rechtliche Zulässigkeit und praktische Umsetzung, Zürich, 11. März 2020, Rz. 3 ff.

- Das Kriterium ist praxisfern und steht dem Geist der neuen Vergabekultur entgegen. Danach sollen Qualitätswettbewerb, Innovation und Nachhaltigkeit gefördert und verstärkt als Kriterien herangezogen werden. Das kommt faktisch den schweizerischen und Thurgauer Unternehmen, insbesondere den kleineren und mittleren Unternehmen (KMU), zugute. Demgegenüber fokussiert die Preisniveau-Klausel, wie der Name sagt, ausschliesslich auf den Preis. Sie würde ihn somit wieder in den Vordergrund rücken.
- Da sich eine öffentliche Beschaffung stets auf ein konkretes Gut oder eine spezifische Leistung bezieht, kann das allgemeine schweizerische Preisniveau bei der Bewertung von Angeboten nicht als taugliches Ausgleichskriterium dienen. Es müssten für den Preisvergleich zwingend auch zur Feststellung des inländischen Preisniveaus branchen- oder sektorenspezifische Preisvergleiche herangezogen werden. Oftmals fehlen dazu einfach zugängliche und leicht nachvollziehbare Datengrundlagen. Die Vergabestellen müssten diese beschaffen und aufbereiten, etwa bei der Vorbereitung der Beschaffung.
- Um die unterschiedlichen Preisniveaus zwischen der Schweiz und den Herkunftsländern ausländischer Anbieter verstehen und adäquat bewerten zu können, sind entsprechende Kompetenzen und Ressourcen bei den Vergabestellen erforderlich. Es handelt sich um komplexe Sachverhalte. Zudem ist eine sehr gute Kenntnis der betroffenen Märkte und Produkte nötig. Den Ausschreibungen müssten entsprechende Hypothesen zugrunde gelegt werden, die sich nach der Öffnung und Bewertung der tatsächlich eingegangenen Angebote auch als falsch erweisen können, z.B. wenn nicht die erwarteten Anbieter ein Angebot einreichen. Dieses Vorgehen erweist sich als fehler- und beschwerdeanfällig.
- Es ist unklar, wie ausländische von inländischen Angeboten unterschieden würden und in welchen Fällen das Zuschlagskriterium „unterschiedliches Preisniveau“ überhaupt zur Anwendung käme. Im Anwendungsfall stellen sich zahlreiche unterschiedliche 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 (z.B. 60 %, 51 % oder 30 %) oder welchem Staat Produkte oder Dienstleistungen zuzuordnen wären, an denen Arbeitsgemeinschaften oder Subunternehmen aus mehreren Staaten beteiligt sind.
- Der Bezug von Rohstoffen, Vorleistungen, Komponenten, Vorfabrikaten usw. bei ausländischen Lieferanten durch schweizerische Anbieter kommt in der Praxis sehr häufig vor, gerade bei KMU. Zu denken ist als Beispiele an die Fertigung von Kommunalfahrzeugen oder im Baunebengewerbe an Schreiner-, Maler- oder Gipserarbeiten. Unternehmen mit Sitz und Produktion in der Schweiz, die mit ausländischen Unternehmen zusammenarbeiten (müssen), würden unter dem Preisniveau-Kriterium benachteiligt.

- Die Erhebung und laufende Aktualisierung zuverlässiger Daten in diesem Kontext dürften bei den Vergabestellen einen erheblichen bürokratischen Aufwand nach sich ziehen. Dieser kann sich analog zum Nachteil auch der (schweizerischen) Anbieter bei der Erarbeitung ihrer Angebote niederschlagen. Sie müssten die Wertschöpfungskette und die jeweiligen (prozentualen) Anteile an der Wertschöpfung gegenüber der Vergabestelle detailliert offenlegen, v.a. die eigenen Anteile am Produkt. In der Praxis zeigt sich, dass die Anbieter bereits heute die formellen Hürden im Rahmen von Vergabeverfahren als (zu) hoch empfinden. Mit der Preisniveau-Klausel würden diese Hürden noch höher.
- Die Vergabestellen müssten die in den Angeboten ausgewiesenen Wertschöpfungsketten und -anteile im Verfahren überprüfen, sind aber dazu nicht in der Lage. Vergabebehörden haben grundsätzlich keinen Einblick in die interne Kalkulation und Produktion der Anbieter (Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis). Zudem müssten die Vergabestellen über sehr vertiefte Produktkenntnisse verfügen, was unrealistisch ist.
- In hohem Masse ungeklärt und unsicher ist schliesslich die Frage, wie die „Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus“ bei der Angebotsbewertung in der Praxis konkret stattfinden soll. Die theoretisch denkbaren Massnahmen reichen von einem (geringfügigen) Punkteabzug bis zu einem Ausschluss der entsprechenden Angebote. Eine weitere Variante bestünde darin, die offerierten Preise um den Faktor „Preisniveau-Unterschied“ zu bereinigen. Die Vergabestellen müssten die Preisniveaus der für die eingegangenen Angebote relevanten Länder feststellen, um anschliessend pro Angebot oder pro Land die Preisdifferenz zu berechnen. Falls das ausländische Preisniveau über dem inländischen Niveau liegt (z.B. Energiekosten, elektronische Geräte, Möbel), wären die Preise von schweizerischen Anbietern im Gegenzug allenfalls nach oben zu korrigieren, womit deren Erfolgchancen geringer würden.

Die Vergabestellen und die Anbieter müssten, zusammenfassend, somit bei relativ kleinen Auftragssummen (siehe die Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich nachfolgend) einen grossen bürokratischen Aufwand auf sich nehmen, um das „Preisniveau“ und die Herkunft der Leistung oder der Leistungsteile in irgendeiner Form zu ermitteln, nachzuweisen und zu bewerten. Bereits heute gibt die Gewichtung und Bewertung des Preises Anlass zu vielen Beschwerdeverfahren. Die Preisniveau-Klausel würde nicht zur angestrebten Vereinfachung, sondern zu einer Verkomplizierung und einer Verlängerung der Beschaffungsdauer führen.

2.4. Rechtsunsicherheit und Relevanz

Im Staatsvertragsbereich besteht kein Raum für die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus am ausländischen Leistungsort. Ein solches Zuschlagskriterium stünde im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere Verletzung der Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung). Im Binnenbereich wäre die Preisniveau-Klausel demgegenüber zwar wohl anwendbar, aber aus den nachfolgenden Gründen praktisch ohne grosse Bedeutung:

- Aufgrund der massgebenden Schwellenwerte ausserhalb des Staatsvertragsbereichs könnte das Preisniveau-Kriterium bei Lieferungen und Dienstleistungen bei Aufträgen mit einem Wert zwischen Fr. 250'000 und 300'000 angewendet werden.
- Bei Bauleistungen hätte das Preisniveau-Kriterium bei Aufträgen mit einem Wert zwischen Fr. 250'000 (Baunebengewerbe) bzw. Fr. 500'000 (Bauhauptgewerbe) und 8.7 Mio. Franken eine gewisse Relevanz. In diesem Bereich ist die praktische Bedeutung allerdings insofern eingeschränkt, als der Auftragswert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts aller für ein Bauwerk massgeblichen Bauleistungen bestimmt wird, auch wenn verschiedene Auftragsgattungen vergeben werden (sog. Bauwerksregel, Art. 16 Abs. 3 BöB). Dadurch fallen auch kleinere Beschaffungen rasch in den Staatsvertragsbereich, wenn sie Teil eines Gesamtprojekts sind.
- Bei Vergaben, welche die Vergabestellen im Einladungsverfahren durchführen dürfen, z.B. bei Güter- oder Dienstleistungsbeschaffungen unterhalb von Fr. 250'000, können sie direkt ausschliesslich schweizerische Anbieter zur Angebotseinreichung einladen, so dass zum Vornherein kein Bedarf nach diesem Kriterium besteht.

2.5. Rechtskonforme Alternativen

Den Thurgauer Vergabestellen stehen andere rechtskonforme Instrumente zur Verfügung, um insbesondere den Bedürfnissen der KMU Rechnung zu tragen:

- Die Vergabekriterien der IVöB 2019 begünstigen die angemessene Gewichtung von Qualitätskriterien sowie die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten und Innovation, was tendenziell Anbietern in der Schweiz und im Kanton Thurgau 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 BöB) und wonach die Qualität und die anderen im Gesetz oder in der Vereinbarung aufgeführten Zuschlagskriterien im Verhältnis zum Preis mehr Gewicht erhalten und auf die gleiche Stufe gestellt werden, was die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und auch im Kanton Thurgau stärkt.
- Im Binnenbereich müssen ausländische Anbieter nur insofern zum Verfahren zugelassen werden, als ihr (Sitz-)Staat Gegenrecht gewährt (Art. 6 IVöB 2019).
- 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 2019).

- Die Eignungskriterien können auf das vom Beschaffungsgegenstand her Notwendige beschränkt werden und zu „formalistische“ Eignungskriterien können unterbleiben, damit der Wettbewerb spielen kann und der Aufwand für die Offerte verhältnismässig bleibt („so wenig wie möglich, so viel als nötig“).
- Für den Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes stehen zudem die Instrumente des Entsendegesetzes (EntsG; SR 823.20) zur Verfügung, die sich in der Praxis bewährt haben. Dazu gehören die Dokumentenprüfung, Inspektionen auf der Baustelle und Verwaltungssanktionen bei Nichteinhalten.

Das Departement für Bau und Umwelt (DBU) hat mit Blick auf das bevorstehende Rechtsetzungsverfahren verschiedene Gespräche geführt mit Vertretern des Thurgauer Gewerbeverbands, der Industrie- und Handelskammer Thurgau sowie des Thurgauischen Baumeisterverbands. Im Rahmen dieser Gespräche wurde seitens des Kantons bereits auf die rechtskonformen Möglichkeiten verwiesen, mit denen den Bedürfnissen der Thurgauer Unternehmen Rechnung getragen werden kann.

Die vom DBU seit dem Jahr 2016 erstellte Vergabestatistik über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Fr. 10'000 des Hochbauamtes, des Tiefbauamtes und des Amtes für Umwelt zeigt zudem, dass die Thurgauer Unternehmen – entgegen der Auffassung der Motionärinnen – nicht diskriminiert werden. In den Jahren 2016 bis 2019 wurden zwischen 69 % und 72 % der Aufträge mit einem Anteil am Vergabevolumen zwischen 68 % und 83 % grösstenteils freihändig oder im Einladungsverfahren an Unternehmen mit Standorten im Kanton Thurgau vergeben. Sogar zwischen 93 % und 97 % des Vergabevolumens wurden an Unternehmen mit Standorten im Kanton Thurgau und in den Nachbarkantonen vergeben. Insgesamt wurden in den Jahren 2016 bis 2019 von 3'502 Aufträgen gerade einmal 15 Aufträge, d.h. 0.5 %, ins Ausland vergeben. Am gesamten Vergabevolumen von total über 232 Mio. Franken hatten diese Aufträge mit einem totalen Vergabevolumen von rund 1 Mio. Franken einen Anteil von nicht einmal 0.5 %. Auch für das Jahr 2020 werden die Zahlen entsprechend ausfallen.

3. Zusammenfassende Beurteilung

Nach Ansicht des Regierungsrates ist auf die Aufnahme eines Zuschlagskriteriums „unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird“ (analog Art. 29 Abs. 1 BöB) in das kantonale Recht zu verzichten. Eine solche Bestimmung würde im Widerspruch stehen sowohl mit der IVöB 2019 als auch mit dem geltenden Recht. Zudem gilt es eine weitere Verkomplizierung und Formalisierung der Vergabeverfahren im Interesse der Auftraggeber und auch im Interesse der Privatwirtschaft möglichst zu verhindern. Schliesslich ist der Regierungsrat davon überzeugt, dass die Schweizer und Thurgauer Unternehmen sich punkto Qualitätswettbewerb, Innovation und Nachhaltigkeit von der befürchteten Billigkonkurrenz abheben können.

4. Antrag

Aus den dargelegten Gründen beantragen wird Ihnen, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, die Motion nicht erheblich zu erklären.

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber