

2183

Öffentliches Beschaffungswesen. Ermessen der Vergabebehörde**Sachverhalt:**

A. Im Frühjahr 1999 war der Winterdienst auf der Unterstrasse in der Gemeinde X. neu zu vergeben. Mit Schreiben vom 4. Mai 1999 hatten sich F. und mit Schreiben vom 11. Mai 1999 B. und W. um die Übernahme des Auftrages beworben. Mit Verfügung vom 16. September 1999 hatte die Baukommission die Schneeräumungsarbeiten auf der Unterstrasse an F. vergeben. Diese Verfügung wurde den Mitbewerbern B. und W. am 17. September 1999 mitgeteilt. Mit Eingabe vom 19. September 1999 haben B. und W. diesen Vergabeentscheid angefochten. Sie machten zur Begründung im wesentlichen geltend, dass sie nur per Zufall erfahren hätten, dass der Schneeräumungsauftrag neu zu vergeben sei. Sie würden sich fragen, ob die Gemeinde den Auftrag nicht hätte öffentlich ausschreiben müssen. F., der den Zuschlag erhalten habe, komme aus der ausserkantonalen Gemeinde E. und habe seine Schriften erst seit dem 1. Mai 1999 in X. Er habe in X. noch nie einen Franken Steuern bezahlt. Sie (die Beschwerdeführer) seien der Gemeinde X im Zusammenhang mit der Abwassererschliessung hingegen in überaus grosszügigem Masse entgegengekommen. Seit dem 1. August 1999 hätten sie zudem einen landwirtschaftlichen Lehrling. Zusammen mit den Eltern und den Arbeitskräften der Beschwerdeführer selbst, sei bei ihnen die personelle Ausgangslage für eine jederzeit prompte Schneeräumung besser gewährleistet als bei F. Die Regelung der Fahrrechte auf der Privatstrasse G./S. habe letztes Jahr neu geregelt werden können. Dabei entfalle für sie (Beschwerdeführer) eine Unterhaltspflicht von 50% auf einer Strecke von mehr als einem Kilometer. Wegen der hohen Kosten, die ihnen entstehen würden, wenn sie die Schneeräumung an eine Drittperson vergeben müssten, würden sie sich gezwungen sehen, einen eigenen Pfadschlitten zu kaufen. Diese Tatsache sei bereits im Bewerbungsschreiben erwähnt gewesen. In der Begründung der Vergabe des Auftrages an F. sei angegeben worden, dass die Arbeit durch diesen zuverlässig und sorgfältig ausgeführt worden sei. Das sei aber bei jedem Auftrag selbstverständlich und rechtfertige

es nicht, dass ein Auftrag danach immer wieder an die gleiche Firma vergeben werde.

B. In ihrer Vernehmlassung vom 3. November 1999 führte die Baukommission aus, dass für die Vergabe des Auftrages an F. vor allem ausschlaggebend gewesen sei, dass dessen Traktor bereits mit Schneeketten und dem fast neuen Pflug der Gemeinde ausgerüstet gewesen sei. Die Anpassung dieser Ausrüstung an einen anderen Traktor hätte Kosten im Umfange von einigen tausend Franken verursacht. F. habe die Pfadarbeiten auf der Unterstrasse bereits im letzten Winter zur vollen Zufriedenheit der Gemeinde ausgeführt. Die wiederkehrenden Kosten für das Pfaden seien nicht im Vordergrund gestanden, weil bei Schneeräumungsaufträgen jeweils die aktuellen Tarife der kantonalen Tiefbauverwaltung angewendet würden. Die Baukommission habe sich zudem von der aktuellen Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen leiten lassen, wonach Herkunft, Konfession, öffentliche Ämter, bisherige Steuerzahlungen oder ähnliches seitens der Bewerber für den Zuschlag keine Rolle spielen dürften. Der Anbau des Pfadschlittens an den Traktor von F. habe rund Fr. 5'000.-- gekostet. Diese Kosten wären bei einer Umrüstung auf den Traktor von B. und W. nochmals angefallen. Selbst wenn diese Kosten von B. und W. übernommen worden wären, ergäbe sich für die Gemeinde dadurch kein Vorteil.

Aus den Erwägungen:

1. Nachdem dieser Entscheid das erste Gerichtsurteil auf dem Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens im Kanton Appenzell A.Rh. ist und die kantonalen Rechtsgrundlagen noch nicht bereinigt sind, besteht Anlass, die aktuelle Rechtslage zusammenzufassen, zumal das öffentliche Beschaffungswesen auf verschiedenen Rechtsgrundlagen basiert.

a) Auf internationaler Ebene relevant sind die GATT/WTO-Abkommen und darunter vor allem das am 15. April 1994 in Marrakesch abgeschlossene Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das am 1. Januar 1996 für die Schweiz in Kraft getreten ist (GATT Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422). Das GAP gilt für Beschaffungen des Bundes und der Kantone ab bestimmten Schwellenwerten. In den Sektoren Wasser- und Energieversorgung sowie Verkehrsmittel gilt es zusätzlich auch

für die Gemeinden sowie öffentliche Unternehmungen (Pra 1999/571; *Karl Weber*, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, S. 169).

b) In Ausführung dieses Übereinkommens (GAP) traten am 1. Juli 1996 das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) in Kraft. Diese beiden Erlasse finden auf Beschaffungen des Bundes, nicht jedoch auf jene der Kantone oder Gemeinden Anwendung.

c) Das GPA verpflichtet auch die Kantone. Diese können die entsprechenden Verpflichtungen entweder autonom oder konkordatsweise umsetzen. Am 25. November 1994 nahm die Konferenz der kantonalen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren und die Konferenz der kantonalen Volkswirtschaftsdirektoren die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen an, die am 14. März 1996 vom eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement genehmigt wurde (IVöB, SR 172.056.4). Dieser Vereinbarung ist der Kanton Appenzell A.Rh. mit Beschluss der Landsgemeinde vom 27. April 1997 beigetreten (bGS 712.2). Die Vereinbarung erfasst die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, sofern diese die im GPA festgelegten Schwellenwerte erreichen. Der Geltungsbereich der Vereinbarung geht indessen über denjenigen des GPA hinaus, indem nicht nur Beschaffungen auf Kantonsebene, sondern auch solche auf Gemeindeebene gegenüber Anbietern aus andern Kantonen und GPA-Vertragsstaaten erfasst werden, vorausgesetzt die kantonale Regelung sehe dies vor und der andere Kanton oder GPA-Vertragsstaat gewähre Gegenrecht (Art. 8 IVöB; vgl. *Markus Metz/Gerhard Schmid*, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, ZBl 1998, S. 55).

d) Am 1. Juli 1996 schliesslich ist das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) mit Ausnahme der Bestimmungen über den Rechtsschutz (Art. 9) in Kraft getreten. Art. 9 BGBM gelangt seit 1. Juli 1998 zur Anwendung. Das BGBM ist als Grundsatzерlass konzipiert, das Mindestanforderungen auf den Gebieten des Marktzuganges, der Nichtdiskriminierung bei öffentlichen Beschaffungen, der bundesweiten Geltung kantonaler oder kantonal anerkannter Fähigkeitsausweise, der Vermeidung der Inländerdiskriminierung gewährleistet und der rechtsschutzmässigen Durchsetzung dieser Ansprüche dient

(Karl Weber, a.a.O., S. 164 f.). Die Mindestgarantien des BGBM auf dem Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens sind direkt anwendbar und gelten für die Beschaffungen durch Kanton, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben (Art. 5). Nach Art. 11 BGBM bringen Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben ihre Vorschriften innert zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes mit diesem in Einklang und erlassen die erforderlichen organisatorischen Bestimmungen.

e) Innerkantonale besteht die Verordnung über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat vom 21. August 1919 (Submissionsordnung, bGS 712.1). Diese Verordnung gilt ausschliesslich für öffentliche Beschaffungen durch den Kanton.

f) Eine telefonische Abklärung bei der Gemeindekanzlei X. hat ergeben, dass die Gemeinde X. über kein Submissionsreglement verfügt.

g) Der Kanton verfügt noch nicht über die Ausführungsbestimmungen zum Binnenmarktgesetz und zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen. Das entsprechende kantonale Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen wurde vom Kantonsrat am 15. November 1999 in erster Lesung angenommen und untersteht zur Zeit der Volksdiskussion (Amtsblatt Nr. 46, S. 849-851, 862).

3. Bezüglich der Anwendbarkeit der in Ziff. 2 dargestellten Rechtsquellen ergibt sich für den vorliegenden Streitfall folgendes:

a) Die Gemeinde X. und der Kanton verfügen derzeit (noch) nicht über eigene, auf die Beschaffungen durch die Gemeinden anwendbare Rechtsgrundlagen.

b) Die Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen sind mangels Erreichens des Schwellenwertes nicht anwendbar. Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b IVÖB beläuft sich der Schwellenwert bei Lieferungen und Dienstleistungen auf Fr. 403'000.--. Der vorliegend zu beurteilende Streit über die Vergabe der Schneeräumung auf der Unterstrasse in X. hat aufgrund der im Recht liegenden Abrechnungen für die Winterdienste 1996/97 bis 1998/99 einen jährlich wiederkehrenden Wert von rund Fr. 10'000.--. Im Entwurf der Baudirektion zu einer Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen ist vorgesehen (Art. 9), den Wert von wiederkeh-

renden Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen dem tatsächlichen Gegenwert während der letzten 12 Monate resp. dem geschätzten Wert von wiederkehrenden Aufträgen in den 12 Monaten, die dem Erstauftrag folgen, gleichzusetzen. Würden diese Bewertungsregeln im Sinne einer Vorwirkung zur Anwendung gelangen, wäre der Schwellenwert der IVöB offensichtlich auch nicht erreicht. Er wäre es selbst dann nicht, wenn der Wert sinngemäss nach Art. 115 der Zivilprozessordnung (ZPO, bGS 231.1; Streitwert im Zivilprozess) berechnet würde. Nach Art. 115 Abs. 3 ZPO beläuft sich der Streitwert bei wiederkehrenden Leistungen von ungewisser Dauer auf den zwanzigfachen Betrag der einjährigen Leistung. Das würde hier einem Gesamtwert von rund Fr. 200'000.-- entsprechen.

c) Von Bundesrechtes wegen direkt anwendbar sind trotz Fehlens von kantonalen Einführungsbestimmungen die materiellen und formellen Mindestgarantien, die das Binnenmarktgesetz gewährleistet. Es sind dies im öffentlichen Beschaffungswesen in materieller Hinsicht nach Art. 5 BGBM die Nichtdiskriminierung und die Publikation umfangreicher Vorhaben. Als formelle Garantie sieht das BGBM in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Art. 9 die Verfügungsform von Auftragsvergaben und die Rechtsweggarantie vor. Zur innerkantonalen Umsetzung der Rechtsweggarantie hat der Regierungsrat am 23. Juni 1998 die Verordnung über den Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen erlassen (bGS 712.3). Die Verordnung wird ab dem 1. Juli 1998 angewendet.

Nach Art. 1 der Verordnung über den Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen gilt die Rechtsweggarantie des Binnenmarktgesetzes für den Kanton, die Gemeinden, die Zweckverbände, andere öffentliche Körperschaften sowie Dritte, soweit diese Träger öffentlicher Aufgaben sind. Der Rechtsschutz richtet sich gemäss Art. 2 der Verordnung nach den Art. 15 bis 18 IVöB.

4. Mit der Beschwerde an die unabhängige kantonale Instanz können nach Art. 16 IVöB Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden. Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden. Gegen den Entscheid des kantonalen Gerichtes ist kein ordentliches

Rechtsmittel gegeben. Vorbehalten bleibt gemäss Art. 9 Abs. 2 BGBM einzig die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht.

Für das vorliegende Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass die Beurteilung lediglich mit sogenannt eingeschränkter Kognition erfolgen kann. Die Beschwerdeführer können nur Rechtsverletzungen rügen. Zu den Rechtsverletzungen gehört die Ermessensüberschreitung. Soweit die Vorinstanz ihren Entscheid innerhalb des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessensspielraumes gefällt hat, kann die Rechtsmittelinstanz nicht einschreiten. Selbst dann nicht, wenn neben der von der Vorinstanz getroffenen Entscheidung auch andere Lösungen allenfalls möglich und zweckmässig gewesen wären.

5. Im Lichte dieser Rechtslage ergibt sich in bezug auf die einzelnen von den Beschwerdeführern vorgetragenen Rügen folgendes:

a) Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass die Gemeinde den Auftrag hätte publizieren müssen. Aus der oben dargestellten Rechtslage ergibt sich, dass auf die vorliegende Streitsache einzig das Binnenmarktgesetz direkt anwendbar ist. Art. 5 Abs. 2 BGBM schreibt die Publikation für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten vor. Im zu beurteilenden Falle ist es unbestritten, dass der jährliche Wert der vergebenen Dienstleistung circa Fr. 10'000.-- beträgt. Wenn die Vorinstanz diesen Betrag nicht als umfangreiche Dienstleistung qualifiziert hat, hat sie ihr Ermessen damit keineswegs überschritten, weshalb sie zur Publikation nicht verpflichtet war. Im übrigen ist den Beschwerdeführern aus der Unterlassung der Publikation kein Nachteil erwachsen, weil sie von der Neuvergabe ohnehin Kenntnis erhalten und sich auch rechtzeitig um den Auftrag beworben hatten.

b) Die Gemeinde X. hatte seinerzeit den Traktor von F. mit einem Pfadschlitten und Schneeketten auf Kosten der Gemeinde ausgerüstet. Die Beschwerdeführer bringen hierzu vor, dass sie den Gemeindeingenieur darüber orientiert hätten, dass sie sogar bereit wären, einen eigenen Schneepflug zu kaufen, wenn sie den Schneeräumungsauftrag erhalten würden. Sie machen damit sinngemäss geltend, dass ihr Angebot für die Gemeinde das wirtschaftlich günstigere gewesen sei. Wenn die Vorinstanz dazu nun ausführt, dass dieses Angebot für die Gemeinde kostenneutral gewesen wäre, kann das nicht als Ermessensüberschreitung beanstandet werden. Wäre das

Angebot der Beschwerdeführer berücksichtigt worden und hätten sie einen eigenen Schneepflug und eigene Schneeketten angeschafft, hätte F. den Schneepflug an seinem Traktor entweder der Gemeinde abkaufen müssen, oder die Gemeinde hätte einen Schneepflug gehabt, den sie eigentlich nicht brauchen konnte. Alle Varianten (Schneebruch durch F. mit Pflug der Gemeinde, Schneebruch durch Beschwerdeführer mit eigenem Pflug, dabei Rückgabe oder Erwerb des Pfluges der Gemeinde durch F.) wären durchaus möglich und auch zweckmässig gewesen. Indem sich die Gemeinde für die eine Variante entschieden hatte, hat sie ihr Ermessen nicht missbraucht, weshalb der Zuschlag an F. gesetzmässig und nicht zu beanstanden ist.

c) Die Vorinstanz hat als Zuschlagskriterium auch berücksichtigt, dass der Schneebruch durch F. in den vergangenen Jahren zuverlässig besorgt worden ist. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass gleiches auch von ihnen hätte erwartet werden können. Das trifft zweifellos zu. Trotzdem hat die Vorinstanz ihr Ermessen nicht missbraucht oder überschritten, wenn sie den Zuschlag an F. erteilt hatte.

d) Die Rüge der Beschwerdeführer, F. sei erst seit kurzem in der Gemeinde X. wohnhaft, habe dort noch nie Steuern bezahlt und sich auch sonst am öffentlichen Leben noch nicht beteiligt, ist ein sachfremdes Argument, das aufgrund des Gebotes der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 5 BGBM für die Erteilung des Zuschlages gerade nicht ausschlaggebend sein durfte.

e) Die Neuregelung der Fahrrechte auf der Privatstrasse G./S. hat für die Vergabe des Winterdienstes auf der Unterstrasse rechtlich keine Bedeutung. Dass die Beschwerdeführer nach der Neuregelung eine Unterhalts- und damit eine Schneebruchpflicht auf einer Strecke von mehr als einem Kilometer trifft, mag ein Grund dafür sein, dass sie sich entschlossen haben, einen eigenen Schneepflug zu kaufen und der Gemeinde ein Angebot mit eigenem Pflug zu unterbreiten. Ein solches Angebot macht durchaus Sinn. Die Vorinstanz hat trotzdem das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten oder missbraucht, wenn sie den Auftrag in der Weise vergab, dass ihr eigener Schneepflug verwendet wird.

f) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das ihr aufgrund der Rechtslage im Kanton Appenzell A.Rh. zustehende, sehr

weite Ermessen bei der Vergabe des Auftrages zum Schneebruch auf der Unterstrasse nicht überschritten hat. Der Zuschlag an F. ist daher nicht zu beanstanden, und die Beschwerde ist abzuweisen.

VGP 15.12.1999

2184

Finanzausgleich. Reduktion oder Entzug des Staatsbeitrages nach Art. 14 FAV.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 1 der Finanzausgleichsverordnung (FAV, bGS 613.1) erfolgt die staatliche Unterstützung der Gemeinden alljährlich aufgrund der gemäss FAV sich ergebenden Rechnungen der vergangenen drei Jahre. Die gesamten Unterstützungsbeiträge des Staates dürfen den Betrag einer Landessteuer von $\frac{1}{2} \text{ ‰}$ ($\frac{1}{2}$ Einheit) nicht übersteigen. Verfassungsmässiges Ziel dieses Finanzausgleiches ist, dass die Steuerbelastung in den Gemeinden nicht unverhältnismässig variiert (*J. Schoch*, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung, N1 zu Art. 104). Voraussetzung für den sog. Hauptbeitrag ist nach Art. 2 FAV, dass die Gemeinde im Dreijahresdurchschnitt einen Steuerfuss erhebt, der nicht unter dem Durchschnitt aller 20 Gemeinden liegt. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung haben diejenigen Gemeinden Anspruch auf einen Beitrag, deren durchschnittlich nötiger Steuerbedarf mit Ausschluss von Landes- und Kirchensteuern über dem Durchschnitt aller 20 Gemeinden steht. Dieser Anspruch auf einen Hauptbeitrag wird weitestgehend durch die präzisen Berechnungsvorgaben in Art. 11 FAV bestimmt. Vorbehältlich der Plafonierung auf eine halbe Einheit der Landessteuer (Art. 11 Abs. 2) besteht somit ein Rechtsanspruch auf einen Hauptbeitrag in bestimmter Höhe. Der Hauptbeitrag einer Gemeinde bemisst sich einerseits nach dem über dem Dreijahresdurchschnitt aller Gemeinden liegenden Mehrbedarf an Steuereinheiten und anderseits nach der Steuerkraft, d.h. dem durchschnittlichen Ertrag einer Steuereinheit in den vorangehenden