



Anfrage Schilliger Peter und Mit. über die Klarstellung der Verfahrensregeln bei den Arbeitsvergaben im freihändigen Verfahren (A 875). Eröffnet am: 05.04.2011 Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement

Antwort Regierungsrat:

Vorbemerkung:

Mit der Änderung der Bestimmung zum freihändigen Verfahren (§ 13 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen [öBG]) vom 15. März 2010 ist die geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Luzerner Verwaltungsgerichts im Interesse der Klarheit und der Rechtssicherheit ausdrücklich im Gesetz verankert worden (vgl. Botschaft B 130 zum Entwurf einer Änderung des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen betreffend die freihändige Vergabe vom 8. September 2009). Auch wurde damit dem Anliegen der Motion M 594 von Josef Fischer vom 6. Dezember 2005 entsprochen, welche verlangte, das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen sei dahingehend zu präzisieren, dass bei der freihändigen Vergabe Konkurrenzofferten eingeholt werden könnten und bei diesem Vergabeverfahren kein Rechtsmittelverfahren möglich sei. Im Anwendungsbereich des freihändigen Vergabeverfahrens ist also das Einholen mehrerer Offerten zulässig, ohne dass dabei die formalen Vorgaben für das Einladungsverfahren (Ausschreibung, Bekanntgabe der Kriterien, Gewichtung) eingehalten werden müssen. Damit soll insbesondere die Konkurrenz unter den Anbieterinnen ermöglicht und mithin die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gefördert werden. Im Übrigen gelten weiterhin dieselben Regeln inhaltlicher Grundsätze für das freihändige Verfahren wie vor dieser Gesetzesänderung. Insbesondere hat die Auftraggeberin auch im freihändigen Verfahren ein faires Verfahren zu gewährleisten.

Zu Frage 1: Teilt die Regierung die Ansicht, dass das freihändige Verfahren vor allem auf Kleinarbeiten anzuwenden ist?

Der Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens ist gesetzlich definiert. Gemäss § 9 öBG in Verbindung mit § 6 Absatz 1 der Verordnung über die öffentlichen Beschaffungen (öBV) kann eine Vergabe freihändig erfolgen, wenn der geschätzte Wert folgende Schwellenwerte nicht erreicht: 100'000 Franken bei Lieferungen, 150'000 Franken bei Dienstleistungen sowie bei Aufträgen im Baunebengewerbe und 300'000 Franken im Bauhauptgewerbe. Diese Schwellenwerte stimmen mit denjenigen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) überein. Im Weiteren ist eine freihändige Vergabe nach § 9 öBG möglich, wenn eine Leistung Besonderheiten in Bezug auf Art, Umfang oder Zeit ihrer Beschaffung oder im Zusammenhang mit andern Beschaffungen oder Beschaffungsverfahren aufweist. In welchen Fällen solche Besonderheiten gegeben sind, ist in § 6 Absatz 2 öBV festgelegt. Aufträge, die gemäss der angeführten Regelung freihändig vergeben werden können, dürfen grundsätzlich auch im Einladungsverfahren oder im offenen Verfahren vergeben werden. Sofern die massgebenden Schwellenwerte nicht überschritten werden, liegt die Wahl der Verfahrensart jedoch in jedem Fall bei der Auftraggeberin. Das Gesetz räumt somit den Vergabebehörden einen weiten Spielraum ein, was bei den grossen Unterschieden der einzelnen Beschaffungen sinnvoll ist. Allerdings sind auch hier die allgemein anerkannten Grundsätze der haushälterischen Verwendung der Mittel zu beachten; insbesondere hat sich jede einzelne Beschaffung an der Wirksamkeit, der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit zu orientieren, die auch für alle Vergabeinstanzen massgebend sind (vgl. § 3 FLG). Es ist somit richtig, dass in Beachtung des erwähnten gesetzlichen Grundsatzes das freihändige Verfahren in der Regel für kleinere Arbeiten angewendet werden soll.

Zu Frage 2: Gemäss Gesetz über die öffentliche Beschaffung (§ 15) dürfen mit Anbietern keine Verhandlungen über Leistungen oder Abgebote durchgeführt werden. Wie beurteilt die Regierung die verpflichtete Anwendung dieser Gesetzesregelung auch bei Vergabe im freihändigen Verfahren?

Anders als bei den höherstufigen Verfahren wie dem Einladungs- oder dem offenen Verfahren findet beim freihändigen Verfahren vor dem Vertragsabschluss kein formell geregeltes Vergabeverfahren statt. Im freihändigen Verfahren muss weder eine Ausschreibung, noch eine Offertöffnung durchgeführt werden. Die Vergabe erfolgt ohne formelle Zuschlagsverfügung mit dem Abschluss des Vertrags über die Beschaffung. Das freihändige Verfahren kennt somit die für die anderen Verfahren typische Zweiteilung des Verfahrens von der Ausschreibung bis zur Offertöffnung und von der Offertöffnung bis zur Zuschlagsverfügung nicht. Bei der Beschaffung sind allerdings auch die allgemeinen Grundsätze des Beschaffungsrechts zu beachten. Dazu gehört auch das allgemeine Verbot von Verhandlungen über Preise, Preisnachlasse und damit zusammenhängende Änderungen des Leistungsinhaltes (§ 15 öBG). Dieses Verbot von Preisverhandlungen gilt auch bei der Einholung von Offerten im Rahmen der freihändigen Verfahren, das bei dieser Vorgehensweise nicht umgangen werden kann. Nicht im Sinne der öffentlichen Beschaffungen ist - unabhängig von der gewählten Verfahrensart - das Versenden eines Offertöffnungsprotokolls an alle Anbieterinnen mit der Einladung zu einer zweiten Preisrunde. Das freihändige Verfahren ist wie dargelegt nicht auf die Durchführung einer eigentlichen Offertöffnung mit einem Offertöffnungsprotokoll ausgerichtet. Das Einholen mehrerer Offerten im freihändigen Verfahren dient lediglich dem Vergleich der Angebote mit dem Ziel, die öffentlichen Mittel so wirtschaftlich wie möglich einzusetzen. Vertragsverhandlungen müssen sich dann aber darauf beschränken, die Details mit derjenigen Anbieterin auszuhandeln, die aufgrund ihrer Offerte effektiv für einen Vertragsabschluss in Frage kommt und wie erwähnt nicht Verhandlungen über den Preis zum Gegenstand haben.

Zu Frage 3: Teilt die Regierung die Auffassung, dass mit dieser Verfahrensart das ordentliche Verfahren umgangen werden kann und dass damit das Recht der «gleich langen Spiesse» leidet?

Wie bereits zu Frage 1 ausgeführt, ist der Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens gesetzlich definiert. Liegt der geschätzte Wert einer Beschaffung unterhalb der genannten Schwellenwerte, darf sich eine Anbieterin ohne weiteres für die freihändige Vergabe entscheiden. Von einer Umgehung des ordentlichen Verfahrens kann somit nicht die Rede sein, zumal auch dann wie in der Antwort zu Frage 2 erwähnt die allgemeinen Grundsätze des Beschaffungsrechts zu beachten sind.

Zu Frage 4: Falls gemäss Gesetz keine zweite Preisrunde zulässig ist, bei welcher Instanz kann sich ein Anbieter beschweren?

Die Vergabe im freihändigen Verfahren erfolgt ohne formellen Entscheid mit dem Abschluss des Vertrags (Urteil des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 15. Juli 2005 [V 05 44]). Da also im freihändigen Verfahren keine eigentliche Zuschlagsverfügung im Sinn von § 27 Absatz 1a öBG ergeht, besteht keine Beschwerdemöglichkeit gegen die Auftragserteilung. So kann nach der Praxis des Verwaltungsgerichts mit der Anfechtung einer freihändigen Vergabe keine inhaltliche Kontrolle des Zuschlags erreicht werden, da bei dieser Verfahrensart gerade kein förmliches Verfahren mit Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und der übrigen Bewertungsgesichtspunkte durchgeführt werde (Urteil vom 10. Juli 2006 [V 06 107]). Allerdings können interessierte potenzielle Anbieterinnen beschwerdeweise geltend machen, dass eine öffentliche Beschaffung nach den einschlägigen Vorschriften nicht durch freihändige Vergabe, sondern nur im Rahmen eines höherstufigen Verfahrens hätte erfolgen dürfen. Verstösse, die nicht über das ordentliche Beschwerdeverfahren beim Verwaltungsgericht geltend gemacht werden können, können im Rahmen der Obergerichtsüberwachung über das Beschaffungswesen beim Regierungsrat vorgebracht und durch diesen geahndet werden (vgl. § 36 Abs. 1 öBG).

Zu Frage 5: Teilt die Regierung die Auffassung, dass die Anzahl Angebote im freihändigen Verfahren bei maximal drei bis fünf liegen sollte?

Es liegt sowohl im Interesse der Anbieterinnen als auch im Interesse der öffentlichen Auftraggeberinnen, dass im freihändigen Verfahren nicht wahllos Offerten eingeholt werden, da dies auf beiden Seiten stets mit Aufwand verbunden ist. Ziel der Einholung von mehr als einer Offerte sollte das Interesse am Vergleich und an der optimalen Verwendung der öffentlichen Mittel sein. Eine zum Vornherein festgelegte Beschränkung der Anzahl Offerten ist jedoch nicht sinnvoll, da dann auf Besonderheiten im Einzelfall nicht mehr reagiert werden könnte. Ihr Rat hat die Festlegung einer solchen generellen Beschränkung zu Recht abgelehnt. Die Begrenzung der Offerten auf drei bis fünf ist aber in aller Regel richtig.

Zu Frage 6: Hat der Gesetzesersteller eine Rechtslücke geschaffen, welche nicht gewollt war?

Mit der Gesetzesänderung wurde lediglich die geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Luzerner Verwaltungsgerichts gesetzlich verankert. Mit der Möglichkeit, im freihändigen Verfahren mehr als eine Offerte einzuholen, wurde keine Rechtslücke geschaffen. Das Verfahrensrecht und die inhaltlichen Vergabegrundsätze sind vielmehr schlüssig und haben sich bewährt, wie sich gerade auch aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ableiten lässt.