

Botschaft des Regierungsrates
an den Kantonsrat

B 130

**zum Entwurf einer Änderung
des Gesetzes über die
öffentlichen Beschaffungen
betreffend die freihändige
Vergabe**

Übersicht

Der Regierungsrat beantragt dem Kantonsrat eine Änderung von § 13 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen. Diese Bestimmung über die freihändige Vergabe soll so geändert werden, dass die Auftraggeberin bei Beschaffungen, die durch freihändige Vergabe erfolgen dürfen, bei mehreren Anbieterinnen ein Angebot einholen kann. Damit soll auch im Anwendungsbereich des freihändigen Vergabeverfahrens Konkurrenz unter den Anbieterinnen ermöglicht und mithin die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gefördert werden.

Da die Vergabe im freihändigen Verfahren ohne formellen Entscheid mit dem Abschluss des Vertrags über die Beschaffung erfolgt, besteht bei freihändigen Vergaben keine Beschwerdemöglichkeit gegen die Auftragserteilung. Hingegen ist es möglich, die Wahl der freihändigen Vergabe als Verfahrensart anzufechten.

Mit der Gesetzesänderung wird die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Luzerner Verwaltungsgerichts im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit ausdrücklich im Gesetz festgehalten. Damit wird dem Anliegen einer Motion entsprochen, welche verlangt, 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.

Der Regierungsrat des Kantons Luzern an den Kantonsrat

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft den Entwurf einer Änderung von § 13 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (öBG; SRL Nr. 733) betreffend die freihändige Vergabe.

I. Ausgangslage

Das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 trat – zusammen mit der von unserem Rat am 7. Dezember 1998 dazu erlassenen Verordnung (öBV; SRL Nr. 734) – am 1. Januar 1999 in Kraft. Es bezweckte vorab, das kantonale Submissionsrecht mit dem übergeordneten Recht in Einklang zu bringen. Dabei handelte es sich einerseits um das von der Schweiz unterzeichnete GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422) und andererseits um die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; SRL Nr. 733a). Den Beitritt des Kantons Luzern zur IVöB, welche zur Umsetzung des GATT/WTO-Übereinkommens auf kantonaler Ebene und im Bestreben, auch die Gleichbehandlung schweizerischer Anbieterinnen und Anbieter unter sich zu gewährleisten, erarbeitet worden war, hatte Ihr Rat bereits am 2. Dezember 1996 beschlossen.

Am 15. März 2001 erfolgte eine Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen. Damit wurden die Verpflichtungen aus dem Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68) umgesetzt, welches die gegenseitige Öffnung der Beschaffungsmärkte in den vom GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen noch nicht erfassten Bereichen regelt. Zudem wurden mit der Änderung der IVöB die für den Binnenmarkt Schweiz geltenden Schwellenwerte harmonisiert. Der geänderten IVöB trat der Kanton Luzern mit dem Beschluss Ihres Rates vom 14. Juni 2004 bei. Dies hatte eine grösitere Teilrevision der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen zur Folge, welche gleichzeitig wie die geänderte IVöB am 30. November 2004 in Kraft trat.

Das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen wurde bisher dreimal geändert. Die erste, am 2. Mai 2005 von Ihrem Rat beschlossene und am 1. August 2005 in Kraft getretene Änderung (Gesetzessammlung des Kantons Luzern [G] 2005, S. 203) betraf die Lehrlingsausbildung, welche in den Katalog der Zuschlagskriterien von § 5 Absatz 2 öBG aufgenommen wurde. Damit wurde – in Übereinstimmung mit den in zwei parlamentarischen Vorstössen formulierten Anliegen – die Möglichkeit geschaffen, bei öffentlichen Vergaben Anstrengungen von Betrieben im Bereich der Lehrlingsausbildung besser zu honorieren. Bei der zweiten Änderung, welche im Zuge der

Änderung des Grossratsgesetzes vom 28. April 2008 erfolgte und am 1. August 2008 in Kraft trat (G 2008/256), wurden im Rahmen einer generellen Praxisänderung bei den Ingressen von Gesetzen auch im Ingress des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen die übergeordneten Rechtsgrundlagen (Bundesgesetz über den Binnenmarkt und Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen) gestrichen. Die dritte Änderung vom 16. Juni 2008 schliesslich betraf § 33 Absatz 2 öBG, welcher den Beschwerdeentscheid des Verwaltungsgerichts als endgültig bezeichnet hatte. Diese Bestimmung wurde im Rahmen der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Umsetzung der Rechtsweggarantie aufgehoben (G 2008/333).

Am 27. Juni 2006 erklärte Ihr Rat die Motion M 594 von Josef Fischer über die Änderung des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen, eröffnet am 6. Dezember 2005, entsprechend unserem Antrag erheblich (vgl. Verhandlungen des Grossen Rates 2006, S. 1495). Die Motion verlangt, 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 Sommer/Herbst 2008 gab der Bund den Entwurf für ein totalrevidiertes Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, das eine Ausweitung seines Geltungsbereiches auf die Kantone und Gemeinden vorsah, in die Vernehmlassung. Die Vorlage, welche Anpassungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und mithin auch des kantonalen Rechts zur Folge gehabt hätte, ist jedoch insbesondere am Widerstand der Kantone gescheitert. Deshalb beschränkt sich der vorliegende Entwurf einer Änderung des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen auf die Umsetzung des parlamentarischen Auftrags aus der angeführten Motion.

II. Geltende Regelung

1. Das freihändige Verfahren

Das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen sieht für öffentliche Beschaffungen vier Verfahrensarten vor: das offene Verfahren, das selektive Verfahren, das Einladungsverfahren und die freihändige Vergabe (§ 6 öBG). Eine öffentliche Beschaffung erfolgt nach § 7 öBG grundsätzlich im offenen oder im selektiven Verfahren. Sie ist, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, ausnahmsweise auch im Einladungsverfahren oder durch freihändige Vergabe zulässig. Eine Vergabe kann gemäss § 9 öBG freihändig erfolgen, wenn der geschätzte Wert die in § 6 Absatz 1 öBV festgesetzten Schwellenwerte (100000 Franken bei Lieferungen, 150000 Franken bei Dienstleistungen sowie bei Aufträgen im Baunebengewerbe und 300000 Franken im Bauhauptgewerbe) nicht erreicht. Eine freihändige Vergabe ist nach § 9 öBG auch 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. Nach dem geltenden § 13 öBG lädt die Auftraggeberin im freihändigen Verfahren eine Anbieterin direkt zur Angebotsabgabe ein.

Aus der angeführten Regelung der Verfahrensarten ergibt sich, dass Aufträge, die freihändig vergeben werden können, grundsätzlich auch im Einladungsverfahren oder im offenen Verfahren vergeben werden dürfen. Eine Auftraggeberin, die sich für ein höherstufiges Vergabeverfahren entscheidet, hat sich an die Vorschriften der gewählten Verfahrensart zu halten (Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Geneva 2007, Rz. 179). Demnach hat eine Auftraggeberin, die – um einen Wettbewerb zu ermöglichen – mehrere Anbieterinnen zur Angebotsabgabe einladen will und daher das Einladungsverfahren wählt, die Vorschriften des Einladungsverfahrens zu berücksichtigen, auch wenn die Vergabe mit Blick auf den Schwellenwert hätte freihändig vergeben werden können. So haben insbesondere die von der Auftraggeberin abgegebenen Unterlagen den in § 8 öBV festgelegten Anforderungen (wie Angaben hinsichtlich Verfahrensart, Eignungs- und Zuschlagkriterien, Ausführungs- und Liefertermine) zu genügen. Allerdings handelt es sich nach einem Urteil des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 10. Juli 2006 (V 06107) gleichwohl um eine freihändige Vergabe, wenn die formellen Voraussetzungen des höherstufigen Verfahrens nicht erfüllt sind. Dass im fraglichen Fall zwei Unternehmen zur Offertstellung eingeladen wurden, spreche nicht gegen eine freihändige Vergabe und vor allem nicht für das Vorliegen eines Einladungsverfahrens, seien doch nach § 12 öBG in einem solchen Verfahren in der Regel mindestens drei Angebote einzuholen.

In einem Urteil vom 11. Februar 2005 (BGE 131 I 137) hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Einholen von mehreren Offerten auch im freihändigen Vergabeverfahren zweckmäßig sein könne. Zum selben Schluss war schon das St. Galler Verwaltungsgericht in einem Entscheid vom 16. September 1999 (St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1999 Nr. 36) gelangt. Es erwog, dass die Vergabestelle auch im freihändigen Verfahren verschiedene Offerten einholen und das Geschäft daraufhin direkt, das heißt freihändig vergeben könne, ohne sich dadurch den Vorschriften eines höherstufigen Verfahrens zu verpflichten. Das Zuger Verwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 27. November 2007 (Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2007, S. 100 ff.) die gleiche Auffassung zum Ausdruck gebracht. Nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz sind auch bei freihändigen Vergaben die öffentlichen Mittel haushälterisch einzusetzen, weshalb die Einholung von Konkurrenzofferten angezeigt sei (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz 1036/05 vom 31. August 2005).

2. Rechtsschutz im freihändigen Verfahren

Aufgrund des im Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen geregelten Rechtsschutzes können Ausschreibungen und Verfügungen gemäss § 27 Absatz 1 öBG mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 28 Abs. 1 öBG). Zu den anfechtbaren Verfügungen der Auftraggeberin zählt insbesondere der Zuschlag (§ 27 Abs. 1a öBG). Da die freihändige Vergabe zu den vier möglichen Beschaffungs-

verfahren gehört (vgl. § 6 öBG), könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass auch freihändige Vergaben mit einer formellen Zuschlagsverfügung vorzunehmen und als solche anfechtbar sind. Dem steht aber, wie das Luzerner Verwaltungsgericht im genannten Urteil vom 10. Juli 2006 erwogen hat, der ebenfalls bereits angeführte Leitentscheid des Bundesgerichts (BGE 131 I 137) entgegen. Danach mache der Rechtsschutz bei freihändigen Vergaben nur unter ganz bestimmten Bedingungen Sinn und greife jedenfalls in Bezug auf die sachliche Prüfung des Vergabeentscheids nicht. Wenn der kantonale Gesetzgeber unterhalb bestimmter Schwellenwerte eine freihändige Vergabe vorsehen dürfe, dann schliesse das nach Meinung des Bundesgerichts ein, dass grundsätzlich kein förmlicher Vergabeentscheid zu ergehen habe, womit auch kein Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde vorliege. Allerdings hat es das Verwaltungsgericht im genannten Urteil vom 10. Juli 2006 offengelassen, wie es sich damit letztlich in Bezug auf die Rechtsmittelordnung im Kanton Luzern verhält.

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 Auftragerteilung. 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]).

Hingegen ist allgemein anerkannt, dass der Rechtsschutz mindestens im Hinblick auf die Zulässigkeit der gewählten Verfahrensart gegeben ist, da sonst die Gefahr besteht, dass der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen durch Umgehung der Vorschriften über das anzuwendende Vergabeverfahren ausgehöhlt würde. Darüber hinaus wird auch vom Luzerner Verwaltungsgericht der Anspruch auf eine Beschwerdemöglichkeit unmittelbar aufgrund von Artikel 9 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) bejaht, soweit ein interessiertes Unternehmen geltend machen will, dass die betreffende Vergabe nach den einschlägigen Normen nicht freihändig hätte erfolgen dürfen, sondern in einem höherstufigen Verfahren hätte abgewickelt werden müssen (vgl. Urteile vom 10. Juli 2006 [V 06 107] und 15. Juli 2005 [V 05 44]). Artikel 9 Absatz 2 BGBM schreibt den Kantonen nämlich vor, dass Beschränkungen des freien Marktzuganges wenigstens mit einem Rechtsmittel bei einer verwaltungsunabhängigen kantonalen Beschwerdeinstanz anfechtbar sein müssen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hat also die Rechtsprechung des Bundesgerichts übernommen, welches es grundsätzlich nicht für notwendig hält, dass im freihändigen Verfahren ein förmlicher Vergabeentscheid ergeht, der Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens bilden könnte. Gemäss Bundesgericht liegt es in der Kompetenz der Kantone und verstösst nicht gegen Artikel 9 BGBM, wenn gegen die Erteilung eines Auftrags im freihändigen Verfahren keine Beschwerdemöglichkeit vorgesehen ist. Hingegen ist die Wahl der Verfahrensart – selbst ohne Grundlage im kantonalen Recht – gestützt auf Artikel 9 BGBM anfechtbar (BGE 131 I 137 E. 2.6 S. 144 f.).

III. Die Gesetzesänderung im Einzelnen

Mit der vorgeschlagenen Änderung von § 13 öBG wird die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Luzerner Verwaltungsgerichts zur Klarstellung für die Auftraggeberinnen, die Anbieterinnen und die Gerichte aus Gründen der Rechtssicherheit ausdrücklich im Gesetz festgehalten.

Im freihändigen Vergabeverfahren ist die Beschaffungsstelle weiterhin befugt, nur eine Anbieterin zur Angebotsabgabe einzuladen. Neu wird aber ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, bei mehreren Anbieterinnen Angebote einzuholen. Sind die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe nach § 6 öBV gegeben, kann eine Auftraggeberin somit Konkurrenzofferten einholen, ohne deswegen die Vorschriften eines höherstufigen Verfahrens einhalten zu müssen. Durch diese Änderung, die mit Artikel 12 IVöB vereinbar ist, wird auch im Anwendungsbereich des freihändigen Vergabeverfahrens ein Wettbewerb unter den Anbieterinnen ermöglicht und mithin die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gefördert.

Die Vergabe im freihändigen Verfahren erfolgt ohne formellen Entscheid mit dem Abschluss des Vertrags über die Beschaffung. Somit wird hier keine Zuschlagsverfügung im Sinn von § 27 Absatz 1a öBG erlassen, die gemäss § 28 Absatz 1b öBG mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden könnte. Demzufolge besteht bei freihändigen Vergaben keine Beschwerdemöglichkeit gegen die Auftragserteilung.

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. Kommt das Verwaltungsgericht in einem solchen Fall zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben waren, hat es damit sein Bewenden. Kommt es zum gegenteiligen Schluss, stellt es die Rechtswidrigkeit der Auftragsvergabe im freihändigen Verfahren fest, was die Erbringung der vereinbarten Leistung durch die beauftragte Anbieterin nicht hindert. Die Vergabe an sich wird vom Gericht nicht überprüft, selbst wenn mehrere Offerten eingeholt wurden.

IV. Antrag

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, wir beantragen Ihnen, dem Entwurf einer Änderung des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen zuzustimmen.

Luzern, 8. September 2009

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident: Max Pfister

Der Staatsschreiber: Markus Hodel

Nr. 733

Gesetz über die öffentliche Beschaffungen

Änderung vom

*Der Kantonsrat des Kantons Luzern,
nach Einsicht in die Botschaft des Regierungsrates vom 8. September 2009,
beschliesst:*

I.

Das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 wird wie folgt geändert:

§ 13 Freihändige Vergabe

Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin einen Auftrag direkt durch den Abschluss eines Vertrags über die Beschaffung. Sie kann dazu mehrere Angebote einholen. Die Auftraggeberin sorgt bei späteren Vergaben für Abwechslung unter den Anbieterinnen.

II.

Die Änderung tritt am _____ in Kraft. Sie unterliegt dem fakultativen Referendum.

Luzern,

Im Namen des Kantonsrates
Der Präsident:
Der Staatsschreiber: