KANTON LUZERN

Regierungsrat

Luzern, 23. August 2016

ANTWORT AUF ANFRAGE A 153

Nummer:	A 153
Protokoll-Nr.:	819
Eröffnet:	03.05.2016 / Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement i.V. mit Gesundheits- und Sozialdepartement

Anfrage Keller Irene und Mit. über das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG) im Zusammenhang mit den Entscheiden des Luzerner Kantonsspitals

A. Wortlaut der Anfrage

In der «Neuen Luzerner Zeitung» vom 14. und 31. März war zu lesen, dass aufgrund der Bestimmungen des Gesetzes über die öffentliche Beschaffung (öBG) das Luzerner Kantonsspital den Entscheid fällte (fällen musste), den Grossteil des Mineralwasserverbrauchs seiner Institution in Zukunft aus dem Waadtland zu beziehen und nicht mehr von der Bad Knutwil AG. Dadurch verliert eine Luzerner Firma einen wichtigen Grosskunden. Der erwähnte Entscheid trifft eine Luzerner Firma, die bewusst im Kanton Luzern produziert, Arbeitsplätze schafft und somit zum guten Image des Kantons beiträgt. Wir gehen davon aus, dass dieser Vorfall kein Einzelfall ist, wie auch der «Neuen Luzerner Zeitung» zu entnehmen ist.
Wir stellen hier einen beachtlichen Zielkonflikt fest. Einerseits bestehen die Regelungen des Gesetzes und der Verordnung zum öBG, denen das Luzerner Kantonsspital als zwar selbständige, aber ausgelagerte Institution des Kantons unterstellt ist. Andererseits gelten die Grundthesen und die Leistungsvereinbarung mit der Wirtschaftsförderung des Kantons sowie auch Aussagen der Kantonsstrategie und des Legislaturprogramms.

Um diesen Zielkonflikt näher zu beleuchten und den Handlungsbedarf zu orten, bitten wir den Regierungsrat, folgende Fragen zu beantworten:
1. Wir sind überzeugt, dass die Verantwortlichen des Luzerner Kantonsspitals den genannten Vergabeentscheid richtig und gesetzeskonform gefällt haben beziehungsweise dass ihnen kein anderer Entscheid offenblieb – so auch bei allen andern Vergabeentscheiden. Wie ist die politische Einschätzung des Regierungsrats bezüglich dieser Entscheide und ihrer Wirkung?
2. Im öBG (Gesetz und Verordnung) fehlen jegliche Regelungen, die regionalen Produkten einen besseren Startplatz geben würden. Somit fehlt eine politische Komponente. Gibt es hier nicht Handlungsbedarf? Wie schätzt der Regierungsrat diese Ausgangslage ein, und wo sieht er konkreten Handlungsbedarf?
3. Es besteht ja eine Differenz zwischen regionalen Produkten und regionalen Handelsfirmen. Sie dürften innerhalb des öBG nicht gleich eingeschätzt und behandelt werden. Wie könnte in einer öBG-Regelung dieser Differenzierung Rechnung getragen werden?
4. Das Luzerner Kantonsspital ist dem öBG als ausgelagerte Institution des Kantons unterstellt und somit gezwungen, unpopuläre Entscheide zu fällen, wodurch es in der öffentlichen Vergabekritik steht. Besteht hier eine unterschiedliche Ausgangslage für das Luzerner Kantonsspital und Hirslanden? Wenn ja, gibt es Möglichkeiten, diese ungleiche und

somit auch ungerechte Ausgangslage zu korrigieren? Welche konkreten Möglichkeiten sieht die Regierung?

Keller Irene
Moser Andreas
Peter Fabian
Schmid-Ambauen Rosy
Wolanin Jim
Pfäffli-Oswald Angela
Dubach Georg
Burkard Ruedi
Scherer Heidi
Dalla Bona-Koch Johanna
Amrein Ruedi
Zemp Gaudenz
Widmer Herbert
Hauser Patrick
Wettstein Daniel
Born Rolf
Räber Franz
Bucher Philipp
Schurtenberger Helen
Meier-Schöpfer Hildegard
Leuenberger Erich
Bucher Guido

B. Antwort Regierungsrat

Zu Frage 1: Wir sind überzeugt, dass die Verantwortlichen des Luzerner Kantonsspitals den genannten Vergabeentscheid richtig und gesetzeskonform gefällt haben beziehungsweise dass ihnen kein anderer Entscheid offenblieb – so auch bei allen andern Vergabeentscheiden. Wie ist die politische Einschätzung des Regierungsrats bezüglich dieser Entscheide und ihrer Wirkung?

Vergabeentscheide geben regelmässig Anlass zu öffentlichen Diskussionen. So wenn etwa nicht das preislich günstigste Angebot den Zuschlag erhält (vgl. Vergabeentscheid des Luzerner Kantonsspitals (LUKS) vom 11. Dezember 2015 betreffend ein Klinikinformationssystem) oder wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Auftrag, der jahrelang in der Hand einer einheimischen Anbieterin war, ausserkantonal oder gar ausserhalb der Schweiz vergeben wird. Vor diesem Hintergrund gilt es sich die grundlegenden Bestimmungen und den Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts vor Augen zu halten: Leistungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben sollen in einem wettbewerbsorientierten und transparenten Verfahren nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beschafft werden. Ein Vergabeentscheid ist kein politischer Entscheid, er hat sich am wirtschaftlich günstigsten Angebot zu orientieren. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist dasjenige Angebot, das bei der Bewertung der Zuschlagskriterien die höchste Punktzahl erreicht. Die Festlegung der Zuschlagskriterien zur Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots und die konkrete Formulierung dieser Kriterien dagegen können je nach Grösse und Bedeutung des Beschaffungsgegenstands auch von politischen Wertungen mitgeprägt sein. Dieser Prozess findet jedoch nicht erst im Zeitpunkt des Vergabeentscheids, sondern bei der Vorbereitung einer Beschaffung statt. Im Voraus festgelegte Bedingungen können im Nachhinein nicht mehr geändert werden.

Auf den ersten Blick mag sich das öffentliche Beschaffungsrecht in Einzelfällen negativ auf die einheimische Wirtschaft auswirken und sich in einem gewissen Spannungsfeld zur Wirtschaftsförderung befinden. Auf der anderen Seite eröffnen die Staatsverträge und die innerstaatlichen Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungsrecht den regionalen und lokalen Anbietenden auch Märkte, die sich nicht im Kanton Luzern oder in der Schweiz befinden oder erschöpfen.

Zu Frage 2: Im öBG (Gesetz und Verordnung) fehlen jegliche Regelungen, die regionalen Produkten einen besseren Startplatz geben würden. Somit fehlt eine politische Komponente. Gibt es hier nicht Handlungsbedarf? Wie schätzt der Regierungsrat diese Ausgangslage ein, und wo sieht er konkreten Handlungsbedarf?

Seit dem 1. Januar 1996 ist das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA) in Kraft. Grundlegende Ideen des GPA sind die Libe-

ralisierung und die Ausweitung des Welthandels, die Nichtdiskriminierung von ausländischen Waren, Dienstleistungen oder Anbietenden sowie die Schaffung von Transparenz auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens. Dem GPA unterstehen unter anderen die öffentlichen Auftraggeber auf kantonaler Ebene. Dessen Vorschriften sind auf kantonale Vergaben grundsätzlich unmittelbar anwendbar. Zudem werden sie als Auslegungshilfen für das innerstaatliche Recht herangezogen. Mit Inkrafttreten des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 gilt das GPA auch für Bezirke, Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kommunaler Stufe.

Im Weiteren enthält das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM) Grundsätze von elementarer Bedeutung wie das Prinzip des diskriminierungsfreien Marktzugangs, die für sämtliche Beschaffungen gelten. In Art. 5 i.V.m. Art. 3 BGBM wird der diskriminierungsfreie Zugang zum Beschaffungsmarkt auch für ortsfremde Anbietende postuliert. Dementsprechend hat das damalige Verwaltungsgericht des Kantons Luzern in seinem Entscheid vom 16. März 2000 festgestellt, dass eine geografische Begrenzung für die Auswahl der geeigneten Anbieterinnen dem Verbot der Bevorzugung einheimischer Anbieter als Ausfluss des Gleichbehandlungsgrundsatzes fundamental widerspricht (LGVE 2000 II Nr. 17).

Zur Umsetzung von GPA und BGBM erarbeiteten die Kantone die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, die am 25. November 1994 (IVöB) erlassen und per 15. März 2001 revidiert wurde. Die IVöB verfolgt insbesondere folgende Ziele: Förderung des wirksamen Wettbewerbs, Gewährleistung der Gleichbehandlung sowie einer unparteiischen Vergabe, Sicherstellung der Transparenz im Vergabeverfahren und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel. Die IVöB differenziert zwischen einem Staatsvertragsbereich und einem von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich (Binnenbereich). Ab einer gewissen Höhe des Auftragswertes fallen Beschaffungen in den Staatsvertragsbereich. Im Staatsvertragsbereich sind die Verpflichtungen und Vorgaben aus den internationalen Verträgen ins kantonale Recht übertragen worden. Im Binnenbereich werden die innerstaatlichen Bestimmungen der Kantone harmonisiert. Art. 9a IVöB legt fest, dass schweizerische Anbieterinnen und Anbieter in der ganzen Schweiz diskriminierungsfrei Zugang zu allen öffentlichen Beschaffungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden haben. Gemäss Art. 3 IVöB haben die Kantone Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die der IVöB entsprechen müssen. Die kantonale Gesetzgebung hat sich zudem am GPA und am BGBM zu orientieren und darf deren Grundsätze nicht verletzen. Entsprechend haben auch das kantonale Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG) sowie die Verordnung dazu (öBV) Grundsätze wie Nichtdiskriminierung, Transparenz und Gleichbehandlung einzuhalten. Diesen Vorgaben tragen die Bestimmungen in § 3 Absätze 1 und 2 öBG Rechnung.

Diese Ausführungen zeigen, dass die beschaffungsrechtliche Bevorzugung regionaler Produkte den Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts diametral widerspricht und übergeordnetes Recht verletzen würde. Mit einer Bevorzugung regionaler Produkte würden ausserkantonale oder ausländische Anbietende diskriminiert bzw. die Einheimischen unrechtmässig bevorzugt. Immerhin gilt es zu relativieren, dass bereits heute die Verwendung des Kriteriums der Ortsansässigkeit in gewissen Fällen möglich ist, etwa wenn eine schnelle Interventionszeit geboten ist, wie dies bei Serviceverträgen der Fall sein kann. In diesem Fall handelt es sich bei der Ortsansässigkeit um ein zulässiges sachliches Kriterium. Zudem besteht in Einladungs- und freihändigen Verfahren die Möglichkeit, regionale Anbietende zu fördern. Im Einladungsverfahren kann die Vergabestelle frei wählen, wen sie zur Angebotseinreichung einladen will. Allerdings wird in der Praxis verlangt, dass einer der Eingeladenen ortsfremd zu sein hat. Im freihändigen Verfahren ist es zulässig, den Zuschlag direkt an einen einheimischen Anbieter zu vergeben oder mehrere einheimische Anbietende zur Offertstellung einzuladen.

Im Ergebnis erkennt unser Rat aufgrund des Gesagten keinen Handlungsbedarf zumal Massnahmen zur Förderung von regionalen Produkten aufgrund übergeordneten Rechts nicht möglich sind.

Zu Frage 3: Es besteht ja eine Differenz zwischen regionalen Produkten und regionalen Handelsfirmen. Sie dürften innerhalb des öBG nicht gleich eingeschätzt und behandelt werden. Wie könnte in einer öBG-Regelung dieser Differenzierung Rechnung getragen werden?

Wie aus der Antwort auf die Frage 2 ersichtlich ist, dürfen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungsrechts grundsätzlich weder regionale Anbietende noch regionale Produkte bevorzugt werden. Eine Differenzierung im öBG ist somit nicht möglich.

Zu Frage 4: Das Luzerner Kantonsspital ist dem öBG als ausgelagerte Institution des Kantons unterstellt und somit gezwungen, unpopuläre Entscheide zu fällen, wodurch es in der öffentlichen Vergabekritik steht. Besteht hier eine unterschiedliche Ausgangslage für das Luzerner Kantonsspital und Hirslanden? Wenn ja, gibt es Möglichkeiten, diese ungleiche und somit auch ungerechte Ausgangslage zu korrigieren? Welche konkreten Möglichkeiten sieht die Regierung?

Es besteht eine unterschiedliche Ausgangslage für das LUKS und die Hirslanden Klinik St. Anna, sofern letztere ihre Dienstleistungen, Lieferungen und Bauarbeiten nicht im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren beschafft oder beschaffen muss. Denn Vergabeverfahren gemäss öBG sind im Vergleich zu privaten Beschaffungen administrativ relativ aufwendig, aufgrund der beschränkten Möglichkeiten von Vor- und Nachverhandlungen eher unflexibel und bergen das Risiko, dass sie durch Rechtsmittel verzögert werden.

Zu beachten gilt es allerdings, dass die Hirslanden Klinik St. Anna im Rahmen der kantonalen Gesundheitspolitik bzw. ihres Leistungsauftrags als sogenanntes Listenspital in die Gesundheitsversorgung des Kantons eingebunden ist und durch Beiträge an die Spitalkosten und Prämienverbilligungen direkt oder indirekt mit Kantonsgeldern finanziert wird. Auch sie untersteht dem Beschaffungsrecht - jedenfalls im Binnenbereich -, soweit sie Beschaffungen hauptsächlich zur Erfüllung ihres Leistungsauftrages als Listenspital bzw. zur Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben gemäss § 1 Absatz 2a öBG vornimmt.