

# Merkblatt freihändige Vergabe

## 1. Ausgangslage

Das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen des Kantons Luzern (öBG) 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.

Im März 2010 wurde das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen dahingehend geändert, dass neu auch bei der freihändigen Vergabe das Einholen mehrerer Offerten zulässig ist, ohne dass dabei die formellen Vorgaben für das Einladungsverfahren (Ausschreibung, Bekanntgabe der Kriterien, Gewichtung) eingehalten werden müssen. Damit soll insbesondere die Konkurrenz unter den Anbieterinnen und Anbietern ermöglicht und mithin die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel gefördert werden. Mit dieser Gesetzesänderung ist die bereits seit einiger Zeit geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Luzerner Verwaltungsgerichts im Interesse der Klarheit und der Rechtssicherheit ausdrücklich im Gesetz verankert worden. Seit bei der freihändigen Vergabe das Einholen mehrerer Offerten zulässig ist, stellen sich jedoch in der Praxis vermehrt Fragen bezüglich der Anwendbarkeit von Vergabevorschriften und des korrekten Ablaufs der Vergabe. Das vorliegende Merkblatt, welches sich ausschliesslich auf die freihändige Vergabe konzentriert, soll Klarheit bringen und sowohl den Auftraggeberinnen und Auftraggebern als auch den Anbieterinnen und Anbietern als Leitfaden für die korrekte Durchführung der freihändigen Vergabe dienen.

## 2. Gesetzliche Grundlagen

- Kanton Luzern:
  - Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (öBG; in Kraft getreten am 1. Januar 1999); SRL Nr. 733
  - Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (öBV; in Kraft getreten am 1. Januar 1999); SRL Nr. 734
- Schweiz:
  - Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; in Kraft getreten für den Kanton Luzern am 30. November 2004); SRL Nr. 733a
  - Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995 (BGBM; in Kraft getreten am 1. Juli 1996); SR 943.02
- International:
  - Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA; in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996); SR 0.632.231.422
  - Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (in Kraft getreten am 1. Juni 2002); SR 0.172.052.68

### 3. Anwendungsbereich der freihändigen Vergabe

Der Anwendungsbereich der freihändigen Vergabe ist gesetzlich definiert. Gemäss § 9 öBG in Verbindung mit § 6 Absatz 1 öBV kann eine Vergabe freihändig erfolgen, wenn der geschätzte Wert folgende **Schwellenwerte** nicht erreicht:

- 100'000 Franken bei Lieferungen,
- 150'000 Franken bei Dienstleistungen
- 150'000 Franken bei Aufträgen im Baunebengewerbe
- 300'000 Franken im Bauhauptgewerbe.

Diese Schwellenwerte stimmen mit denjenigen der IVöB überein.

Bei der Schätzung der Höhe des Wertes des zu vergebenden Auftrages muss sich die Auftraggeberin auf zuverlässige Grundlagen stützen können. Dabei darf sie nicht zu knapp kalkulieren und hat die Verfahrensart aufgrund der oberen Bandbreite der Schätzung auszuwählen.

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.

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 bei der Auftraggeberin. Eine Auftraggeberin, die sich für ein höherstufiges Vergabeverfahren entscheidet, hat sich jedoch in jedem Fall an die Vorschriften der gewählten Verfahrensart zu halten (Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 179). Die Wahl der Verfahrensart ist klar zu kommunizieren.

### 4. Vergabegrundsätze

Bei allen öffentlichen Beschaffungen sind die allgemeinen Grundsätze des Beschaffungsrechts gemäss Art. 1 Abs. 3 und 11 IVöB sowie gemäss dem kantonalen Recht zu beachten:

- Gleichbehandlung
- Nichtdiskriminierung
- Wirksamer Wettbewerb
- Verzicht auf Abgebotsrunden
- Beachtung der Ausstandsregeln
- Vertraulichkeit von Informationen
- Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen
- Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeiterinnen und Arbeitnehmer
- Gleichbehandlung von Frau und Mann
- Transparenz des Vergabeverfahrens
- Wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel

Das Beschaffungsrecht des Kantons Luzern kennt - anders als andere kantonale Regelungen - **bei der freihändigen Vergabe keine Ausnahmen von diesen Vergabegrundsätzen**. So gilt bei der freihändigen Vergabe insbesondere auch das Verbot von Verhandlungen über Preise, Preisnachlasse und damit zusammenhängende Änderungen des Leistungsinhalts (Art. 11 Buchstabe c IVöB, § 15 öBG). Die anders lautende Bestimmung in § 30 Abs. 2 der Vergaberichtlinien zur IVöB des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (VRöB), wonach Verhandlungen im freihändigen Verfahren zulässig sind, findet im Kan-

ton Luzern keine Anwendung. Denn diese Bestimmung der Vergaberichtlinien, bei denen es sich ausdrücklich nur um eine Mustervorlage für die Kantone handelt, wurde bewusst nicht in die kantonale Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen übernommen.

## 5. Ablauf der freihändigen Vergabe

Nach § 13 öBG vergibt die Auftraggeberin bei der freihändigen Vergabe einen Auftrag direkt durch den Abschluss eines Vertrags über die Beschaffung. Sie kann dazu mehrere Angebote einholen (vgl. dazu Botschaft B 130 vom 8. September 2009 zur Änderung von § 13 öBG). Die Auftraggeberin sorgt bei späteren Vergaben für Abwechslung unter den Anbieterinnen und Anbietern.

Anders als bei den höherstufigen Verfahren wie dem Einladungs- oder dem offenen Verfahren findet somit bei der freihändigen Vergabe vor dem Vertragsabschluss **kein formell geregeltes Vergabeverfahren** (Ausschreibung, Bekanntgabe der Kriterien, Gewichtung) statt. Es muss weder eine Ausschreibung, noch eine Offertöffnung durchgeführt werden. **Die Vergabe erfolgt ohne formelle Zuschlagsverfügung mit dem Abschluss des Vertrags.** Die freihändige Vergabe kennt somit die für die anderen Verfahrensarten typische Zweiteilung des Verfahrens von der Ausschreibung bis zur Offertöffnung und von der Offertöffnung bis zur Zuschlagsverfügung nicht.

Allerdings sind auch bei der freihändigen Vergabe **die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts zu berücksichtigen** (vgl. Kapitel 4). Um ein faires und transparentes Vorgehen zu gewährleisten, ist bei einer freihändigen Beschaffung folgendes zu beachten:

- **Vor der Einholung der Offerten:**
  - Die Kriterien, die für die Auftragserteilung massgebend sein werden, sollten auch bei der freihändigen Vergabe vorgängig (intern) festgelegt werden, um eine Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter zu gewährleisten (eine formelle Ausschreibung ist jedoch nicht nötig).
  - Es sollte bereits vor Offerteingang überlegt werden, wie bzw. anhand welcher Kriterien die Angebote beurteilt werden.
  
- **Die Aufforderung zu offerieren:**
  - Das Einholen mehrerer Angebote ist zulässig (§ 13 öBG in der Fassung vom 15. März 2011, in Kraft seit dem 1. Juli 2010)
  - Der Aufwand für die Anbieterinnen und Anbieter, aber auch für die Auftraggeberin ist dabei minimal zu halten.
  - Das Einholen von drei Offerten ist in der Regel ausreichend, um einen Vergleich der Angebote zu gewährleisten und damit die öffentlichen Mittel so wirtschaftlich wie möglich einzusetzen.
  - Das Einholen von mehr als drei Offerten sollte begründet sein.
  - Werden mehrere Angebote eingeholt, ist dies gegenüber den Anbieterinnen und Anbietern klar zu kommunizieren.
  - Es muss allen Beteiligten klar sein, dass eine freihändige Vergabe beabsichtigt ist. Es darf nicht der Eindruck entstehen, es werde ein Einladungsverfahren mit strengeren formellen Vorgaben und umfassenderen Beschwerdemöglichkeiten durchgeführt.
  
- **Nach dem Eingang der Offerten:**
  - Bei der freihändigen Vergabe muss keine formelle Offertöffnung durchgeführt und demgemäss kein Offertöffnungsprotokoll versandt werden.
  - Die Angebote sind anhand der vorgängig festgelegten Kriterien zu beurteilen.
  - Allfällige Vertragsverhandlungen haben sich darauf zu beschränken, die Details mit derjenigen Anbieterin auszuhandeln, die aufgrund ihrer Offerte effektiv für einen Vertragsabschluss in Frage kommt.

- Verhandlungen über den Preis sind gemäss den auch bei der freihändigen Vergabe geltenden Vergabegrundsätzen unzulässig.
- Die Angebote sind vertraulich zu behandeln. Es ist grundsätzlich keine Einsicht in Konkurrenzofferten zu gewähren.
- Auch bei einer freihändigen Vergabe darf ein Auftrag nur an Anbieterinnen oder Anbieter vergeben werden, die gewährleisten, dass sie allen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommen und dass sie die massgebenden schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die einschlägigen Bedingungen der Gesamtarbeitsverträge sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten (§ 4 öBG).
- Mit dem Abschluss eines Vertrags über die Beschaffung wird der Auftrag direkt vergeben (eine formelle Zuschlagsverfügung im Sinn von § 27 Abs. 1a öBG ist nicht vorgesehen).

## 6. Rechtsschutz bei der freihändigen Vergabe

Die freihändige Vergabe erfolgt ohne formellen Entscheid mit dem Abschluss des Vertrags (§ 13 öBG; Urteil des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 15. Juli 2005 [V 05 44]). Da also bei der freihändigen Vergabe keine eigentliche Zuschlagsverfügung im Sinn von § 27 Abs. 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 und Anbieter 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. Ohne diese **Beschwerdemöglichkeit im Hinblick auf die Zulässigkeit der gewählten Verfahrensart** bestünde die Gefahr, 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 Art. 9 BGBM 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]).

Verstösse, die nicht über das ordentliche Beschwerdeverfahren beim Verwaltungsgericht geltend gemacht werden können, können im Rahmen der Oberaufsicht über das Beschaffungswesen beim Regierungsrat vorgebracht und durch diesen geahndet werden (vgl. § 36 Abs. 1 öBG).

Luzern, 5. Dezember 2011

Herausgeber:  
Kanton Luzern, Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement