
2. November 2016

Nr. 012/2016

Erlass neues Reglement für die öffentlichen Beschaffungen

**Behandlung der Motion Ercolani: Bauvorhaben der Gemeinde Kriens
(Nr. 151/15)**

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Einleitung

Das öffentliche Beschaffungswesen unterscheidet die folgenden Auftragsarten: **Lieferungen**, **Dienstleistungen** und **Baufaufträge**. Lieferungen beziehen sich auf die Beschaffung beweglicher Güter (z.B. Maschinen, Fahrzeuge, Hard- und Software) durch Kauf, Leasing oder Miete. Zu den Dienstleistungen gehören u.a. Architektur- und Ingenieuraufträge, Planer Leistungen, Informatikdienstleistungen, Beratung und Werbung. Bei den Bauaufträgen wird zwischen Bauhauptgewerbe (Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks, Tiefbauarbeiten wie z.B. Fundamente) und Baunebengewerbe (z.B. Gipser, Elektriker, Sanitär, Maler, Glaser usw.) unterschieden.

Der geschätzte Auftragswert bestimmt das durchzuführende Verfahren. Es wird unterschieden zwischen den folgenden Verfahren: Freihändige Vergabe, Einladungsverfahren, selektives und offenes Verfahren. Die Schwellenwerte sind im Anhang 5 aufgeführt.

Bei der **freihändigen Vergabe** kann der Auftrag direkt an einen Anbieter vergeben werden.

Beim **Einladungsverfahren** bestimmt die Bedarfsstelle zusammen mit der für die Vergabe gemäss Visumskompetenz vorgesetzten Stelle, welche Anbieter ohne öffentliche Ausschreibung (Publikation) direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Es müssen wenn möglich mindestens drei Angebote eingeholt werden.

Beim **offenen Verfahren** können nach einer vorgängig durchgeführten öffentlichen Ausschreibung (Publikation) alle interessierten Anbieter ein Angebot einreichen.

Das **selektive Verfahren** besteht aus zwei Stufen. Nach der öffentlichen Ausschreibung (Publikation) wird in einer ersten Stufe die Eignung der interessierten Anbieter überprüft. Die Vergabestelle bestimmt anschliessend jene Bewerber, die zur zweiten Stufe zugelassen werden und damit ein konkretes Angebot einreichen dürfen. Das selektive Verfahren bietet sich an, wenn die Vergabebehörde mit einer grossen Zahl von Angeboten rechnet und/oder Angebote von "unfähigen" oder ungeeigneten Anbietern vermeiden will. Zu beachten ist, dass das zweistufige Auswahlverfahren einen erheblichen zeitlichen und administrativen Aufwand verursachen kann.

1 Ausgangslage

In den vergangenen Jahren sind mehrere parlamentarische Vorstösse zur Praxis des Gemeinderates im Beschaffungswesen eingereicht und behandelt worden. Überwiesene Postulate wurden in der Praxis umgesetzt. Zudem hat der Gemeinderat auf Grund eines überwiesenen Postulats eine Weisung für die Beschaffung und den Einkauf von Gütern und Dienstleistungen erlassen.

Die Verfahren und Verfügungen im Beschaffungsrecht sind justiziabel. Das Luzerner Kantonsgericht (früher Verwaltungsgericht) hat nahezu alle Beschwerden, die gegen Vergaben

der Gemeinde Kriens eingereicht wurden, abgewiesen. Dies bestätigt, dass die Gemeinde Kriens das Vergaberecht gemäss der Gesetzgebung und Rechtsprechung korrekt anwendet.

Am 19. Januar 2015 reichte Enrico Ercolani bei der Gemeindekanzlei eine Motion mit folgendem Wortlaut ein:

„Der Gemeinderat wird beauftragt, ein Vergabereglement für Bauarbeiten im Hoch- und Tiefbau zu erstellen. Dieses soll folgende Massnahmen enthalten:

Allgemeine Bestimmungen

- 1. Bauaufträge dürfen nur noch an Unternehmer oder ARGE vergeben werden, die genügend eigenes, festangestelltes Personal haben und dieses für die entsprechenden Aufträge zur Verfügung stellen können.*
- 2. Mit der Offerte oder vor Arbeitsvergabe muss eine Bestätigung der paritätischen Berufskommission der entsprechenden Branche eingereicht werden, dass der Unternehmer sämtliche Bestimmungen des entsprechenden Gesamtarbeitsvertrages einhält (Sozialleistungen werden von der PK nicht geprüft!!!).*
- 3. Es müssen vor Vertragsabschluss offizielle Nachweise über bezahlte Steuern, Staats- und Gemeindesteuern, MwSt., AHV- und SUVA-Beiträge, Pensionskassenbeiträge eingereicht werden. Bei Unklarheiten ist der Bauherr zu ermächtigen, bei den entsprechenden Stellen nachfragen zu dürfen.*
- 4. Unternehmern, bei denen während der Auftragsabwicklung festgestellt wird, dass Verstösse gegen den GAV vorliegen oder Schwarzarbeiter/Innen oder Subunternehmer beschäftigt werden, wird der Auftrag entzogen.*
- 5. Angebote, die 30% und mehr unter dem Zweitrangierten liegen, werden automatisch vom Wettbewerb ausgeschlossen.*
- 6. Unternehmer werden konsequent nach den Weisungen für den Einkauf von Gütern und Dienstleistungen der Gemeinde Kriens vom 24. September 2014 ausgeschlossen.*
- 7. General- und Totalunternehmer sind verpflichtet, Punkt 1-7 einzuhalten und umzusetzen.“*

Es folgen weitere Ausführungen und Begründungen. Im Anhang machte der Motionär zudem einen Vorschlag für eine Punktetabelle.

Der Einwohnerrat behandelte die Motion (Nr. 151/15) an seiner Sitzung vom 30. April 2015 und überwies diese dem Gemeinderat zur Behandlung.

2 Geltungsbereich

Die Motion bezieht sich auf Bauarbeiten im Hoch- und Tiefbau. Der Gemeinderat hat jedoch beschlossen, im Sinne der Motion ein Reglement zu erlassen, das alle vom Vergaberecht erfassten Beschaffungen der Gemeinde Kriens erfasst, also nicht nur Bauten, sondern auch Dienstleistungen und Lieferungen. Zudem sollen durch das Reglement verwaltungsinterne Weisungen ersetzt werden, sodass in der ganzen Gemeinde einheitliche Kriterien zur Anwendung gelangen.

Die allgemeinen Bestimmungen im Reglement beziehen sich auf Bauten, Dienstleistungen und Lieferungen. Für Hoch- und Tiefbauten sind im Sinne der Motion besondere Bestimmungen aufgenommen worden.

3 Rechtsgrundlagen

Im Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733, öBG), in der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (SRL 734, öBV) und in der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (SRL 733 a, IVöB) wird das öffentliche Beschaffungsrecht geregelt. Ferner gibt es viele Gerichtsentscheide, in denen in konkreten Einzelfällen entschieden worden ist, wie das Vergaberecht in der Praxis umgesetzt werden muss. Der Spielraum für ein Reglement ist daher sehr eingeschränkt. Einzelne Begehren der Motion lassen sich auf Grund der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung nicht umsetzen.

Die für die Beschaffungen zuständigen Verwaltungsstellen der Gemeinde Kriens kennen das Vergaberecht und wenden dieses seit Jahren an. Es wäre daher nicht angezeigt, im Reglement die gesetzlichen Bestimmungen zu wiederholen. Das Reglement beschränkt sich auf den Vergabeinstanzen verbleibenden Spielraum und regelt diesen im Rahmen der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Entsprechend der vom Einwohnerrat überwiesenen Motion wird vorliegend dieser Spielraum in einem Reglement konkretisiert und präzisiert und nicht in einer in der Kompetenz des Gemeinderates liegenden Verordnung. Zudem erhält der Einwohnerrat mit dem Reglement die Kompetenz, über das Beschaffungsleitbild zu entscheiden.

4 Hinweise zu den Allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 bis 12)

Zu Art. 1:

Abs. 1 und 2: Dieses neu geschaffene Reglement regelt die öffentlichen Beschaffungen der Einwohnergemeinde auf allen Ebenen. Die bisherigen Weisungen und das bisherige Leitbild bezüglich der öffentlichen Beschaffungen werden aufgehoben und ersetzt.

Abs. 3: In Übereinstimmung mit Art. 8 Abs. 2 lit. b der IVöB ist dieses Reglement anwendbar, wenn Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 % der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden und sofern sich die Gemeinde Kriens an der fraglichen Beschaffung massgeblich beteiligt. Werden Objekte oder Leistungen zu mehr als 50 % mit öffentlichen Geldern subventioniert, z.B. seitens des Bundes und/oder seitens des Kantons, ist das Reglement nicht anwendbar, wenn die finanzielle Beteiligung der Gemeinde nur untergeordnet ist. Wenn die finanzielle Beteiligung der Gemeinde nur untergeordnet ist, sollen private Bauherren oder private Investoren nicht durch das Reglement eingeschränkt werden.

Zu Art. 2:

Bisher haben die einzelnen Departemente und Abteilungen sowie die einzelnen Bereiche der Einwohnergemeinde Kriens die erforderlichen Waren autonom beschafft. Mit einem zentralen Einkauf können Beschaffungen besser koordiniert werden, was zur Bündelung der Mengen, günstigeren Preisen und besseren Konditionen führt.

Zu Art. 3:

Die im Beschaffungsleitbild der Gemeinde Kriens festgelegte Beschaffungsstrategie deckt sich mit den Zielsetzungen der Motion. Das geltende Beschaffungsleitbild legt fest, dass Beschaffungen ökonomisch, ökologisch, ethisch, fair und professionell zu erfolgen haben. Das Beschaffungsleitbild wird im Anhang des Reglements wiedergegeben. Der Erlass des Beschaffungsleitbildes liegt somit neu in der Kompetenz des Einwohnerrates.

Zu Art. 4:

Gemäss § 4 öBG dürfen nur Aufträge an Anbietende vergeben werden, die gewährleisten

- a. dass sie allen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, insbesondere der Bezahlung von Abgaben, Steuern und Sozialleistungen nachkommen,
- b. dass sie die massgebenden schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die einschlägigen Bedingungen der Gesamtarbeitsverträge einhalten,
- c. dass sie für jene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten.

Die Motion thematisiert insbesondere die Voraussetzungen gemäss lit. a und b. Aus diesem Grund wird im Reglement auf die bestehende kantonale Gesetzgebung von § 4 öBG verwiesen. Der Klarheit halber wird erwähnt, dass nicht nur die Anbieterinnen als solche diese Vergabegrundsätze einzuhalten haben, sondern auch deren Subunternehmer (einschliesslich Sub-Subunternehmer usw.).

Zu Art. 5:

Abs. 1 regelt die Nachweise zur Erfüllung der in Art. 4 dieses Reglements bzw. § 4 lit. a öBG erwähnten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen. Es wird geregelt, dass in offenen Verfahren (dazu gehören auch die selektiven Verfahren) die vorgesehene Zuschlagsempfängerin die Nachweise zwingend vor dem Zuschlag zu erbringen hat. In den anderen Verfahren (Einladungsverfahren, freihändiges Verfahren) ist es der Vergabebehörde freigestellt einen solchen Nachweis zu verlangen. Diese Verpflichtung wird auf offene Verfahren beschränkt; der Verfahrensaufwand für die Unternehmer und die Gemeinde soll bei Beschaffungen im Bereich der Einladungsverfahren und insbesondere im Bereich der freihändigen Verfahren nicht unverhältnismässig gross werden. Jedenfalls haben die Anbietenden in einer Selbstdeklaration zu bestätigen, dass sie die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen erfüllen.

Abs. 2 bestimmt, dass Anbietende, welche die verlangten Nachweise trotz Mahnung nicht einreichen, vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Abs. 3 nimmt Bezug auf die in § 4 lit. b öBG erwähnte Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge. Wenn in der fraglichen Beschaffung Gesamtarbeitsverträge bestehen (vor allem in der Baubranche), wird die Vergabeinstanz, wenn sie offene Verfahren oder Einladungsverfahren durchführt, verpflichtet, vor dem Zuschlag eine Bestätigung der zuständigen paritätischen Kommission bezüglich der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin einzuholen. Damit wird erreicht, dass nur Anbietende den Zuschlag erhalten, welche die Bestimmungen des

anwendbaren Gesamtarbeitsvertrages einhalten. Die Paritätische Berufskommission für das Bauhauptgewerbe des Kantons Luzern begrüsst diese Bestimmung. Es ist anzunehmen, dass auch die Kontrollinstanzen anderer Gesamtarbeitsverträge mit dieser Bestimmung einverstanden sind.

Zu Art. 6:

Abs. 1: In offenen Verfahren muss von den Anbietenden stets verlangt werden, dass sie einen aktuellen Betriebsregistrauszug mit der Offerte beilegen. In allen anderen Verfahren (Einladungsverfahren, freihändige Verfahren) liegt es in der Kompetenz der Vergabeinstanz einen Betriebsregistrauszug zu verlangen.

Abs. 2: Eine Konkursbescheinigung ist nur zu verlangen, wenn Anzeichen bestehen, dass sich die Anbietende (entgegen deren Angaben in der Selbstdeklaration) in einem Konkursverfahren befinden könnte.

Zu Art. 7:

Abs. 1: Wenn eine Zuschlagsempfängerin den Auftrag an Subunternehmer oder Unterlieferanten weitergeben will, muss sie vorgängig die schriftliche Zustimmung der Vergabeinstanz einholen. Die Vergabeinstanz kann dadurch kontrollieren, ob die von der Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Subunternehmer oder Unterlieferanten die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und bestehende Gesamtarbeitsverträge einhalten. Es liegt auch im Interesse der Zuschlagsempfängerin, allenfalls nur Subunternehmer vorzuschlagen, die die gesetzlichen Vorgaben erfüllen. Im revidierten Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20) ist nämlich die Haftung des Erstunternehmers für Verfehlungen der nachfolgenden Subunternehmer verschärft und auf Verstösse durch inländische Subunternehmer ausgedehnt worden.

Abs. 2: Der Klarheit halber wird bestimmt, dass die Art. 4 und 5 dieses Reglements auch für Subunternehmer und Unterlieferanten gelten.

Zu Art. 8:

Abs. 1: In der bisher bestehenden verwaltungsinternen Weisung ist vorgegeben, dass der Preis mit mindestens 75 % gewichtet werden müsse. In Art. 7 Abs. 1 wird nunmehr bestimmt, dass die Gewichtung des Preises in der Regel das Hauptzuschlagskriterium bildet. Es wird aber keine Mindestgewichtung vorgegeben, damit die Vergabeinstanz bei der Festlegung der Zuschlagskriterien je nach Art und Besonderheit des Beschaffungsgegenstandes flexibel ist.

Abs. 2: In sachlich begründeten Fällen kann die Gewichtung des Preises bis auf 35 % reduziert werden. Damit wird die Möglichkeit gegeben, dass beispielweise ökologische oder wirtschaftsethische Aspekte höher als der Preis gewichtet werden können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die Gewichtung des Preises bis auf 20 % reduziert werden.

Zu Art. 9:

Das wirtschaftlich günstigste Angebot ergibt sich aus dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, wobei gemäss § 5 öBG insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt oder besonders gewichtet werden können: Qualität, Preis, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Kundendienst, Infrastruktur, Lehrlingsausbildung, Erfahrung, Bonität, Betriebskosten, Folgekosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Dauerhaftigkeit, Ökologie und Umweltverträglichkeit, Ästhetik, Kreativität. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend.

Gemäss § 8 Abs. 1 lit. f öBV hat die Vergabeinstanz in den Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote berücksichtigt werden, bekannt zu geben. Diese verordnungsrechtliche Grundlage legt das Luzerner Kantonsgericht so aus, dass im Minimum die Zuschlagskriterien und deren Reihenfolge bekannt gegeben werden müssen. Hingegen verlangt das Gericht nicht, dass eine Beurteilungsmatrix in den Ausschreibungsunterlagen offengelegt wird.

Über diese Minimalvoraussetzungen hinaus legt Art. 9 dieses Reglements fest, dass im offenen Verfahren stets eine Beurteilungsmatrix bestehend aus Zuschlags- und Unterkriterien sowie deren Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden muss.

Zu Art. 10:

Mit den Ausschreibungsunterlagen und mit den Vergabekriterien werden entscheidende Vorgaben für das Ergebnis des Wettbewerbs gemacht. Es ist daher erforderlich, dass die zuständige Behörde oder die im fraglichen Verfahren zuständige Instanz allenfalls Änderungen vornehmen kann, bevor das Verfahren gestartet wird. Die Vergabekriterien dürfen im Nachhinein nicht geändert werden. Mit dieser Bestimmung wird zudem sichergestellt, dass das Reglement tatsächlich umgesetzt wird. Zudem kann die zuständige Behörde oder die zuständige Instanz, die durch diese Bestimmung eine Übersicht über laufende oder geplante Verfahren erhält, rechtzeitig Beschaffungen koordinieren oder gesamtheitliche Beschaffungen veranlassen.

Zu Art. 11:

In Einladungsverfahren entscheidet eine Vergabeinstanz frei, wer zur Offertstellung eingeladen wird. Die Einladung an ein Unternehmen besagt faktisch, dass dieses für die zu beschaffende Leistung qualifiziert ist. Die internen Verwaltungsstellen, die eine Ausschreibung vorbereiten, haben in der Regel nicht die Übersicht, mit welchen Unternehmen in andern Bereichen gute oder schlechte Erfahrungen gemacht worden sind. Der Entscheid, welche Unternehmen zur Offertstellung eingeladen werden (oder nicht eingeladen werden) soll deshalb von der für die Vergabe gemäss Visumskompetenz vorgesetzten Stelle getroffen werden.

Zu Art. 12:

Allen Beteiligten muss klar sein, dass eine freihändige Vergabe durchgeführt wird. Es darf nicht der Eindruck entstehen, es handle sich um ein Einladungsverfahren mit strengen formellen Vorgaben und umfassenderen Beschwerdemöglichkeiten (Offert Öffnung, Zuschlags-

verfügung usw.). Aus diesem Grund sind in den Unterlagen, die die Unternehmen zur Offertstellung erhalten, entsprechende Ausführungen zu machen.

5 Hinweise zu den besonderen Bestimmungen bei Hoch- und Tiefbauten (Art. 13 bis 17)

Zu Art. 13:

Ausgangspunkt dieses Artikels bildet § 2 Abs. 3 öBG, worin das Zerstückelungsverbot verankert ist. Darin heisst es: „Eine Beschaffung darf nicht aufgeteilt werden in der Absicht, die Vergabevorschriften zu umgehen. Bei Hochbauten ist in der Regel von einer dreistelligen Baukostenplan (BKP)-Position auszugehen.“ Eine Aufteilung nach BKP-Positionen ist somit ausdrücklich zulässig. In Art. 13 wird bestimmt, dass Submissionspakete nach Möglichkeit nach BKP-Positionen aufzuteilen sind. Damit wird bezweckt, dass mehrere Unternehmen, insbesondere auch ortsansässige Unternehmen, zum Wettbewerb zugelassen werden können, was im Sinne der Motion liegt.

Zu Art. 14:

Eignungskriterien und Zuschlagskriterien müssen auftragsspezifisch festgelegt werden. Es darf daher nicht generell verlangt werden, dass Anbieterinnen über genügend eigenes festangestelltes Personal verfügen müssen. Art. 14 setzt eine Forderung der Motion im Rahmen der Gesetzgebung und der Rechtsprechung um.

Zu Art. 15:

Wenn unklar ist, ob eine Anbieterin oder ein Subunternehmer tatsächlich selbstständig ist, kann die Vergabeinstanz von diesen entsprechende Nachweise verlangen. Dieser Artikel setzt eine Forderung der Motion im Rahmen der Gesetzgebung und der Rechtsprechung um. Der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit bestimmt sich nach schweizerischem Recht. Der Status, den ein Unternehmer in seinem Herkunftsland hat, ist nicht massgebend.

Zu Art. 16:

Dieser Artikel entspricht einer Forderung der Motion. Mit dem revidierten Entsendegesetz wird die Haftung des Erstunternehmers für Verfehlungen der nachfolgenden Subunternehmer verschärft und auf Verstösse durch inländische Subunternehmer ausgedehnt. Diese Rechtssetzung dürfte sowohl den General- und Totalunternehmern als auch den Subunternehmern bekannt sein. Es wird daher im Reglement darauf verzichtet, der Vergabeinstanz vorzuschreiben, dass diese Unternehmen in den Ausschreibungsunterlagen auf die revidierte Gesetzgebung hingewiesen werden. Die Vergabeinstanz kann jedoch in den Ausschreibungsunterlagen auf diese Gesetzgebung hinweisen, wenn sie dies als zweckmässig erachtet.

Zu Art. 17:

Soweit sich ein Unternehmer an die gesetzlichen Vorgaben in Bezug auf die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz hält, darf er nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Es gibt keine gesetzliche Bestimmung, wonach nur Unternehmer berücksichtigt werden dürften, die ein entsprechendes Zertifikat vorweisen können. Es wird daher lediglich bestimmt, dass Zertifikate verlangt und bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können. Ob eine solche Vorgabe zweckmässig ist, hat die Vergabeinstanz in konkreten Einzelfall zu bestimmen.

6 Hinweise zu Forderungen in der Motion, die nicht in das Reglement aufgenommen wurden

6.1 Entzug des Auftrags bei Verstössen gegen den GAV

In der Motion wird verlangt, dass Unternehmen, bei denen während der Auftragsabwicklung festgestellt wird, dass Verstösse gegen den GAV vorliegen, der Auftrag (zwingend) entzogen werden muss. Dazu ist folgendes zu bemerken: Die Auflösung eines Vertrages bestimmt sich nach Zivilrecht. Je nach Vertragsart (Werkvertrag, Auftrag, Kaufvertrag usw.) ist die Vertragsauflösung anders geregelt. Bei Verträgen, die gegen einen GAV verstossen, wird es sich in der Regel um Werkverträge handeln (Art. 377 OR). Die Auflösung eines Werkvertrages kann eine Schadenersatzpflicht des Bestellers auslösen (Abgeltung des Erfüllungsinteresses). Es gibt keine Gerichtsentscheide, wonach Werkverträge bei Verstössen gegen den GAV generell ohne Schadenersatzpflicht des Bestellers (hier wäre es die Vergabeinstanz) aufgelöst werden können. Es wird immer der konkrete Einzelfall beurteilt.

Aus der Rechtsliteratur ergibt sich, dass der Ausschluss einer Schadenersatzpflicht des Bestellers, der vom Vertrag zurücktritt, im Voraus vereinbart werden kann (dispositives Recht). Die Frage, in welchem Umfang eine solche Vereinbarung zulässig wäre, wird jedoch in der Rechtsliteratur unterschiedlich beurteilt. Weil eine Rechtsunsicherheit besteht, ist es nicht angezeigt im Reglement entsprechende Vorgaben zu machen. Es wird daher auf eine Regelung im Reglement verzichtet, wonach in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben werden müsse, mit der Offertstellung erkläre sich die Anbietende einverstanden, im abzuschliessenden Vertrag (nach dem Zuschlag) eine Bestimmung zu akzeptieren, wonach ihr der Auftrag ohne eine Schadenersatzpflicht zu Lasten der Vergabeinstanz entzogen werden könne, falls während der Auftragsabwicklung Verstösse gegen den GAV festgestellt werden.

Auch aus folgenden Gründen soll auf eine solche Vorgabe im Reglement verzichtet werden: Ob eine Vertragsauflösung bei Verstössen gegen den GAV angezeigt ist, muss im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der möglichen Rechtsfolgen geprüft werden. Gegen eine Vertragsauflösung (trotz Verstössen gegen den GAV) könnte auch das Interesse der Vergabeinstanz an einem termingerechten Abschluss der Arbeiten sprechen. Zudem müssten die verbleibenden Arbeiten durch eine andere Anbietende ausgeführt werden, was mit einem entsprechenden Verfahrensaufwand verbunden wäre. Schliesslich obliegt die Durchsetzung der Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages nicht den Vergabebehörden im

Beschaffungsrecht, sondern den im jeweiligen Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Kontrollinstanzen.

6.2 Unterangebote

In der Motion wird verlangt, dass Angebote, die 30 % und mehr unter dem Zweitrangierten liegen, automatisch vom Wettbewerb ausgeschlossen werden müssen. Nach der Rechtsprechung ist dies unzulässig. Der betroffenen Anbietenden muss vorgängig das rechtliche Gehör gewährt werden. Ein Ausschluss ist gemäss § 18 öBV möglich, sofern die Anbietende den Nachweis nicht erbringt, dass sie alle Teilnahmebedingungen und Auftragsbedingungen erfüllen kann.

6.3 Anfahrtsweg als Zuschlagskriterium

In der Punktetabelle, die im Anhang zur Motion vorgeschlagen wurde, ist die Fahrdistanz von der Baustelle zum Geschäftssitz als Zuschlagskriterium enthalten. Dazu ist folgendes auszuführen: Zu den Zielen des öffentlichen Beschaffungsrechts gehört die Marktöffnung. Weiter entfernt gelegene Anbietende sollen nicht benachteiligt werden. Die Länge des Anfahrtsweges ist daher grundsätzlich ein unzulässiges Zuschlagskriterium. Nach der Rechtsprechung darf der Anfahrtsweg lediglich ausnahmsweise, nämlich zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen als Zuschlagskriterium verwendet werden. Beispielsweise kann die Länge des Anfahrtsweges ein sachlich zulässiges Kriterium sein, wenn für den fraglichen Auftrag ein Pikettdienst mit kurzen Reaktionszeiten notwendig ist. Die Länge des Anfahrtsweges kann auch ein zulässiges Zuschlagskriterium bilden unter dem Aspekt der Umweltverträglichkeit (z.B. Luft- und Lärmbelastung), wenn der Transportweg nicht nur eine nebensächliche bzw. einmalige Rolle spielt, sondern sich dieser über eine längere Zeitspanne auswirkt (z.B. Kehrrichtentsorgung). Ob die Länge des Anfahrtsweges ein zulässiges Zuschlagskriterium bildet, bestimmt sich somit im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der genannten Aspekte.

6.3 Weisung über den Einkauf von Gütern und Dienstleistungen vom 24. September 2014

Diese Weisung wird durch das vorliegende Reglement ersetzt.

7 Hinweise zum Diskriminierungsverbot

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 Liberalisierung 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.

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. Diesen Vorgaben tragen die Bestimmungen in § 3 Absätze 1 und 2 öBG Rechnung.

Diese Ausführungen zeigen, dass die beschaffungsrechtliche Bevorzugung schweizerischer oder regionaler Produkte den Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts diametral widerspricht und übergeordnetes Recht verletzen würde. Mit einer solchen Bevorzugung würden ausländische oder ausserkantonale Anbietende diskriminiert bzw. die Einheimischen unrechtmässig bevorzugt. Es wäre deshalb beispielsweise unzulässig, in den Ausschreibungsunterlagen zwingend vorzugeben, dass Schweizer Holz geliefert oder verwendet werden müsse. Auch die Vorgabe von Label's darf kein verstecktes Handelshemmnis beinhalten.

Im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren kann eine Vergabeinstanz wählen, wen sie zur Angebotseinreichung einladen will.

8 Anträge und Ergänzungen gemäss Beschlüssen des Einwohnerrates aus der 1. Lesung

Zu 1 Abs. 2

Ergänzung: Dem Reglement unterstellt sind auch andere Trägerinnen und Träger öffentlicher Aufgaben der Einwohnergemeinde Kriens, sofern diese dem Beschaffungsrecht unterstellt sind.

Der Einwohnerrat hat beschlossen, im Reglement sei zum Ausdruck zu bringen, dass das Reglement auch anwendbar ist, wenn die Gemeinde Kriens öffentliche Aufgaben auslagert, beispielsweise wenn die Führung von Heimen an eine Aktiengesellschaft übertragen wird. Diesem Anliegen wird mit der Ergänzung in Abs. 2 entsprochen.

Die Ergänzung entspricht dem Gesetzestext, nämlich § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen (öBG), der wie folgt lautet:

„Dem Gesetz unterstehen als Auftraggeberinnen folgende Beschaffungsstellen:

a. (...)

b. die Gemeinden, die Gemeindeverbände und andere Trägerinnen und Träger kommunaler Aufgaben.“

Hintergrund von § 1 Abs. 2 lit. b öBG ist folgender: Sobald nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch private Einrichtungen (egal welche Rechtsform diese haben, also auch Aktiengesellschaften, Genossenschaften, Stiftungen, Vereine usw.) zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beitragen, diese unter staatlichem Einfluss stehen und diese öffentliche Aufgaben unter Einsatz öffentlicher Mittel erfüllen, soll das Beschaffungsrecht nicht mit einer Auslagerung ins Privatrecht umgangen werden können. Diese Einrichtungen sind als solche dem Beschaffungsrecht unterstellt, unabhängig davon, in welchem Umfang diese durch öffentliche Gelder oder von dritter Seite mitfinanziert werden.

Das vorliegende Reglement ist selbstverständlich nur anwendbar, wenn die „andere Trägerin“ oder der „andere Träger“ öffentlicher Aufgaben der Einwohnergemeinde Kriens dem Beschaffungsrecht unterstellt ist. Nicht jede Einrichtung, an die die Einwohnergemeinde Kriens öffentliche Aufgaben auslagert, ist zwingend dem Beschaffungsrecht unterstellt. Ob eine solche Einrichtung dem Beschaffungsrecht unterstellt ist, bestimmt das materielle Recht (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996; IVöB; Gerichtspraxis).

Nach der Rechtsliteratur und der Rechtsprechung sind „andere Trägerinnen und Träger kommunaler Aufgaben“ dem Beschaffungsrecht unterstellt, wenn kumulativ die folgenden Kriterien erfüllt sind:

- Eigene Rechtspersönlichkeit (z.B. Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Stiftung, Verein)
- Wahrnehmen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben
- Nicht gewerblich tätig
- Beherrschender staatlicher Einfluss

Dies kann Streitig sein, vor allem wenn solche Einrichtungen von dritter Seite mitfinanziert werden. Streitfälle entscheiden gegebenenfalls die Gerichte.

Falls solche Einrichtungen gemäss diesen Kriterien dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, und diese öffentliche Aufgaben der Gemeinde Kriens erfüllen, haben diese gemäss der Ergänzung in Abs. 2 das vorliegende Reglement zwingend einzuhalten.

Zu Art. 1 Abs. 3

Artikel bleibt unverändert

Art. 1 Abs. 3 des Reglements, worin (entsprechend der Formulierung in § 1 lit. b öBV) festgelegt ist, dass dieses Reglement auch für Beschaffungen gilt, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden und sofern sich die

Gemeinde Kriens an der fraglichen Beschaffung massgeblich beteiligt, bezieht sich in erster Linie auf private Auftraggeber. Werden private Vorhaben zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert, unterstehen diese dem Beschaffungsrecht. Der Begriff der Subventionierung wird in der Rechtsprechung weit verstanden. Beispielsweise hat das Bundesgericht die kostenlose Überlassung eines Grundstücks im Baurecht zugunsten einer privaten Stiftung als anrechenbare Subvention qualifiziert.

Wenn solche private Vorhaben nach materiellem Recht dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, stellt sich die Frage, ob diese zudem das vorliegende Reglement einzuhalten haben. In Art. 1 Abs. 3 ist festgelegt, dass in diesen Fällen das Reglement nur anzuwenden ist, sofern sich die Gemeinde Kriens massgeblich beteiligt. Wenn die Beteiligung der Gemeinde Kriens nur untergeordnet ist, sollen private Bauherren oder private Investoren nicht zusätzlich durch das Reglement eingeschränkt werden.

Zusammengefasst ergibt sich folgendes: Wenn die Gemeinde Kriens von sich aus öffentliche Aufgaben an private Einrichtungen (z.B. Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Stiftung, Vereine) auslagert, und diese Einrichtungen nach dem materiellen Recht dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, ist das Reglement in jedem Fall anwendbar. Dies ergibt sich aus der Ergänzung in Absatz 2. Wenn sich die Gemeinde Kriens an Vorhaben vor allem privater Auftraggeber beteiligt, und diese nach dem materiellen Recht dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, ist das Reglement anwendbar, wenn sich die Gemeinde Kriens am Vorhaben massgeblich beteiligt. Dies ergibt sich aus Absatz 3, der unverändert bleibt. Sind solche Vorhaben nach dem materiellen Recht nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt, stellt sich die Frage der Anwendung des vorliegenden Reglements nicht.

Der Einwohnerrat hat beschlossen, Absatz 3 solle mit folgender Fussnote ergänzt werden: „Auch bei Beteiligungen unter 50% setzt sich der Gemeinderat dafür ein, dass das Reglement für die öffentlichen Beschaffungen umgesetzt wird.“ Dazu ist folgendes zu bemerken: In rechtsetzende Erlasse (wie im vorliegenden Fall) gehören nur verbindliche Anordnungen und Regelungen. Verhaltensanweisungen an eine Behörde oder Absichtserklärungen sollten daher nicht in einen rechtsetzenden Erlass aufgenommen werden, auch nicht als Fussnote. Das Anliegen kann jedoch im Beschaffungsleitbild aufgenommen werden.

Es wird vorgeschlagen, dass im Beschaffungsleitbild unter „Professionell“ folgende Bestimmung aufgenommen wird: *Wir setzen uns dafür ein, dass das Reglement für die öffentlichen Beschaffungen der Gemeinde Kriens nach Möglichkeit bei allen Vorhaben, an denen sich die Gemeinde Kriens beteiligt, angewendet wird.*

Es wird auf Anhang 4 verwiesen.

Zu Art. 5

Artikel bleibt unverändert, ausser der Begriff "Vergabeinstanz" wird in "zuständige Instanz" geändert (einheitliche Terminologie im Reglement).

In der ersten Lesung ist unbestritten geblieben, dass in offenen Verfahren in allen Fällen von der vorgesehenen Zuschlagsempfängerin die Nachweise für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen vor dem Vergabeentscheid einzuholen sind, sofern diese nicht bereits mit der Offerte eingereicht wurden. Der Einwohnerrat hat in Ergänzung dazu beschlossen, dass nicht nur in offenen Verfahren, sondern zudem jedenfalls bei Bauten auch in Einladungsverfahren diese Nachweise einzuholen sind. In rechtlicher Hinsicht ist dazu folgendes auszuführen: Das Beschaffungsrecht umfasst nicht nur Bauten, sondern auch Dienstleistungen und Lieferungen. Für alle dem Beschaffungsrecht unterstellten Bereiche (Bauten, Dienstleistungen und Lieferungen) müssen die gleichen Kriterien gelten. Im Beschaffungsrecht gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung. Es wäre daher nicht rechtens, wenn diese Verpflichtung nur bei Bauten gelten würde. Es gibt auch keine sachlichen Gründe, wieso die vom Einwohnerrat bei Bauten beschlossene Verschärfung bei Dienstleistungen und Lieferungen nicht gelten sollte. Die vom Einwohnerrat beschlossene Verschärfung müsste daher unter den Allgemeinen Bestimmungen (1. Kapitel) in Art. 5 Abs. 1 eingefügt werden („Im offenen Verfahren und im Einladungsverfahren...“).

Der Gemeinderat ist nach wie vor der Auffassung, dass nur in offenen Verfahren diese Nachweise zwingend verlangt werden sollten. In Einladungsverfahren soll die Vergabebehörde im Einzelfall entscheiden. Es soll also den Anbietern nicht generell ein entsprechender Verfahrensaufwand auferlegt werden. Meistens geht es um kleinere Aufträge, die von Kleinunternehmen ausgeführt werden können. Diese Unternehmen sollen nicht mit zusätzlichem administrativem Aufwand belastet werden. Oft wird auch ein Einladungsverfahren durchgeführt, obwohl der Auftrag gemäss den Schwellenwerten hätte freihändig vergeben werden können. Die Vergabebehörde kann ohne weiteres im Einzelfall entsprechende Nachweise verlangen, wenn sie dies als notwendig erachtet. Weil der Gemeinderat dem Beschluss des Einwohnerrates opponiert, ist in Art. 5 Abs. 1 keine Änderung vorgenommen worden.

Zu Art. 6 Abs. 1

Artikel bleibt unverändert, ausser der Begriff "Vergabeinstanz" wird in "zuständige Instanz" geändert (einheitliche Terminologie im Reglement).

Zu Art. 7 Abs. 1

Artikel bleibt unverändert, ausser der Begriff "Vergabeinstanz" wird in "zuständige Instanz" geändert (einheitliche Terminologie im Reglement).

Zu Art. 8 Abs. 2

Anpassung: ...bis auf 20%.....

Diese Änderung entspricht dem Beschluss des Einwohnerrates.

Zu Art. 15

Anpassungen:

....selbständig ist, muss...

....Kommission, SUVA usw.)

Diese Änderungen entsprechen dem Beschluss des Einwohnerrates.

Zudem wird der Begriff "Vergabeinstanz" in "zuständige Instanz" geändert (einheitliche Terminologie im Reglement).

Zu Art. 16

Subunternehmer aus Titel gestrichen

Einschub: ...**Verpflichtung und die Einhaltung der GAV Bestimmungen**.....

Absatz 2 gestrichen

Diese Änderungen entsprechen dem Beschluss des Einwohnerrates. Absatz 2 kann gestrichen werden, da sich diese Verpflichtung bereits aus Art. 4 ergibt.

Zu Art. 18

Dieser Artikel ist neu. Die Bestimmungen in den Artikeln 2, 10 und 11 sind organisatorischer Natur und gelten nicht für Trägerinnen und Träger öffentlicher Aufgaben der Einwohnergemeinde Kriens.

Zu Beschaffungsleitbild (Anhang 4)

Anträge und Ergänzungen gemäss Beschlüsse des Einwohnerrates

Beschaffungsleitbild der Gemeinde Kriens

Die Gemeinde Kriens verfolgt eine einheitliche und nachhaltige Beschaffungspolitik.

Wir beschaffen:

Ökonomisch

- Wir beschaffen zum bestmöglichen Preis/Leistungsverhältnis und berücksichtigen auch die Lebenswegkosten.
- Wir achten ~~in der Regel~~ darauf, den Markt und die Konkurrenz-situation spielen zu lassen **und sorgen für Abwechslung unter den Anbietern.**
- Wo es das Gesetz erlaubt, berücksichtigen wir Unternehmen aus ~~unserem Gemeindegebiet~~ **oder** der Region Luzern ~~der unserem Gemeindegebiet.~~

Ökologisch

- Wir beschaffen Güter und Dienstleistungen, die möglichst geringe negative Auswirkungen auf die Umwelt haben und über den ganzen Lebenszyklus möglichst wenig natürliche Ressourcen verbrauchen.

Ethisch

- Wir berücksichtigen **ausschliesslich** Anbietende, die die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen wie Gesamtarbeitsverträge (GAV), Verbot von Kinder- und Schwarzarbeit, Achtung der Menschenrechte sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten.
- Wir erwarten, dass sich die Anbietenden für die Berufsbildung engagieren.
- ~~Denn Anbietende, die Lernende ausbilden und bei der Vermittlung von Sozialhilfebeziehenden mit der Fachstelle Arbeit zusammenarbeiten, werden im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten bevorzugt.~~
- Im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten werden Anbietende bevorzugt, die sich im Bereich der Lernenden, der Arbeitsintegration von Menschen mit Einschränkungen, Langzeitarbeitslosen und Sozialhilfebezügern engagieren.

Fair

- Wir sind eine anspruchsvolle und faire Vertragspartnerin.

Professionell

- Wir koordinieren unsere Beschaffungen und nutzen das vorhandene Synergiepotenzial aus.
- Wir setzen uns dafür ein, dass das Reglement für die öffentlichen Beschaffungen der Gemeinde Kriens nach Möglichkeit bei allen Vorhaben, an denen sich die Gemeinde Kriens beteiligt, angewendet wird.
- Wir erledigen die operative Beschaffung in der Regel dezentral nach den Vorgaben und in Absprache mit dem Zentraleinkauf.
- Wir sorgen dafür, dass die für die Beschaffung zuständigen Personen ~~als kompetente Verhandlungspartner wahrgenommen werden~~ die notwendigen Kompetenzen aufweisen und sich aktiv über die Beschaffungsmärkte informieren.

Die Motion Ercolani Nr. 151/2015 bezieht sich auf Bauarbeiten im Hoch- und Tiefbau. Dieser Ansatz geht dem Gemeinderat jedoch zu wenig weit, so dass er sich entschlossen hat, im Sinne der Motion ein Reglement zu erlassen, welches alle vom Vergaberecht erfassten Beschaffungen der Gemeinde Kriens erfasst, also nicht nur Bauten, sondern auch Dienstleistungen und Lieferungen.

Der Gemeinderat hat bereits bei der Begründung der Motion darauf hingewiesen, dass der Spielraum der Gemeinde für Reglementierungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens sehr klein ist. Dieser enge Spielraum ist im vorliegenden Reglemententwurf konkretisiert und präzisiert. Einzelne Begehren der Motion lassen sich auf Grund der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung nicht umsetzen. Der Gemeinderat hat bewusst auf eine in seiner Kompetenz liegende Verordnung verzichtet.

Durch das Reglement werden alle verwaltungsinterne Weisungen ersetzt, sodass in der ganzen Gemeinde einheitliche Kriterien zur Anwendung gelangen. Das Reglement ist so aufgebaut, dass zusammen mit den Anhängen sämtliche relevanten Unterlagen für die Beschaffung vorhanden sind. Nach Inkraftsetzung wird das Reglement für die öffentlichen Beschaffungen intern bei allen Mitarbeitenden, die mit Ausschreibungen direkt zu tun haben, geschult und dabei mit internen Arbeitsanleitungen und Prozessen ergänzt.

Der Gemeinderat ist überzeugt, dass mit dem vorliegenden Reglement eine gute Basis für eine einheitliche Anwendung des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffen wird.

Antrag

Der Gemeinderat beantragt, das Reglement sowie das Beschaffungsleitbild in der 2. Lesung festzusetzen. Das neue Reglement soll rasch in Kraft treten und für die nächsten Vergaben angewandt werden kann. Gleichzeitig ist die Motion Ercolani: Bauvorhaben der Gemeinde Kriens (151/2015) teilweise erheblich zu erklären und als erledigt abzuschreiben.

Berichterstattung durch Gemeinderat Franco Faé

Gemeinderat Kriens



Cyrill Wiget
Gemeindepräsident



Guido Solari
Gemeindeschreiber

Beschlussestext zu Bericht und Antrag

Nr. 012/2016

Der Einwohnerrat der Gemeinde Kriens

nach Kenntnisnahme von Bericht und Antrag Nr. 012/2016 des Gemeinderates Kriens vom 2. November 2016

und

gestützt auf § 28 Abs. 1 lit. a. der Gemeindeordnung der Gemeinde Kriens vom 13. September 2007

betreffend

Erlass neues Reglement für die öffentlichen Beschaffungen

beschliesst:

1. Das Reglement für das öffentliche Beschaffungswesen wird festgesetzt.
2. Die Motion Ercolani: Bauvorhaben der Gemeinde Kriens (Nr. 151/2015) wird teilweise erheblich erklärt und als erledigt abgeschrieben.
3. Der Beschluss gemäss Ziffer 1 unterliegt dem fakultativen Referendum.
4. Mitteilung an den Gemeinderat zum Vollzug.

Kriens, 16. März 2017

Einwohnerrat Kriens

Raphael Spörri
Präsident

Guido Solari
Schreiber