

## **Regierungsratsbeschluss**

vom 31. Mai 2011

Nr. 2011/1142

KR.Nr. I 170/2010 (BJD)

**Interpellation Fraktion FDP.Die Liberalen: Aufträge der öffentlichen Hand nach Möglichkeit an Unternehmen aus dem Kanton (10.11.2010)**  
**Stellungnahme des Regierungsrates**

---

### **1. Interpellationstext**

Die Finanzmarktkrise hat Einfluss sowohl auf die Solothurnische Wirtschaft als auch auf den Kanton Solothurn. Die Folgen des wirtschaftlichen Abschwungs werden den Staatshaushalt erst noch erreichen. Der Kanton Solothurn ist somit auf eine starke Wirtschaft und auf hohe Steuereinnahmen sowie gesicherte Arbeitsplätze angewiesen. Bei dieser Ausgangslage ist in der Öffentlichkeit nur schwer zu verstehen, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe von Aufträgen im Sinne einer Gesamtinteressenabwägung bei gleichwertigen Angeboten bzw. sogar besseren Angeboten nicht konsequent die einheimischen Unternehmen, welche im Kanton Solothurn Steuern zahlen, berücksichtigt. Im Bürgerspital Solothurn trinken wir z.B. Kaffee einer Rösterei, die im Besitz eines ausländischen Hedge Fonds ist.

Wir bitten die Regierung in diesem Zusammenhang um die Beantwortung folgender Fragen:

1. Wie kann unter heute geltendem Recht die Möglichkeit geschaffen werden, dass die Chancen der Unternehmen aus dem Kanton Solothurn erhöht werden, bei qualitativ und preislich gleichwertigen Angeboten Aufträge der öffentlichen Hand zu erhalten?
2. Besteht insbesondere im Bereich der Umweltverträglichkeit eine Möglichkeit, indem die weiteren Anfahrtswege der ausserkantonalen Unternehmen und weite Beschaffungswege der Waren in die Beurteilung miteinbezogen bzw. höher gewichtet werden?
3. Gibt es Möglichkeiten, die heute geltenden kantonalen gesetzlichen Grundlagen so anzupassen, dass übergeordnetes Recht nicht verletzt wird und die Chancen der einheimischen Unternehmen erhöht werden?
4. Ist es zulässig, dass im Einladungsverfahren nur Unternehmen aus dem Kanton Solothurn zur Angebotsabgabe eingeladen werden?
5. Wenn ja: Wird dies grundsätzlich so gehandhabt?
6. Werden im freihändigen Verfahren die Aufträge grundsätzlich an Unternehmen aus dem Kanton Solothurn vergeben?

2

2. **Begründung (Vorstosstext)**

### 3. Stellungnahme des Regierungsrates

#### 3.1 Vorbemerkungen

##### 3.1.1 Allgemeines zum Sinn und Zweck des geltenden Submissionsrechts

Für den Markt der öffentlichen Beschaffungen bestehen verschiedene internationale, nationale und interkantonale Bestimmungen. Hauptzweck all dieser Bestimmungen, die auch für den Kanton Solothurn verbindlich sind, ist die tatsächliche Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens: Nebst dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement / GPA; SR 0.632.231.422), das am 15. April 1994 in Marrakesch abgeschlossen wurde und am 1. Januar 1996 in Kraft trat, ist auch das im Rahmen der bilateralen Verhandlungen am 21. Juni 1999 abgeschlossene und am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68), zu beachten. Auf nationaler Stufe ist vor allem das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz / BGBM, SR 943.02, in Kraft seit 1. Juli 1996), welches die Gleichbehandlung von ausserkantonalen oder ausserkommunalen Anbietenden mit ortsansässigen Anbietenden gebietet und so die durch die Bundesverfassung (BV; SR 101) garantierte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) konkretisiert, zu beachten. Massgebend auf interkantonaler Stufe ist die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, BGS 721.521), der alle Kantone beigetreten sind. Die IVöB (Art. 1) regelt die gegenseitige Öffnung der Kantone bei der Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge und will die kantonalen Vergaberegeln durch gemeinsam bestimmte Grundsätze und in Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz harmonisieren. Ihre Ziele sind insbesondere die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern und Anbieterinnen, die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen, die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren sowie die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel.

Vorab ist zu betonen, dass kantonale und kommunale Vergabestellen bei öffentlichen Beschaffungen an die sich aus dem übergeordneten Völkerrecht, Bundesrecht und Konkordatsrecht ergebenden Verpflichtungen gebunden sind. Namentlich dürfen Personen mit Niederlassung in der Schweiz durch entsprechende kantonale oder kommunale Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen nicht in einer Weise benachteiligt werden, welche Artikel 3 BGBM widerspricht (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Grundsätzlich darf ortsfremden Anbietenden der freie Marktzugang nicht verweigert werden; Massnahmen, die eine Beschränkung des freien Marktzugangs für ortsfremde Anbietende bedeuten, sind nur zulässig, wenn sie für ortsansässige und ortsfremde Personen gleichermaßen gelten, zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und überdies verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). In keinem Fall dürfen solche Beschränkungen jedoch eine verdeckte Marktzutrittschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 3 BGBM). Diese Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes konkretisieren die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), welche den Staat insbesondere verpflichtet, Konkurrenten gleich zu behandeln.

Die im Submissionsrecht bekannten Verfahrensarten (offenes/selektives Verfahren, Einladungsverfahren, freihändiges Verfahren) kommen nach Massgabe der geltenden Schwellenwerte auf die konkret zu vergebenden Aufträge zur Anwendung. Dabei sind jeweils die in Artikel 11 IVöB aufgeführten allgemeinen Grundsätze zu beachten, welche unabhängig von der Verfahrensart gelten. Dazu zählen

namentlich auch die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 11 Bst. a und b IVöB).

Es lässt sich somit mit Blick auf das Ausgeführte festhalten, dass das Submissionsrecht, so wie es sich in den letzten beiden Jahrzehnten entwickelt hat, der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung aller Anbieterinnen und Anbieter verpflichtet ist. Hinter dieser Entwicklung steht nicht zuletzt der Gedanke, durch offene Märkte zum haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln in allen Gemeinwesen beizutragen. Nicht mit diesem liberalen Geist des Submissionsrechts vereinbar sind allerdings Massnahmen, welche darauf abzielen, einheimische Anbieterinnen und Anbieter gegenüber ortsfremden zu bevorzugen.

### 3.1.2 Keine Benachteiligung der einheimischen Anbieter im Kanton Solothurn

Im Interpellationstext wird behauptet, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe von Aufträgen bei gleichwertigen Angeboten bzw. sogar besseren Angeboten nicht konsequent die einheimischen Unternehmen, welche im Kanton Solothurn Steuern bezahlen, berücksichtige. Diese Behauptung, mit welcher unterstellt wird, im Kanton Solothurn würden einheimische Anbieterinnen und Anbieter gar benachteiligt, ist haltlos und wird zurückgewiesen.

### 3.2 Zu Frage 1

Nach dem geltenden Submissionsrecht erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot bei den Vergaben des Gemeinwesens den Zuschlag (Art. 13 Bst. f IVöB und § 26 Abs. 1 Submissionsgesetz [SubG; BGS 721.54]). Dazu kommt, dass potentielle Anbieterinnen und Anbieter die von der Auftraggeberin festgelegten Eignungskriterien für den betreffenden Auftrag erfüllen müssen (§ 10 Abs. 1 SubG). Von diesen Prämissen gehen nach der Fragestellung offenbar auch die Interpellanten aus, wenn sie Möglichkeiten schaffen wollen, die Chancen einheimischer Unternehmen bei *qualitativ und preislich gleichwertigen* Angeboten gegenüber auswärtigen Anbietenden zu erhöhen.

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 2. November 2000, VB.2000.00136, E. 6b/aa). Gemäss § 5 Absatz 1 der Submissionsverordnung (SubV; BGS 721.55) dürfen nur objektive Kriterien zur Anwendung gelangen, welche insbesondere die finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden betreffen. Eignungskriterien sind „Muss-Kriterien.“ Wenn ein Anbietender ein Eignungskriterium nicht erfüllt, ist er vom betreffenden Vergabeverfahren auszuschliessen (§ 11 Bst. a SubG). Der Nachweis ist deshalb auf diejenigen Eignungskriterien zu beschränken, welche wesentlich zur Beurteilung der Frage sind, ob ein Anbietender den Auftrag erfüllen *kann*. Eignungskriterien dürfen nicht dazu dienen, ortsfremde Anbietende von vornherein auszuschliessen oder zu benachteiligen, weshalb beispielsweise ein Kriterium „Ortsansässigkeit“ nicht zulässig wäre (vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 17. Februar 2000, VB.1999.00359, E. 4b/aa). Obwohl die Vergabebehörde auch bei der Festlegung der Eignungskriterien über einen gewissen Spielraum verfügt, müssen diese in Bezug auf den konkreten Auftrag stets sachlich begründet und wesentlich für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit sein. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Weise durch entsprechende Festlegung der Eignungskriterien bei Vergaben allgemein die Chancen der einheimischen Unternehmen verbessert werden könnten.

Über einen etwas grösseren Spielraum verfügen die Vergabestellen bei der Festlegung von Zuschlagskriterien. Diese haben den Zweck, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln (Art. 13 Bst. f IVöB; § 26 SubG). Sogenannt vergabefremde Kriterien können hingegen lediglich eine untergeordnete Rolle spielen (s. unten, Ziff. 3.3 zu Frage 2). Es ist nicht ausgeschlossen, über die entsprechende Festlegung von Zuschlagskriterien *indirekt* die Chancen der einheimischen Anbietenden auf den Zuschlag leicht zu erhöhen. Jedoch hat dies stets in einem engen Rahmen zu geschehen, die entsprechenden Zuschlagskriterien müssen sachlich berechtigt sein und dürfen nicht übermässig gewichtet werden (s. unten, Ziff. 3.3 zu Frage 2), damit die vergaberechtlichen Grundsätze (s. oben, Ziff. 3.1.1) nicht verletzt werden. Denkbar ist beispielsweise, dass bei (ansonsten) praktisch gleich günstigen Angeboten Zuschlagskriterien wie Umweltverträglichkeit (kurze Lieferstrecke) oder Unterhaltsleistungen (rasche Anreise) den Ausschlag für Angebote aus dem eigenen Kanton geben können.

Bei der Wahl der Verfahrensart sind die Vergabestellen an die geltenden Schwellenwerte gebunden. Einen sachlich zusammenhängenden Auftrag dürfen sie nicht aufteilen (§ 4 Abs. 2 SubG), etwa damit er parallel in mehreren Verfahren niedriger Stufe (Einladungs- oder freihändiges Verfahren) an denselben Anbieter vergeben werden kann. Hingegen besteht ein gewisser Spielraum bei der Bildung der Vergabepakete innerhalb von grösseren Vorhaben. Auf die Ausschreibung eines grossen Vergabepaketes, welches verschiedene Arbeitsgattungen umfasst, melden sich tendenziell mehr auswärtige Anbieter als auf ein kleineres Vergabepaket, welches nur eine oder wenige Arbeitsgattungen umfasst. Werden also im Rahmen der Vergabeplanung eher kleinere Vergabepakete gebildet, können dadurch tendenziell die Chancen der Anbieter aus der Region erhöht werden. Diesem Gesichtspunkt wollen wir dort, wo dies möglich und sinnvoll ist, wie bisher auch inskünftig Rechnung tragen. Selbstverständlich darf dadurch der im Zentrum stehende Projekterfolg nicht gefährdet und der Aufwand der Vergabestellen nicht wesentlich erhöht werden. Die Vergabeplanung ist spezifisch auf die Erfordernisse eines Projektes abzustimmen. Auf einer langgestreckten Baustelle (wie der Entlastung Region Olten, ERO) macht es Sinn, verschiedene Unternehmer zur Erstellung der einzelnen Bauwerke zu berücksichtigen. Bei Projekten, bei welchen die örtliche, zeitliche und fachliche Koordination der Arbeiten eine grössere Rolle spielt, sind eher grössere Vergabepakete, welche verschiedene Arbeitsgattungen umfassen, einzuplanen, damit die Risiken bei der Bauausführung begrenzt werden können.

Für technisch anspruchsvolle und organisatorisch komplexe Vorhaben sind der Kanton und auch die Gemeinden als Auftraggeber auf qualifizierte Anbietende mit entsprechender Erfahrung angewiesen. Deshalb wird bei einer Vergabe in der Regel nicht nur der Preis, sondern auch die Qualität der Offerte anhand der vorgängig bekannt gegebenen Kriterien bewertet. Da im Submissionsverfahren bloss die abgegebenen Unterlagen der Anbietenden bewertet werden können, kommt der Sorgfalt bei der Offertstellung eine grosse Bedeutung zu. Die Vergabestelle ist nicht befugt, eine Offerte, welche nach den vorgängig bekannt gegebenen Zuschlagskriterien nicht am meisten Punkte erreicht, aufgrund ihres impliziten Wissens über die Qualität der Arbeiten des Anbietenden besser zu bewerten. Wir haben aber ein gewisses Verständnis dafür, dass bei Unternehmen ein Unbehagen über Vergabeentscheide, die nicht zu Gunsten der heimischen Betriebe ausfallen, entstehen kann. Auf dieses Unbehagen möchten wir mit vermehrter Transparenz bezüglich der Vergabepaxis der kantonalen Verwaltung antworten. Wir sind gerne bereit, den Unternehmen im Kanton Solothurn einen vertieften Einblick in den Qualitätsanspruch an Offerten zu gewähren. Auf diese Weise hoffen wir dazu beitragen zu können, dass sich das Potential der Solothurner Unternehmen noch mehr in Vergaben innerhalb des Kantons niederschlägt.

### 3.3 Zu Frage 2

In § 26 Absatz 2 Buchstabe k SubG ist auch die „Umweltverträglichkeit“ als mögliches Zuschlagskriterium genannt. Die grundsätzliche Zulässigkeit dieses Zuschlagskriteriums ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, jedoch wird ihm im Vergleich mit anderen Zuschlagskriterien eher nachrangige Bedeutung zugemessen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2000, 2P.342/1999, E. 3c/aa). Im erwähnten Bundesgerichtsurteil ging es um die Vergabe der wöchentlichen Kehrrechtbe-seitigung in einer Aargauer Gemeinde, welche öffentlich ausgeschrieben worden war. Dem Zu-schlagskriterium der Umweltverträglichkeit mass die Gemeinde eine Gewichtung von 25% bei der Be-wertung der Angebote zu (davon 20% „Anfahrtsweg“ und 5% „Fahrzeuge“). Die hohe Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Umweltverträglichkeit“, insbesondere des Anfahrtsweges, hatte dann zur Fol-gue, dass das preislich günstigste Angebot einer Offerentin aus dem Kanton Solothurn gegenüber dem deutlich teureren Angebot einer gemeindeansässigen Anbieterin unterlag. Das Bundesgericht sah in dem zu stark gewichteten Kriterium des Anfahrtsweges im konkreten Fall eine unzulässige Diskri-minierung ortsfremder Anbietender im Sinne der Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes (s. oben, Ziff. 3.1.1). Es führte dazu aus, zwar dürfe der Anfahrtsweg im Rahmen der Beurteilung der Um-weltverträglichkeit berücksichtigt werden, seine Relevanz sei vorliegend aber überbewertet worden (Bundesgerichtsurteil, a.a.O., E. 4b ff.). Die Bedeutung des Anfahrtsweges für die Kehrreichtour sei im Vergleich zum Schadstoffausstoss während der Tour in der Gemeinde selber sowie wohl auch zum Kriterium „Fahrzeuge“ zu stark gewichtet worden. Das erwähnte Bundesgerichtsurteil zeigt an-schaulich die Möglichkeiten auf, die das Zuschlagskriterium „Umweltverträglichkeit“ im Hinblick auf die Erhöhung der Chancen einheimischer Unternehmen auf den Zuschlag bietet. Diese sind zwar vor-handen, jedoch klar beschränkt im Hinblick auf die Umschreibung, Zweckmässigkeit und Gewichtung des entsprechenden Kriteriums. Hinzu kommt, bezogen auf den Kanton Solothurn mit seiner geogra-fischen Form, dass auch Unternehmen aus den Nachbarkantonen kurze Anfahrtswege haben können, weshalb durch eine verstärkte Berücksichtigung des Umweltschutz-Kriteriums nicht zwangsläufig nur die Chancen für Anbietende aus dem Kanton Solothurn auf einen Zuschlag erhöht werden dürften.

### 3.4 Zu Frage 3

Es ist namentlich auf das oben bereits Ausgeführte zu verweisen. Wir sehen keine Möglichkeiten, durch Anpassungen der kantonalen Rechtsgrundlagen die Chancen Solothurnischer Anbietender zu er-höhen, ohne übergeordnetes Recht zu verletzen.

### 3.5 Zu Frage 4

Im Einladungsverfahren ist die Vergabestelle grundsätzlich frei bei der Wahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Anbieterinnen und Anbieter. Sie muss aber (wenn möglich) mindestens drei Angebote einholen (Art. 12 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> IVöB; § 19 SubG). Einen Anspruch auf Teilnahme besitzt nie-mand unter den potentiellen Anbietenden. Es ist somit auch nicht ausgeschlossen, dass eine Verga-bestelle in einem Einladungsverfahren nur Unternehmen mit Sitz im Kanton Solothurn (und keinen ausserkantonalen Anbieter) zur Angebotsabgabe einlädt. Würde eine solche Praxis bei Einladungs-verfahren jedoch rigoros verfolgt (bzw. gar mit entsprechenden Weisungen an die Verwaltung institu-tionalisiert), so würde dies klar gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie des wirksamen Wettbewerbs verstossen (Art. 11 Bst. a und b IVöB).

### 3.6 Zu Frage 5

Im Einladungsverfahren werden in der Praxis der Vergabestellen in der kantonalen Verwaltung insbesondere Unternehmen berücksichtigt, mit denen die Vergabestellen bereits erfolgreich und zufriedenstellend zusammengearbeitet haben. Die Auswahl der zur Angebotseingabe eingeladenen Anbietenden beschränkt sich nach Möglichkeit, vor allem bei „Standardaufgaben“, regelmässig auf Unternehmen aus dem Kanton Solothurn. Je nach Auftrag (insbesondere bei komplexeren Aufgaben) kann es vorkommen, dass nur vereinzelte oder keine Anbietende aus dem Kanton Solothurn in Betracht fallen, weshalb dann nach den submissionsrechtlichen Vorgaben (im Einladungsverfahren sind mindestens drei Offerten einzuholen) auch ausserkantonale Unternehmen eingeladen werden.

### 3.7 Zu Frage 6

Gemäss Auskünften der Vergabestellen in der kantonalen Verwaltung werden dort Aufträge im freihändigen Verfahren in der Regel an Unternehmen aus dem Kanton Solothurn vergeben, soweit dies möglich ist. Wir begrüssen dies grundsätzlich. Bei gewissen Aufgaben, die spezielles Know-how oder besondere Einrichtungen erfordern (z.B. Labors, Ingenieurunternehmungen mit Spezialwissen, Informatikbeschaffungen usw.), ist es möglich, dass – mangels einheimischer – nur ausserkantonale Anbietende in Frage kommen. Zudem kann es durchaus Sinn machen, auch bei freihändigen Vergaben ab und zu Offerten aus anderen Kantonen (meistens Nachbarkantone) einzuholen, da eine unkritische Vergabe gleichartiger Aufträge an kantonale „Hoflieferanten“ erfahrungsgemäss dazu führen kann, dass Leistungen zu teuer eingekauft werden. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit ist bei Vergaben der öffentlichen Hand, auch im freihändigen Verfahren, auf jeden Fall zu beachten.



Andreas Eng  
Staatsschreiber

### Verteiler

Bau- und Justizdepartement

Bau- und Justizdepartement (br)

Staatskanzlei, Legistik und Justiz (FF) (3)

Hochbauamt

Amt für Verkehr und Tiefbau

Amt für Umwelt

Amt für Geoinformation

Finanzdepartement

Kantonale Finanzkontrolle

Departement des Innern

Departement für Bildung und Kultur

Volkswirtschaftsdepartement

Amt für Wirtschaft und Arbeit

Solothurner Spitäler AG, Dr. Kurt Altermatt, Markus Dürst, Schöngrünstrasse 36a, 4500 Solothurn

(2)

Parlamentsdienste

Traktandenliste Kantonsrat