

Regierungsratsbeschluss

vom 9. Januar 2024

Nr. 2024/29

Submissionsrechtliches Gutachten von Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb vom 14. Dezember 2023 betreffend Geltungsbereich der Ausnahmen von Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019; Kenntnisnahme und Weisung an die Departemente

1. Ausgangslage

Im Kanton Solothurn haben sich nach erfolgtem Inkrafttreten der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB, BGS 721.532) und des kantonalen Submissionsgesetzes vom 31. August 2021 (SubG; BGS 721.54) per 1. Juli 2022 bei der Erteilung von Aufträgen durch die Verwaltung an externe Institutionen gewisse Unsicherheiten in Bezug auf die Anwendung und Auslegung von Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e IVöB ergeben, wonach Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten dem öffentlichen Beschaffungsrecht nicht unterstellt sind. Ausserdem sind in unserem Kanton – über die Vorgaben der IVöB hinausgehend – auch Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration ausdrücklich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt worden (vgl. § 2 Abs. 2 SubG). Am 29. März 2023 hat im Übrigen die Fraktion FDP.Die Liberalen die Interpellation «Einheitliche Vergabepaxis im Kanton Solothurn» (I 0080/2023 [STK]) eingereicht und uns um die Beantwortung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit der freihändigen Vergabe von Aufträgen aufgrund einer Ausnahme im Sinne von Artikel 10 oder Artikel 21 Absatz 2 IVöB durch die kantonale Verwaltung ersucht. Wir haben dazu mit RRB Nr. 2023/1077 vom 26. Juni 2023 Stellung genommen und namentlich festgehalten, Unsicherheiten in der Anwendung des Submissionsrechts könnten trotz der verfügbaren Praxishilfen nicht gänzlich ausgeschlossen werden. So sei beispielsweise die publizierte (Gerichts- und Verwaltungs-) Praxis zur Anwendung des Ausnahmetatbestands gemäss Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e IVöB spärlich und wenig hilfreich. Aus diesem Grund solle zur Anwendung dieses Ausnahmetatbestands ein Rechtsgutachten durch eine externe juristische Fachperson in Auftrag gegeben werden. Im Zentrum standen dabei die Fragen, unter welchen Umständen bzw. in welchen Konstellationen ein Auftrag an eine Wohltätigkeitseinrichtung gemäss Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e IVöB ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erteilt werden darf und nach welchen Kriterien von einem dem Beschaffungsrecht unterstellten Auftrag an eine Organisation der Arbeitsintegration auszugehen ist.

2. Erwägungen

Entsprechend der vorstehenden Ausgangslage haben wir die Staatskanzlei (zuständig für Auskünfte im öffentlichen Beschaffungsrecht), das Departement des Innern (meistbetroffen bezüglich Vergaben an «Wohltätigkeitseinrichtungen») sowie das Volkswirtschaftsdepartement (meistbetroffen bezüglich Vergaben an «Organisationen der Arbeitsintegration») beauftragt, gemeinsam den Fragenkatalog zu erarbeiten, eine geeignete Gutachterperson zu bestimmen und dieser den Fragenkatalog zur Beantwortung und zur Erstellung des Rechtsgutachtens vorzulegen. Nach der Ausarbeitung des Fragenkatalogs durch Vertretungen der drei genannten

Departemente konnte mit Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb ein profunder Kenner des Submissionsrechts (Herausgeber des Handkommentars zum Schweizerischen Beschaffungsrecht aus dem Jahr 2020) als Gutachter verpflichtet werden.

Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb, unter Mitarbeit von Dr. iur. Martin Zobl, wurde am 14. Dezember 2023 abgeliefert.

Das Rechtsgutachten legt die Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmen gemäss Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e IVöB wie folgt dar (Executive Summary, Ziff. 2.1, 2.2 und 2.3 des Rechtsgutachtens, Rz. 7 ff.):

2.1 Generelle Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmen gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB

«Im Kanton Solothurn sind Aufträge an folgende Organisationen ausgenommen:

- **Behinderteninstitutionen**, d.h. Institutionen, deren Hauptzweck in der sozialen und beruflichen Integration von Menschen mit Behinderungen besteht und in denen mindestens 30 % der Beschäftigten Menschen mit Behinderungen sind (s. hinten Kap. 7).
- **Wohltätigkeitseinrichtungen**, d.h. Organisationen, die gemeinnützig im steuerrechtlichen Sinn sind. Hierfür bildet nebst dem Allgemeininteresse am verfolgten Zweck insbesondere auch die Uneigennützigkeit der Organisation eine unabdingbare Voraussetzung (dazu hinten Kap. 5.3). Darüber hinaus sind weitere Voraussetzungen zu beachten, die sich aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität ergeben (s. hinten Kap. 2.3 [recte: 2.2] und detailliert Kap. 5.4 f.).
- **Strafanstalten**, d.h. alle Einheiten, die im Strafvollzug tätig sind (s. hinten Kap. 7).

Die Ausnahme ist nicht auf Lieferungen bzw. Waren beschränkt, sondern gilt auch für Dienst- und Bauleistungen (vgl. auch Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012).»

2.2 Beauftragung von Wohltätigkeitseinrichtungen im Besonderen

«Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob die Beauftragung einer Wohltätigkeitseinrichtung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB vergaberechtsfrei erfolgen kann. Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein:

- Der Anbieter ist nicht kommerziell motiviert. Dies bedeutet, dass er generell und dauerhaft darauf verzichtet, mittels Einsatzes wirtschaftlicher Mittel (Kapital und Arbeit) wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus den erwähnten Begriffsmerkmalen der gemeinnützigen Organisationen im steuerrechtlichen Sinn (s. hinten Kap. 5.4.1).
- Der Anbieter verfolgt auch im konkreten Beschaffungsgeschäft keine kommerziellen Absichten. Im Wesentlichen bedeutet dies, dass der Auftrag so ausgestaltet sein muss, dass keine Gewinne erwirtschaftet werden können und allfällige Überschüsse an die öffentliche Auftraggeberin zurückgeführt werden. Sämtliche Kosten dürfen höchstens dem Marktniveau entsprechen (s. hinten Kap. 5.4.2).
- Der Hauptzweck der Beauftragung muss in der Förderung der entsprechenden Organisation bzw. ihrer Aktivitäten liegen. Hierfür ist die Beschaffung entsprechend auszugestalten. Zwar muss die Auftraggeberin mittels geeigneter Muss-Kriterien si-

herstellen, dass der Anbieter überhaupt in der Lage ist, den entsprechenden Auftrag auszuführen. Im Rahmen der Angebotsevaluation wird sie jedoch primär auf die Qualität und die Umsetzung des Förderungszwecks abzustellen haben. Hierzu sind geeignete Zuschlagskriterien aufzustellen, z.B. Anteil der Beschäftigten mit Behinderungen, Arbeitsbedingungen, Mittelverwendung zur Erreichung des Förderungszwecks, Effizienzgrad etc. Der Angebotspreis darf höchstens eine untergeordnete Rolle spielen, wobei als Faustregel eine Gewichtung von 20 % - 30 % nicht zu überschreiten ist (s. hinten Kap. 5.5).

Untergeordnete kommerzielle Nebentätigkeiten des betroffenen Anbieters (z.B. der Betrieb eines Restaurants) schaden nicht, solange sie losgelöst vom betroffenen öffentlichen Auftrag erfolgen und der Überschuss dem ideellen Zweck zugutekommt, d.h. nicht (mittelbar oder unmittelbar) ausgeschüttet wird (s. hinten Kap. 5.4.3).

Keine Voraussetzung der Freistellung bildet das Fehlen eines Anbieterwettbewerbs im Bereich des vergaberechtsfrei erteilten Auftrags (s. hinten Kap. 5.6).»

2.3 Beauftragung von Organisationen der Arbeitsintegration im Besonderen

«Unter den Begriff ‘Organisationen der Arbeitsintegration’ fallen alle Organisationen, die mit Integrationsmassnahmen im Sinne des AVIG und der Asyl-, Ausländer-, Integrations- sowie Invalidenversicherungsgesetzgebung betraut sind. Bei diesen Organisationen handelt es sich teilweise um öffentlich-rechtliche Organisationen, teilweise jedoch auch um private Vereine, Stiftungen und Gesellschaften einschliesslich Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (s. hinten Kap. 6).

Der Kanton Solothurn hat in Abweichung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB festgelegt, dass auch Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration nach der Submissionsgesetzgebung vergeben werden (§ 2 Abs. 2 SubG SO). Damit sind im Kanton Solothurn Aufträge im Bereich arbeitsmarktlcher Massnahmen grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellt. Eine Generalausnahme besteht weder in Bezug auf spezifische Aufträge im Bereich der Arbeitsintegration noch in Bezug auf Anbieter, die solche Leistungen ausschliesslich oder teilweise anbieten (s. hinten Kap. 6.2).

Vielmehr richtet sich die Beauftragung derartiger Organisationen nach den üblichen beschaffungsrechtlichen Vorgaben und ist somit grundsätzlich objektiv unterstellt. Ob die entsprechende Organisation vollständig oder nur teilweise im Bereich der Arbeitsintegration tätig ist, ist demnach unerheblich. Eine Freistellung fällt nur dann in Betracht, wenn eine andere Legal Ausnahme greift, bspw. die Beauftragung einer Wohltätigkeitseinrichtung oder das In-State-Privileg (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB; s. hinten Kap. 6.3).»

3. **Kenntnisnahme, Weisung an die Departemente und Verteilung des Rechtsgutachtens**

Vom Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb vom 14. Dezember 2023 ist Kenntnis zu nehmen und die Departemente und die ihnen unterstellten Ämter und Dienststellen sind anzuweisen, sich bei ihren Vergaben nach dem Gutachten zu richten.

Die Gutachtensergebnisse dürften nicht nur für den Kanton Solothurn, sondern auch für zahlreiche andere Kantone von Interesse sein und könnten einen Beitrag zu einer schweizweit einheitlicheren Praxis bezüglich der Anwendung der in Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e IVöB verankerten Ausnahmetatbestände leisten. Die Staatskanzlei, Legistik und Justiz, ist deshalb zu ermächtigen und zu beauftragen, das Rechtsgutachten öffentlich zugänglich zu machen (insbesondere auf der Webseite des Kantons Solothurn) sowie in geeigneter Weise den anderen Kantonen zur

Kenntnis zu bringen. Die kantonalen Dienststellen dürfen das Rechtsgutachten Dienststellen von anderen Kantonen zur Verfügung stellen.

4. Beschluss

- 4.1 Vom Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb vom 14. Dezember 2023 wird Kenntnis genommen.
- 4.2 Die Departemente sowie die diesen unterstellten Ämter und Dienststellen werden angewiesen, sich bei ihren Vergaben nach diesem Rechtsgutachten zu richten. Die Departemente informieren ihre Ämter und Dienststellen über diese Weisung.
- 4.3 Die Staatskanzlei, Legistik und Justiz, wird ermächtigt und beauftragt, das Rechtsgutachten öffentlich zugänglich zu machen (insbesondere auf der Webseite des Kantons Solothurn) sowie in geeigneter Weise den anderen Kantonen zur Kenntnis zu bringen.



Andreas Eng
Staatsschreiber

Beilage

Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb, unter Mitarbeit von Dr. iur. Martin Zobl, vom 14. Dezember 2023

Verteiler

Staatskanzlei
Staatskanzlei, Legistik und Justiz (3)
Departemente (5)
Finanzkontrolle