

Öffentliches Beschaffungswesen:

- 1. Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019;**
- 2. Totalrevision des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (SubG).**

Botschaft und Entwurf des Regierungsrates
an den Kantonsrat von Solothurn
vom, RRB Nr.

**Vernehmlassungsentwurf
Dezember 2020**

Zuständiges Departement

Staatskanzlei

Vorberatende Kommissionen

Umwelt-, Bau- und Wirtschaftskommission
Finanzkommission

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung	5
1. Ausgangslage.....	7
1.1 Weshalb die Gesetzesrevision?	7
1.2 Harmonisierung	7
1.3 Ratifizierung GPA 2012.....	8
1.4 Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB	8
1.5 Kantonale Ausführungsbestimmungen.....	8
1.6 Vernehmlassungen bei den Kantonen	8
1.7 Arbeiten nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens zur revidierten IVöB	9
1.8 Keine konkordatswidrige Berücksichtigung der unterschiedlichen Preisniveaus als Zuschlagskriterium.....	9
1.9 Keine Unterstellung der Pensionskasse Kanton Solothurn (PKSO) durch kantonales Recht	11
1.10 Die wichtigsten Neuerungen und Grundsätze	12
1.11 Vernehmlassungsverfahren	13
1.12 Erwägungen, Alternativen	13
2. Verhältnis zur Planung	14
3. Auswirkungen.....	14
3.1 Personelle und finanzielle Konsequenzen.....	14
3.2 Vollzugsmassnahmen.....	14
3.3 Folgen für die Gemeinden.....	14
3.4 Wirtschaftlichkeit.....	15
3.5 Nachhaltigkeit.....	15
4. Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen der Vorlage	15
4.1 Beitritt zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 (Beschlussesentwurf 1)	15
4.2 Totalrevision des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (SubG) und Änderung des Verantwortlichkeitsgesetzes (Beschlussesentwurf 2)	16
4.2.1 Gesetz über öffentliche Beschaffungen (SubG)	16
4.2.2 Verantwortlichkeitsgesetz (VG).....	19
4.2.3 Gesetz über die Gerichtsorganisation	19
5. Rechtliches	19
6. Antrag.....	20
7. Beschlussesentwurf 1	21

Beilagen

Beschlussesentwurf 1 (Beitritt zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019)

Beschlussesentwurf 2 (Totalrevision des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen [SubG])

Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 inkl. Vereinbarungstext und Anhänge 1 - 4

Kurzfassung

Das geltende Submissionsgesetz des Kantons Solothurn datiert vom 17. Dezember 1996 und steht seit 1. April 1997 in Kraft. Das Submissionsgesetz und die gestützt darauf erlassene Submissionsverordnung regeln die Vergabe öffentlicher Aufträge, namentlich durch den Kanton Solothurn, dessen selbständige Anstalten sowie durch die Gemeinden, ihre Anstalten und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an welchen sie beteiligt sind. Im Jahr 1996 ist der Kanton Solothurn ebenfalls der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) beigetreten. Mit diesem Konkordat setzten die Kantone einerseits die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz aus dem WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) um. Andererseits wurde damit zwischen den Kantonen eine gewisse Harmonisierung ihrer Schwellenwerte und Verfahrensregelungen bei öffentlichen Vergaben erreicht. Als Folge des bilateralen Abkommens mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erfolgte im Jahr 2003 eine Teilrevision der IVöB sowie des Submissionsgesetzes, mit welcher namentlich der Geltungsbereich auf die Gemeinden ausgeweitet wurde.

Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Die Schweiz wird das revidierte GPA, welches den Schweizer Unternehmen einen erweiterten Marktzugang von rund 80 – 100 Mia. Dollar pro Jahr gewährt, Ende 2020 ratifizieren. Bund und Kantone haben im Rahmen eines gemeinsamen Projekts (Aurora) in den vergangenen Jahren eine parallele Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und der IVöB erarbeitet mit dem Ziel, die rechtlichen Grundlagen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich so weit wie möglich anzugleichen, was mit der nun vorliegenden totalrevidierten IVöB grösstenteils gelungen ist. Nachdem das Bundesparlament am 21. Juni 2019 dem GPA 2012 und dem neuen BöB zugestimmt hatte, wurde an der Plenarversammlung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) vom 15. November 2019 die IVöB 2019 einstimmig verabschiedet.

Diese Vorlage hat erstens den Beitritt des Kantons Solothurn zur IVöB 2019 zum Gegenstand. Zweitens ist Gegenstand der Vorlage die Totalrevision des kantonalen Submissionsgesetzes. Diese wird nötig, weil die IVöB 2019 das Submissionsrecht im Vergleich zum geltenden Konkordat sehr umfassend regelt, so dass sich das kantonale Gesetz auf einige wenige Ausführungsbestimmungen beschränken kann, welche der IVöB 2019 zu entsprechen haben. So sind namentlich die zuständigen Behörden zu bestimmen. Dazu kommen kantonale Ausführungsbestimmungen in den wenigen Bereichen, in welchen die IVöB 2019 den einzelnen Kantonen noch einen materiellen Regelungsspielraum belässt.

Die IVöB 2019 bringt namentlich folgende Neuerungen:

- Der Qualitätswettbewerb soll gegenüber dem reinen Preiswettbewerb ein grösseres Gewicht bekommen (s. insb. Art. 29 Abs. 1 IVöB: Qualität neu ausdrücklich als Muss-Kriterium).
- Begriffe werden aufgrund der bisherigen Praxis und Rechtsprechung definiert, so beispielsweise der Begriff des öffentlichen Auftrags (s. insb. Art. 3 ff. IVöB).
- Die Nachhaltigkeit wird neu an mehreren Stellen in der IVöB ausdrücklich genannt (s. dazu unten, Ziff. 3.5).

- Neue Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 2 IVöB): Die IVöB 2019 führt neue sogenannte "vergabefremde" Zuschlagskriterien ein (z.B. Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose).
- Objektiver Geltungsbereich (Art. 9 IVöB): Neu gelten auch bestimmte Konzessionen und die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben als öffentliche Beschaffung.
- Publikationen (Art. 48 IVöB): Die Ausschreibung, der Zuschlag sowie der Abbruch werden im offenen oder selektiven Verfahren auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (simap.ch) publiziert. Die Kantone können weitere Publikationsorgane vorsehen.
- Rechtsschutz (Art. 56 IVöB): Die Rechtsmittelfrist wird auf 20 Tage verlängert (bisher im Kanton Solothurn 10 Tage).
- Die Sanktionen «Verwarnung», «Ausschluss» (bis zu fünf Jahren) und «Busse» (von bis zu 10 Prozent der bereinigten Angebotssumme) sind in der IVöB 2019 verankert (Art. 45 IVöB). Über die sanktionierten Anbieter und Subunternehmer wird eine nicht öffentliche Liste geführt.
- Neue Instrumente: Die revidierte Vereinbarung will den öffentlichen Auftraggebern und den Anbietern einen grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. So werden Instrumente wie der Dialog zwischen Auftraggeber und Anbietern (Art. 24 IVöB), Rahmenverträge (Art. 25 IVöB) sowie elektronische Auktionen (Art. 23 IVöB) verankert.

Die Pensionskasse Kanton Solothurn (PKSO) soll inskünftig ihre Beschaffungen nicht mehr nach dem Submissionsrecht ausschreiben müssen (§ 2 SubG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Bst. g IVöB). Der Regierungsrat möchte auf die Möglichkeit verzichten, die PKSO durch das kantonale Ausführungsrecht weiterhin zu unterstellen. Des Weiteren werden zwecks Ermöglichung der neu vorgesehenen Sanktionen für fehlbare Anbieter Mitteilungsrechte und -pflichten eingeführt (§ 4 SubG). Die Möglichkeit der Gemeinden, die Schwellenwerte für ihre eigenen Submissionen in Reglementen herabzusetzen, soll aufgehoben werden (§ 6 SubG).

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen nachfolgend Botschaft und Entwurf über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 sowie über die Totalrevision des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (SubG; BGS 721.54).

1. Ausgangslage

1.1 Weshalb die Gesetzesrevision?

Das öffentliche Beschaffungswesen stellt einen wichtigen Bereich der Schweizer Volkswirtschaft dar. Das öffentliche Beschaffungsrecht findet seine Grundlagen im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, dem Government Procurement Agreement (GPA) sowie im bilateralen Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilat Abk). Das Übereinkommen wird von den Kantonen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) umgesetzt. Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind Anpassungen im nationalen Recht erforderlich.

1.2 Harmonisierung

Im Rahmen von Artikel 95 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) wird dem Bund ermöglicht, rechtliche Leitplanken für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu schaffen. Die Kantone haben mit Artikel 48 BV gleichzeitig die Möglichkeit, miteinander Verträge zu schliessen. Mit diesen rechtlichen Voraussetzungen war es möglich, dass eine Harmonisierungsregelung im Beschaffungswesen gemeinsam erarbeitet wurde.

Mit der revidierten IVöB konnten die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich weitgehend angeglichen werden. Diese Harmonisierung von Bund und Kantonen, die von der Wirtschaft seit Jahren gefordert wurde, stellt eine bedeutsame Neuerung dar. Hierzu wurde die IVöB neu strukturiert und sprachlich überarbeitet. Bewährte Regelungskonzepte wurden beibehalten (z.B. Verhandlungsverbot, Rechtsschutz) und neue Begriffsdefinitionen eingeführt. Für die Kantone ergeben sich materiell keine grundlegenden Änderungen. Im Wesentlichen ergeben sich Änderungen bei den Unterstellungsfragen (beispielsweise in Bezug auf die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben sowie die Vergabe gewisser Konzessionen) und den neuen Beschaffungsinstrumenten (Details siehe Musterbotschaft in der Beilage).

Ferner soll auch eine Harmonisierung unter den Kantonen erreicht werden. Dazu wurden die Bestimmungen, welche bisher in den Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB) geregelt waren, in die Vereinbarung integriert. Wie bisher unterscheidet die Vereinbarung zwischen dem sogenannten Staatsvertragsbereich, d. h. öffentlichen Aufträgen, die im Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen vergeben werden, und dem Nicht-Staatsvertragsbereich, d. h. öffentlichen Aufträgen, die nur den Regeln des Binnenrechts unterstehen.

1.3 Ratifizierung GPA 2012

Damit die Schweiz an den Neuerungen und den neuen Märkten partizipieren kann, muss sie zuerst das nationale Recht anpassen. Das zuständige Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB)¹ hat hierfür die revidierte IVöB am 15. November 2019 einstimmig verabschiedet. Der Bund hat seine gesetzlichen Grundlagen, bestehend aus dem Bundesgesetz und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, ebenfalls angepasst. Die Schweiz wird das revidierte GPA, welches den Schweizer Unternehmen einen erweiterten Marktzugang von rund 80 – 100 Mia. Dollar pro Jahr gewährt, Ende 2020 ratifizieren.

1.4 Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB

Interkantonale Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die von zwei oder mehreren Kantonen über einen Gegenstand geschlossen werden, der in ihrem Kompetenzbereich liegt. Die vorliegende Vereinbarung bezweckt eine Rechtsvereinheitlichung zwischen den Kantonen. Die einzelnen Kantone können dem vorgelegten Text der IVöB entweder zustimmen oder diesen ablehnen. Ein Beitritt unter Vorbehalt ist nicht möglich².

1.5 Kantonale Ausführungsbestimmungen

Die geltende IVöB stellt eine Rahmenvereinbarung dar, wohingegen die IVöB 2019 weitestgehend alle Bereiche des Beschaffungsrechts regelt. Die Kantone haben im Rahmen von Artikel 63 Absatz 4 IVöB die Möglichkeit, eigene Bestimmungen zu erlassen. Der erwähnte Artikel sieht vor, dass die Kantone unter Einhaltung der internationalen Verpflichtungen Ausführungsbestimmungen, insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26, erlassen können. Die Kantone verfügen ausserdem weiterhin über die Organisationskompetenz und bestimmen eigenständig, wer im Kanton über welche beschaffungsrechtlichen Kompetenzen verfügt.

1.6 Vernehmlassungen bei den Kantonen

Die Vernehmlassung zum Entwurf der revidierten IVöB fand vom 22. September bis am 19. Dezember 2014 statt. Es beteiligten sich dabei alle Kantone sowie 58 Organisationen und Einzelpersonen. In den Stellungnahmen brachten die Vernehmlassungsteilnehmer ihre Ansichten vor allem zur parallelen Harmonisierung, zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes, zur Beibehaltung des Verhandlungsverbotes und zum von der WEKO vorgeschlagenen Behördenbeschwerderecht ein.

Der Kanton Solothurn äusserte sich in der vom Regierungsrat an das InöB gerichteten Vernehmlassungsantwort vom 16. Dezember 2014 ablehnend zur vorgeschlagenen Totalrevision der IVöB und sprach sich für eine Teilrevision aus, mit welcher sich die nötigen, punktuellen Anpassungen aufgrund des geänderten Staatsvertrags umsetzen liessen. Dies namentlich auch wegen des beträchtlichen Verwaltungsaufwandes, welchen die Umsetzung bei den kantonalen und kommunalen Behörden auslösen wird (insb. Information und Schulung, Anpassung von Vorlagen, Anpassung von Reglementen bei den Gemeinden, etc.). Die zuständige parlamentarische Kommission, die Umwelt-, Bau- und Wirtschaftskommission, war vorgängig über das Vernehmlassungsverfahren orientiert und einbezogen worden. Sie teilte die in der regierungsrätlichen Vernehmlassungsantwort geäusserte Ansicht.

¹ Das InöB setzt sich aus den Mitgliedern der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) zusammen (Art. 61 Abs. 1 IVöB).

² Siehe dazu auch PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und Kantonen, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (HRSG.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 28, Rz. 23.

1.7 Arbeiten nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens zur revidierten IVöB

Nach Abschluss der Vernehmlassungsverfahren bei Bund und Kantonen wurde der Entwurf gemäss den Rückmeldungen überarbeitet. Anschliessend überwies der Bundesrat die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen am 15. Februar 2017 an das Bundesparlament. Nachdem die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Rahmen der Schlussabstimmungen von Nationalrat und Ständerat am 21. Juni 2019 mit verschiedenen Änderungen verabschiedet worden war, wurde seitens der Kantone nochmals überprüft, welche dieser Änderungen im Lichte der parallelen Harmonisierung auch für die IVöB übernommen werden sollen und bei welchen hingegen Differenzen zum Bundesrecht verbleiben müssen. Hierfür wurde vom 23. Juni bis 28. August 2019 bei den Kantonen eine kurze Vernehmlassung durchgeführt. Anschliessend wurden bei denjenigen Bestimmungen Anpassungen vorgenommen, bei denen mindestens drei Viertel der Kantone einer Angleichung zugestimmt haben. Anpassungen, bei denen keine eindeutige Mehrheit ausgemacht werden konnten, wurden an der Hauptversammlung im September und an der Sonderplenarversammlung im November 2019 eingehend diskutiert und anschliessend durch Abstimmung entschieden. Die vorgelegte Interkantonale Vereinbarung ist damit eine sorgfältig erarbeitete und tragfähige Vereinbarung.

1.8 Keine konkordatswidrige Berücksichtigung der unterschiedlichen Preisniveaus als Zuschlagskriterium

Erst im Zuge der parlamentarischen Beratungen auf Bundesebene wurde für den Artikel 29 Absatz 1 BöB, welcher die wichtigsten Zuschlagskriterien in einer nicht abschliessenden Aufzählung nennt, das neue Kriterium «die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird», in die Diskussion eingebracht. Auf Bundesebene setzte sich dieses neue Zuschlagskriterium erst in der Einigungskonferenz von National- und Ständerat vom 19. Juni 2019 mit einer Formulierung durch, welche ausdrücklich den Zusatz «unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz» enthält (was bereits auf die einem solchen Kriterium innewohnende Problematik hinweist). Die Kantone haben sich anlässlich der Kurzvernehmlassung vom Sommer 2019 und an der Plenarversammlung vom 15. November 2019 grossmehrheitlich gegen eine Übernahme dieses Kriteriums in Artikel 29 Absatz 1 IVöB ausgesprochen.

Die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) hat in der Folge bei Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb und Dr. Martin Zobl ein Rechtsgutachten eingeholt, welches die Umsetzung des Zuschlagskriteriums «unterschiedliche Preisniveaus» bei öffentlichen Beschaffungen vertieft beleuchtet. Das Gutachten zeigt auf, dass diese Preisniveau-Klausel nur in wenigen Fällen rechtlich zulässig ist. Ein solches Zuschlagskriterium würde diametral gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung) verstossen. Es könnte von vornherein nur bei Beschaffungen in Märkten zum Tragen kommen, in denen die Schweiz keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Marktöffnung eingegangen ist. Da Dienstleistungen durch Annex 5 des schweizerischen Länderanhangs zum GPA 2012 recht umfassend dem Staatsvertragsbereich unterstellt wurden, bliebe für die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus nur noch der unerschwellige Bereich. Im unerschwelligen Bereich gilt für das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und den Ländern der EU zusätzlich allerdings Artikel 6 Absatz 3 des Bilateralen Beschaffungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU (SR 0.172.052.68). Im EU-Binnenmarkt, zu dem die Schweiz über das Bilaterale Beschaffungsabkommen mit der Europäischen Union einen freien Marktzugang genießt, finden demnach die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auch bei unerschwelligen Beschaffungen Berücksichtigung. Gemäss dem Gutachten könnte die Preisniveau-Klausel nur bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einem Auftragswert zwischen CHF 250'000 und CHF 350'000 sowie bei Bauleistungen zwischen CHF 250'000 (Baunebengewerbe) bzw. CHF 500'000 (Bauhauptgewerbe) und CHF 8.7 Mio. allenfalls angewendet werden. Aber auch in diesen Fällen stehen einer Anwendung weitere rechtliche Hindernisse entgegen:

- Im Verhältnis zu EU-Staaten gilt die erwähnte Nichtdiskriminierungsklausel für den Nicht-Staatsvertragsbereich.
- Gegenüber Staaten, die der Schweiz Gegenrecht gewähren, fiele eine Anwendung der Preisniveau-Klausel ausser Betracht (Art. 6 Abs. 2 IVöB).
- Eine PreisniveaUKorrektur stünde überdies in einem unlösbaren Widerspruch zum Gebot der Wettbewerbsneutralität des Staates (Wirtschaftsfreiheit) sowie zu tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen und Zielen, namentlich dem Wirtschaftlichkeitsgebot (haushälterischer Einsatz öffentlicher Mittel) und dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Sodann führen auch der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte von Artikel 63 Absatz 4 IVöB zum Ergebnis, dass es den Kantonen verwehrt ist, auf dem Weg des Ausführungsrechts neue Zuschlagskriterien im kantonalen Recht zu normieren. Dies gilt im Besonderen für das Zuschlagskriterium «unterschiedliche Preisniveaus», da das InöB an der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 den Antrag eines Kantons, Artikel 29 Absatz 1 IVöB entsprechend zu ergänzen, ausdrücklich abgelehnt hat.

Die Preisniveau-Klausel wäre auch in der Praxis kaum zu handhaben. Es würden sich sehr viele Unklarheiten ergeben. Hinter den meisten beschafften Gütern steht eine umfangreiche Lieferkette, wobei einzelne Bestandteile wie auch einzelne Fertigungsschritte jeweils aus unterschiedlichen Ländern stammen bzw. dort erbracht werden. Unklar wäre erstens, mit welcher Genauigkeit solche einzelnen Bestandteile ermittelt werden müssten. So müssten wohl die Anbieter die gesamte Wertschöpfungskette gegenüber der Vergabebehörde offenlegen, welche diese dann zu überprüfen hätten. Mangels Einblick der Behörde in die interne Kalkulation der Anbieter und deren Produktion (Geschäftsgeheimnisse) wären sie dazu aber gar nicht in der Lage. Zweitens wäre unklar, auf welche Weise dann jeweils der offerierte Preis für die Angebotsbewertung «korrigiert» werden müsste. Drittens würde all dies eine enorme Bürokratie verursachen, die eigentlich niemand möchte. Dies würde nicht zur angestrebten Vereinfachung, sondern zu einer Verkomplizierung und Verlängerung der Beschaffungsdauer führen. Und viertens würde die Rechtssicherheit leiden, wenn mit der «Herausrechnung» von bestehenden Kaufkraftunterschieden zwischen den Ländern schlussendlich eigentliche Zufallsentscheide resultieren würden, welche entsprechend beschwerdeträchtig wären. Konsequenterweise müssten dort, wo das ausländische Preisniveau über dem schweizerischen liegt (z.B. Energiekosten), die Preise von schweizerischen Anbietern für die Bewertung ebenfalls nach oben korrigiert werden, womit deren Erfolgchancen geringer würden. Das Preisniveau-Kriterium ist nicht nur praxisfern, es steht auch dem Geist der neuen Vergabekultur entgegen, indem es einzig auf den Preis fokussiert und die Qualitätsaspekte aussen vor lässt.

Im Gutachten werden alternative Ansätze aufgezeigt, die zielführender sind, um den Bedürfnissen der Schweizer KMU Rechnung zu tragen. Zu nennen sind hier insbesondere die Stärkung des Qualitätswettbewerbs und der Nachhaltigkeit sowie die Berücksichtigung innovativer Lösungen; alles Bereiche, die zu den Stärken der Schweizer KMU zählen. Den KMU kann die Vergabebehörde auch bei der Ausschreibung entgegenkommen, indem sie beispielsweise grössere Aufträge in mehrere Lose aufteilt und die Eignungskriterien auf das Notwendige beschränkt, um keine unnötigen Hürden aufzubauen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Preisniveau-Kriterium nicht nur dem Konkordat widerspricht und Rechtsunsicherheit schafft, sondern auch erhebliche Probleme in der praktischen Anwendung durch die Vergabebehörden des Kantons und der Gemeinden mit sich bringen würde. Zudem bietet gerade die IVöB 2019 gute Möglichkeiten, welche es erlauben, den Bedürfnissen der einheimischen Anbieter, namentlich der KMU, entgegenzukommen. Auch ist bei den Beschaffungen des Kantons Solothurn und seiner Gemeinden kein entsprechendes Bedürf-

nis auszumachen, vergeben diese doch bereits heute nur ganz vereinzelt öffentliche Aufträge mit in der Regel kleinen Summen an ausländische Anbieter.

1.9 Keine Unterstellung der Pensionskasse Kanton Solothurn (PKSO) durch kantonales Recht

Gemäss Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe g IVöB sind die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen (ÖrVE) der Kantone und Gemeinden vom Geltungsbereich der IVöB ausgenommen. Den Kantonen steht es jedoch aufgrund von Artikel 63 Absatz 4 IVöB frei, diese ÖrVE in ihrem kantonalen Ausführungsrecht der IVöB zu unterstellen (s. oben, Ziff. 1.5). Gemäss dem geltenden Submissionsgesetz ist die PKSO als «selbständige Anstalt des kantonalen Rechts» als Auftraggeberin unterstellt (§ 1 Bst. a SubG). Letzteres steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter dem bisherigen Recht, welches in einem die Aargauische Pensionskasse (APK) betreffenden Fall im Jahr 2016 befunden hat, das kantonale Recht könne eine ÖrVE dem Submissionsgesetz unterstellen (BGE 142 II 369).

Es bestehen sowohl Argumente, die für eine Unterstellung der PKSO sprechen, als auch solche dagegen. Für die Unterstellung werden in etwa folgende Argumente vorgebracht:

- Der fehlende Wettbewerbsdruck aufgrund der gesetzlichen Zuweisung der Versicherten (§ 5 Abs. 1 PKG). Mit anderen Worten muss sich die PKSO nur zu einem geringen Teil (Anschlussmitglieder) um ihre «Kunden» auf dem Versicherungsmarkt bemühen. Gemäss den veröffentlichten Bestandeszahlen der Aktivversicherten per 31. Dezember 2019 stehen ca. 1'400 Versicherte von Anschlussmitgliedern ca. 11'000 ordentlichen Versicherten gegenüber. Im Fall der APK hat das Bundesgericht festgehalten, dass es sich bei deren Tätigkeit um keine solche mit gewerblichem Charakter handle, weil ihr der Versichertenbestand zu über 50% durch das Gesetz zugewiesen werde.
- Die verwalteten Vermögen sind zwar Guthaben der Versicherten, werden aber zur Hälfte aus Mitteln des Kantons und der Gemeinden gespeist. In diesem Zusammenhang sind auch die gesetzlich vorgesehenen Sanierungsbeiträge der Arbeitgeber bei einer Unterdeckung zu nennen (§ 12 Abs. 2 PKG). Ein häuslicher Umgang ist nicht nur mit öffentlichen Geldern, sondern auch mit Versichertengeldern angezeigt.
- Das Submissionsrecht und das Berufsvorsorgerecht verfolgen unterschiedliche Ziele: Das BVG bezweckt die Sicherheit und den Ertrag der Anlagen, das Vergaberecht die wirtschaftliche und diskriminierungsfreie Auftragsvergabe; sie können deshalb parallel zur Anwendung gelangen (vgl. BGE 142 II 369, E. 5.4.3.).
- Das eigentliche Kerngeschäft der Anlagetätigkeit, wie der Kauf von Immobilien oder Finanzdienstleistungen, wird von einer Unterstellung nicht berührt, weil diese Bereiche von der neuen IVöB ausdrücklich ausgenommen werden (s. Art. 10 Abs. 1 Bst. b und d neue IVöB).

Gegen die Unterstellung der PKSO werden hingegen aber insbesondere folgende Argumente genannt:

- Die PKSO hat umfassende Autonomie, ist von der Politik unabhängig, vollkapitalisiert und geniesst keine Staatsgarantie mehr. Diesbezüglich hat sich die Ausgangslage seit Erlass des geltenden Submissionsgesetzes grundlegend geändert.
- Arbeitgeberbeiträge sind keine öffentlichen Gelder. Die Bezahlung der Arbeitgeberbeiträge ist vielmehr eine Verpflichtung des Arbeitgebers nach dem BVG und stellt zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen das Guthaben der Versicherten dar.

- Das Berufsvorsorgerecht des Bundes (BVG sowie BVV 2) enthält strenge Vorschriften zur Anlagetätigkeit der Vorsorgeeinrichtungen (und deren Kontrolle), die auch für die ÖRVE gelten. Die Vergabe von Dienstleistungen bildet Teil der Organisation und Verwaltung der PKSO, die durch die paritätisch zusammengesetzte Verwaltungskommission zu regeln ist (Art. 51 BVG). Die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen würde es verunmöglichen, entsprechende Mandate innert nützlicher Frist zu vergeben. Zu nennen ist insbesondere die ebenfalls unabhängig ausgestaltete Aufsicht, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Sinne der risikobasierten Aufsicht vermehrt prüfen wird.
- Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den Anlagevorschriften des Berufsvorsorgerechts und dem Submissionsrecht (aufwändigeres Verfahren, mögliche Verzögerungen von Bauvorhaben durch Ergreifen von Rechtsmitteln). Die aus der Unterstellung durch das Submissionsgesetz resultierenden Erschwerungen drücken sich in tieferen Erträgen und folglich in tieferen Versicherungsleistungen aus.
- Auch der Bund hat seine Vorsorgeeinrichtungen vom Submissionsrecht ausgenommen (Art. 10 Abs. 1 Bst. i BÖB).
- Die Unterstellung bedeutet eine Ungleichbehandlung mit privaten Pensionskassen und ausserkantonalen ÖRVE, die nicht unterstellt sind. Sachlich üben beide Vorsorgeeinrichtungen genau die gleiche Tätigkeit aus; eine unterschiedliche Behandlung lässt sich daher nicht rechtfertigen und verschlechtert die Marktchancen der PKSO.

Der Regierungsrat ist der Ansicht, dass insgesamt die Argumente überwiegen, welche gegen die Unterstellung der PKSO unter das Submissionsrecht sprechen. Entsprechend soll davon abgesehen werden, die PKSO durch das kantonales Ausführungsrecht, gestützt auf Artikel 63 Absatz 4 IVöB, weiterhin dem Submissionsrecht zu unterstellen.

1.10 Die wichtigsten Neuerungen und Grundsätze

Das neue Beschaffungsrecht zeichnet sich insbesondere durch folgende Punkte aus (im Einzelnen wird auf die Musterbotschaft in der Beilage verwiesen):

- Klärung der Begriffe und des Anwendungsbereichs (insb. Art. 3 ff. IVöB): Wichtige Begriffe werden aufgrund der bisherigen Praxis und Rechtsprechung definiert, so beispielsweise der Begriffs des öffentlichen Auftrags.
- Nachhaltigkeit: Diese wird neu an mehreren Stellen in der IVöB ausdrücklich genannt (s. dazu unten, Ziff. 3.5).
- Das Zuschlagskriterium «Qualität» gilt neu ausdrücklich als zwingendes Kriterium, das neben dem Preis bei Submissionen zu berücksichtigen ist (Art. 29 Abs. 1 IVöB): Damit bekommt der Qualitätswettbewerb gegenüber dem reinen Preiswettbewerb ein grösseres Gewicht.
- Neue Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 2 IVöB): Die IVöB 2019 führt neue sogenannte "vergabefremde" Zuschlagskriterien ein (Ausbildungsplätze für Lernende, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose). Es handelt sich dabei um soziale Kriterien, welche nur für Vergaben im Binnenmarktbereich angewendet werden können. Im Kanton Solothurn war bisher bereits das Kriterium «Lehrlingsausbildung» eingeführt. Ein neues Zuschlagskriterium ist auch die «Plausibilität des Angebots». Damit kann die angebotene Leistung plausibilisiert und bewertet werden. Eine Vergabestelle kann demnach einen Abzug bei einem Angebot vornehmen, wenn ein Anbieter den mit der Leistung verbundenen Aufwand signifikant unterschätzt,

die Schwierigkeit eines Vorhabens nicht erkennt oder sonstige unplausible Angaben macht. Für die Praxis bedeutet dies beispielsweise, dass die Schätzung des Stundenaufwands im Angebot entweder mit einer individuellen Qualitätsprognose oder durch eine Gegenüberstellung zu den Angeboten der Mitbewerber oder der internen Aufwandschätzung der Vergabestelle überprüft und verifiziert werden darf (vgl. dazu BGE 143 II 553, E. 7.5.2).

- Objektiver Geltungsbereich (Art. 9 IVöB): Neu gelten auch bestimmte Konzessionen und die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben als öffentliche Beschaffung.
- Publikationen (Art. 48 IVöB): Die Ausschreibung, der Zuschlag sowie der Abbruch werden im offenen oder selektiven Verfahren auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (simap.ch) publiziert. Zudem besteht auch in Bezug auf freihändig erteilte Zuschlüsse im Staatsvertragsbereich eine Publikationspflicht. Den Kantonen steht es frei, weitere Publikationsorgane vorzusehen.
- Rechtsschutz (Art. 56 IVöB): Die Rechtsmittelfrist wird auf 20 Tage verlängert, um die Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen sicherzustellen. Heute gilt im Kanton eine Beschwerdefrist von zehn Tagen. Das Verwaltungsgericht kann als Beschwerdeinstanz neu über allfällige Schadenersatzforderungen gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheiden (Art. 58 IVöB). Wie bisher gelten keine Gerichtsferien.
- Korruptionsbekämpfung: Die Kantone werden verpflichtet, mit geeigneten Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption vorzugehen (Art. 11 IVöB).
- Ausschluss, Widerruf und Sanktionen (Art. 44 ff. IVöB): Die wichtigen Gründe, welche den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren oder den Widerruf des Zuschlags rechtfertigen, werden systematisch gegliedert. Die Aufzählung derselben wird auch gegenüber dem bisherigen Recht erweitert. Zusätzlich werden mit Artikel 45 die Sanktionen «Verwarnung», «Ausschluss» (bis zu fünf Jahren) und «Busse» (von bis zu 10 Prozent der bereinigten Angebotssumme) in der revidierten IVöB verankert. Über die sanktionierten Anbieter und Subunternehmer wird eine nicht öffentliche Liste geführt.
- Neue Instrumente: Die revidierte Vereinbarung will den öffentlichen Auftraggebern und den Anbietern einen grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. So werden Instrumente wie der Dialog zwischen Auftraggeber und Anbietern (Art. 24 IVöB), die in der Praxis schon länger genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (Art. 25 IVöB) sowie elektronische Auktionen (Art. 23 IVöB) verankert.

1.11 Vernehmlassungsverfahren

Über die Vorlage wurde vom ... bis ... ein öffentliches Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. ...

1.12 Erwägungen, Alternativen

Die Alternative zum Beitritt zur neuen IVöB bestünde darin, von einem solchen abzusehen, was bedeuten würde, dass auf Vergabeverfahren im Kanton Solothurn weiterhin die bisher geltende IVöB 2001 anwendbar wäre (Art. 65 Abs. 2 IVöB). Wie oben erwähnt (Ziff. 1.6) hat der Kanton Solothurn in seiner Vernehmlassung im Jahr 2014, vor allem mit Blick auf den grossen Umsetzungsaufwand, ablehnend zum Projekt der Totalrevision Stellung genommen. Selbstverständlich wäre es möglich gewesen, wie in der seinerzeitigen Vernehmlassung des Kantons Solothurn be-

vorzugt die bisherige IVöB 2001 einer Teilrevision zu unterziehen und im Wesentlichen die sich aus der Revision des GPA ergebenden zwingenden Anpassungen daran vorzunehmen.

Nachdem nun aber die parallele Totalrevision des BöB und der IVöB mit einem inhaltlich guten Ergebnis zum Abschluss gekommen und an der Sonderplenarversammlung von den Vertretungen der Kantone einstimmig verabschiedet worden ist, kann der Kanton Solothurn hier nicht abseits stehen. Das Ziel der parallelen Revision des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen und damit eine weitgehende Harmonisierung desselben konnte erreicht werden, wie dies von der Wirtschaft seit Jahren gefordert wurde. Ein Abseitsstehen hätte zudem zur Konsequenz, dass der Kanton Solothurn sein Submissionsrecht autonom an die veränderten staatsvertraglichen Anforderungen des GPA 2012 anpassen müsste, was ebenfalls mit einem erheblichen Aufwand verbunden wäre. Ein Beitritt zur IVöB 2019 ist deshalb angezeigt.

2. Verhältnis zur Planung

Das Vorhaben ist im Legislaturplan 2017-2021 nicht enthalten, ebenso nicht im IAFP 2021-2024.

3. Auswirkungen

3.1 Personelle und finanzielle Konsequenzen

Mit der Einführung des neuen Rechts ist ein erheblicher Initialaufwand verbunden (Anpassung und Erarbeitung entsprechender Vorlagen etc., die auf das neue Recht zugeschnitten sind; Implementierung der Prozesse; Informations- und Schulungsbedarf in der kantonalen Verwaltung und bei den Gemeinden). Der entsprechende Personalbedarf ist aber schwer abzuschätzen, was auch für die vom Volkswirtschaftsdepartement neu zu übernehmende Aufgabe als Sanktionsbehörde im Submissionsbereich gilt. Dort werden neu die eintreffenden Anzeigen von Vergabebehörden sowie entsprechende Mitteilungen von Straf- und anderen Behörden über mögliche submissionsrechtlich relevante Pflichtverletzungen hinsichtlich der allfälligen Anordnung von Sanktionen zu beurteilen sein. Diese kommen zu den bereits heute dort behandelten Verstössen von Unternehmen gegen das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) oder das Entsendegesetz (EntsG) hinzu. Die Übernahme der neuen Aufgabe bedingt zunächst Aufbauarbeit. So ist ein funktionierendes Meldewesen einzurichten; verschiedene Behörden von Kanton und Gemeinden (insb. die Vergabestellen) werden darin geschult werden müssen, was wann der Sanktionsbehörde zu melden ist. Entsprechende Formulare müssen erarbeitet und Prozesse implementiert werden. Der zusätzliche Personalbedarf für diese neue Aufgabe ist schwierig abzuschätzen. Für diese Aufgabe, die im Vollzug auch die recht- und verhältnismässige Verfahrensführung beinhaltet, wird eine Juristin oder ein Jurist gebraucht. Der geschätzte Bedarf dürfte sich in der Grössenordnung eines Vollzeitpensums bewegen (Lohnklasse 21). Dementsprechend wird beim Volkswirtschaftsdepartement – bei Zugrundelegung der mittleren Erfahrungsstufe ES 10 – von einem zusätzlichen Besoldungsaufwand (inkl. Sozialversicherungsbeiträgen des Arbeitgebers) von rund CHF 150'000 ausgegangen. Abgesehen von der erwähnten Pensenerhöhung beim Volkswirtschaftsdepartement im Zusammenhang mit den Sanktionen ist längerfristig kaum mit erheblichen personellen und finanziellen Auswirkungen zu rechnen.

3.2 Vollzugsmassnahmen

Neben den oben (Ziff. 3.1) beschriebenen Massnahmen ist die Submissionsverordnung einer Totalrevision zu unterziehen. Die Information und Weiterbildung für die kantonale Verwaltung und die Gemeinden werden sich auf einen gemeinsam erarbeiteten Leitfaden von Bund und Kantonen zum neuen Submissionsrecht stützen können.

3.3 Folgen für die Gemeinden

Die Einführung des neuen Rechts dürfte auch bei den Gemeinden die oben beschriebenen Auswirkungen zeitigen (Ziff. 3.1). Die bisher noch bestehende Möglichkeit, dass die Gemeinden die kantonalen Schwellenwerte (bzw. die Schwellenwerte gemäss IVöB) für ihre kommunalen Beschaffungen in rechtsetzenden Reglementen herabsetzen können (§ 13 Abs. 1^{bis} und § 14 Abs. 2 SubG), fällt dahin. Die Vorlage hat im Übrigen keine besonderen Auswirkungen auf die Gemeinden.

3.4 Wirtschaftlichkeit

Die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen ermöglicht es den Anbietern, ihre Prozesse weiter zu standardisieren. Sie dürfen, auch als Folge der zu erwartenden einheitlicheren Rechtsprechung sowie der verbesserten Klarheit der gesetzlichen Grundlagen, mit weniger Abklärungsaufwand rechnen.

Gewisse Bestimmungen bezwecken zudem direkt einen Abbau des Administrativaufwands seitens der Anbieter. So können die Vergabestellen beispielsweise erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt die Nachweise im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen von Anbietern einholen (z. B. eine Bankgarantie, Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3). Auch die verbreitetere Nutzung der modernen Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, namentlich die gemeinsame Internetplattform von Bund und Kantonen (simap.ch), dürfte den administrativen Aufwand der Anbieter senken.

Durch die neue Ausrichtung, wie beispielsweise den Qualitätswettbewerb, die Einbindung der Nachhaltigkeit sowie die Berücksichtigung der Innovationskraft von Unternehmen, können die Schweizer KMU ihre Stärken bei öffentlichen Beschaffungen hervorheben.

3.5 Nachhaltigkeit

Die Nachhaltigkeit spielt in der revidierten Vereinbarung eine zentrale Rolle. Die Bestimmungen dazu finden sich in den Artikeln 2, 12, 29 und 30 IVöB. Den Vergabestellen wird ein grösserer Spielraum bei der Berücksichtigung der Nachhaltigkeit zur Verfügung gestellt, welcher nun genutzt werden soll. Diese Stärkung der Nachhaltigkeit soll und wird die Ausgestaltung der Kriterien in den künftigen Ausschreibungen vermehrt prägen. Es ist aber auch weiterhin unzulässig, die Nachhaltigkeit für protektionistische Ziele zu verwenden. Im Sinne der Gleichbehandlung darf jedoch von in- und ausländischen Anbietern ein gleich hoher Standard an Nachhaltigkeitskriterien verlangt werden.

4. Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen der Vorlage

4.1 Beitritt zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 (Beschlussesentwurf 1)

Bezüglich der IVöB als solcher sowie ihrer einzelnen Bestimmungen wird auf die Musterbotschaft zur Totalrevision derselben in der Beilage verwiesen. Die geltende IVöB 1996 / 2001 wird künftig noch so lange von Bedeutung sein, bis alle Kantone der IVöB 2019 beigetreten sind (Art. 65 Abs. 2 IVöB). Die entsprechenden Beitritts- beziehungsweise Genehmigungsbeschlüsse vom 22. September 1996 und vom 3. September 2003 werden deshalb erst zu diesem Zeitpunkt aufgehoben werden können.

4.2 Totalrevision des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (SubG) und Änderung des Verantwortlichkeitsgesetzes (Beschlussesentwurf 2)

4.2.1 Gesetz über öffentliche Beschaffungen (SubG)

§ 1

Die IVöB regelt das Vergaberecht für alle unterstellten Vergabestellen, insbesondere auf Stufe Kanton und Gemeinden, umfassend, einschliesslich der geltenden Schwellenwerte, der Verfahrensarten und der Verfahrensbestimmungen. Sie ist direkt anwendbar. Im kantonalen Recht sind einzig dort ergänzende Regelungen zu treffen, wo dem Kanton noch ein Regelungsspielraum verbleibt. Dies betrifft insbesondere die Festlegung der Zuständigkeiten sowie allfällige Ausführungsbestimmungen zu den Artikeln 10, 12 und 26 IVöB (Art. 64 Abs. 2 IVöB). Darüber hinausgehende materielle Änderungen und Ergänzungen sind nicht zulässig.

§ 2

Die unterstellten Auftraggeber ergeben sich aus den Regelungen der IVöB (namentlich Art. 4 sowie Art. 10 Abs. 1 Bst. g IVöB). In Bezug auf die Pensionskasse Kanton Solothurn (PKSO) kann auf die obigen Ausführungen (Ziff. 1.9) verwiesen werden.

§ 3

Absatz 1: Artikel 52 Absatz 1 IVöB verlangt von den Kantonen die Einsetzung einer einzigen kantonalen Beschwerdeinstanz und bezeichnet auch gleich das kantonale Verwaltungsgericht als zuständig. Im Kanton Solothurn ändert sich diesbezüglich nichts. Massgebend ist der Schwellenwert für das Einladungsverfahren gemäss Artikel 20 Absatz 1 IVöB und Anhang 2 IVöB. Wählt der Auftraggeber ein höherstufiges Vergabeverfahren, obwohl der Auftrag den Schwellenwert für das Einladungsverfahren (nach pflichtgemässer Schätzung, Art. 15 Abs. 1 IVöB) nicht erreicht hat, besteht kein Rechtsschutz.

Absatz 2: Artikel 58 Absatz 3 IVöB sieht vor, dass die Beschwerdeinstanz bei submissionsrechtlichen Beschwerden „gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung über ein allfälliges Schadenersatzbegehren [...] entscheidet«. Gemäss Musterbotschaft soll damit erlaubt werden, dass die Beschwerdeinstanz im Submissionsbeschwerdeverfahren über das Schadenersatzbegehren befindet, falls das Schadenersatzbegehren «liquid» ist. Die Ausführungen in der Musterbotschaft zeigen, dass eine Beurteilung im Rahmen des submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahrens erfolgen kann, aber nicht zwingend dort erfolgen muss. Vom beschwerdeführenden Anbieter kann nicht verlangt werden, in jedem Fall bereits mit der Beschwerdeeinreichung auch Schadenersatz zu beantragen, zumal er mit der Beschwerde in der Regel zunächst Gewissheit darüber erlangen will, ob die Vergabeverfügung rechtswidrig ist. Macht der Beschwerdeführer das Schadenersatzbegehren nicht bereits im Beschwerdeverfahren geltend oder kann das Gericht dieses nicht mit dem Beschwerdeentscheid beurteilen (z.B. weil es nicht liquid ist), kann dieses später separat auch noch in einem Klageverfahren beurteilt werden, für welches ebenfalls das Verwaltungsgericht zuständig ist.

Absatz 3: Soweit die IVöB nichts anderes bestimmt, sollen auf das Vergabeverfahren und auf das anschliessende gerichtliche Beschwerdeverfahren, wie bisher, die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes anwendbar sein. Das gleiche gilt für ein allfälliges Klageverfahren (s. oben, zu Abs. 2).

Absatz 4: Der Rückgriff auf Personen, die den Schaden verursacht haben (Mitarbeitende des Auftraggebers), richtet sich nach den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes (§§ 14 ff. VG).

§ 4

Artikel 45 Absatz 1 IVöB sieht vor, dass gegen fehlbare Anbieter und Subunternehmer submissionsrechtliche Sanktionen angeordnet werden können (s. auch Musterbotschaft sowie unten, zu

§ 5 Abs. 1 Bst. b). Eine Sanktion setzt die Verletzung mindestens eines der in der Bestimmung genannten Tatbestände voraus (Art. 44 Abs. 1 Bst. c und e sowie Abs. 2 Bst. b, f und g IVöB). Damit die Sanktionsbehörde überhaupt Kenntnis von entsprechenden Verhaltensweisen erhält, werden die hierfür erforderlichen Mitteilungsrechte- und -pflichten eingeführt.

Absatz 1: Oftmals dürften Verstösse von Anbietern, die im Zusammenhang mit deren Teilnahme an einem Submissionsverfahren stehen, dem jeweiligen Auftraggeber (insb. den Vergabebehörden von Kanton und Gemeinden) bekannt sein. Da eine zentrale Behörde eingesetzt werden soll, welche entsprechende Sanktionen nach Artikel 45 IVöB anordnen kann, muss sichergestellt sein, dass die Auftraggeber entsprechende Verhaltensweisen dieser Sanktionsbehörde jeweils mitteilen. Aus diesem Grund ist den Auftraggebern eine Mitteilungspflicht aufzuerlegen.

Absatz 2: Bei Korruptionstatbeständen (aktive und passive Bestechung, Vorteilsgewährung- und -annahme, etc; s. Art. 322^{bis} – 322^{novies} StGB) soll – in Übereinstimmung mit Artikel 75 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) und ergänzend zu § 9 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (EG StPO; BGS 321.3) – eine Mitteilungspflicht für einschlägige Strafsentscheide gelten. Diese obliegt den kantonalen Strafbehörden (Gerichte sowie Strafverfolgungsbehörden). Denn die Bekämpfung der Korruption im Umfeld öffentlicher Beschaffungen ist eines der Kernanliegen des GPA 2012 und der erfolgten Totalrevision der IVöB. Voraussetzung ist jedoch, dass die Korruption im konkret beurteilten Fall im Zusammenhang mit einer öffentlichen Beschaffung steht. Damit eine Sanktionierung erfolgen kann, muss der Strafsentscheid rechtskräftig sein. Die Sanktionsbehörde wird somit die Rechtskraft abwarten müssen, bevor sie entscheidet. Um zu verhindern, dass die Mitteilung vergessen wird, ist es dennoch sinnvoll, dass die Sanktionsbehörde bereits vor der Rechtskraft auf den Verteiler der entsprechenden Strafsentscheide kommt.

Absatz 3: Mitteilungsrechte sollen den Strafbehörden zustehen, wenn Anbieter wegen eines anderen Verbrechens oder Vergehens (als nach Abs. 2) zum Nachteil eines Auftraggebers im Zusammenhang mit einem vergaberechtlichen Verfahren verurteilt worden sind (Art. 44 Abs. 1 Bst. c IVöB). Geschädigte Person im Sinne von Artikel 115 StPO muss somit eine staatliche Behörde im Sinne von Artikel 3 Buchstabe g IVöB (insb. der Kanton, eine selbständige Anstalt des kantonalen Rechts, eine Gemeinde, eine kommunale Anstalt oder ein Zweckverband) oder ein anderer Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben sein (siehe Art. 4 Abs. 4 Bst. a IVöB). Unter den Begriff der staatlichen Behörde fallen auch die Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 3 Buchstabe f IVöB (z.B. die Solothurner Spitäler AG).

Ein Anbieter, der in schwerwiegender oder wiederholter Weise Bestimmungen über die Schwarzarbeit missachtet hat und deswegen rechtskräftig verurteilt wurde (z.B. wegen Nichtangabe beitragspflichtiger Löhne bei der AHV; Art. 87 AHVG), wird (bereits nach geltendem Recht) gemäss Artikel 13 BGSA sanktioniert. Er wird entweder von der zuständigen kantonalen Behörde während maximal fünf Jahren von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens auf kommunaler, kantonalen und eidgenössischer Ebene ausgeschlossen, oder es können ihm während einer bestimmten Dauer Finanzhilfen gekürzt oder gestrichen werden. Zuständig ist hierfür heute das Volkswirtschaftsdepartement. Es besteht diesbezüglich mit § 103 Absatz 2 WAG bereits eine Bestimmung, welche die Mitteilung entsprechender Entscheide an die Sanktionsbehörde vorschreibt.

Absatz 4: Mit diesem Auffangtatbestand soll gewährleistet sein, dass sämtliche Behörden des Kantons und der Gemeinden, welchen Verhaltensweisen von Anbietern bekannt sind, die gegen Artikel 44 IVöB und/oder Artikel 45 IVöB verstossen, der Sanktionsbehörde, aber auch einem Auftraggeber, entsprechende Mitteilungen erstatten dürfen (s. auch Art. 12 Abs. 6 IVöB). Letzteres gilt insbesondere auch für Auskünfte und Mitteilungen der Sanktionsbehörde an Auftraggeber, wenn die Sanktionsbehörde Kenntnis von möglichen Verstössen eines Anbieters hat. Auch die Auftraggeber (insb. die Vergabebehörden von Kanton und Gemeinden) sind darauf angewiesen, von solchen Verstössen überhaupt zu erfahren, damit sie fehlbare Anbieter von ei-

nem Vergabeverfahren ausschliessen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen können (Art. 44 IVöB).

§ 5

Die Detailregelungen sind dem Regierungsrat zu überlassen, welcher diese in einer Verordnung vornehmen wird.

Absatz 1 Buchstabe a: Die Zuständigkeiten für die Durchführung von Vergabeverfahren in der kantonalen Verwaltung sollen an die bewährte geltende Regelung anknüpfen (Durchführung der Vergabeverfahren durch das Departement, Zuschlagserteilung bis zu CHF 100'000 durch das Departement, bei höherem Auftragswert durch den Regierungsrat [§ 9 SubV]). Die Gemeinden und die anderen unterstellten Auftraggeber werden ihre Zuständigkeiten selber zu regeln haben. Auch die weiteren Zuständigkeiten in der kantonalen Verwaltung sind durch Verordnung zu regeln, insbesondere hinsichtlich der Beratung von Auftraggebern (insb. Vergabebehörden von Kanton und Gemeinden), der Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitenden, der Datenerhebung (z. B. Erstellen der Statistiken) sowie der interkantonalen Zusammenarbeit, wie des Betriebs der gemeinsamen Internetplattform von Bund und Kantonen (simap.ch). Es ist vorgesehen, diese bisherigen Zuständigkeiten beizubehalten (Staatskanzlei: Beratung in Rechtsfragen sowie Vertretung des Kantons in der Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen; Departemente: Aus- und Weiterbildung ihres Personals; Bau- und Justizdepartement: Statistiken und simap.ch).

Absatz 1 Buchstabe b: Für Kontrollen bei Anbietern sowie für die Anordnung von Sanktionen bei Verstössen gegen vergaberechtliche Vorschriften nach Artikel 45 Absatz 1 IVöB werden die Zuständigkeiten durch Verordnung geregelt. Es ist vorgesehen, dass die Auftraggeber für Kontrollen die bereits heute in den entsprechenden Bereichen (z.B. Arbeitsbedingungen gemäss GAV und Arbeitsschutzbestimmungen, etc.) zuständigen arbeitsmarktlichen Kontrollorgane und Behörden beziehen und beauftragen können (Amt für Wirtschaft und Arbeit, tripartite und paritätische Kommissionen). Auch für die Anordnung von Sanktionen ist vorgesehen, das Volkswirtschaftsdepartement für zuständig zu erklären, welches bereits heute im Rahmen des Vollzugs des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA) sowie im Bereich des Entsendegesetzes (Amt für Wirtschaft und Arbeit) entsprechende Sanktionen aussprechen kann.

Absatz 1 Buchstabe c: Wie bisher sollen Einzelheiten zum Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb auf Verordnungsstufe geregelt werden. Hier kann man sich an der entsprechenden Regelung in Artikel 13 ff. der neuen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes (VöB) orientieren. Nachdem nun, neben Wettbewerben, auch Studienauftragsverfahren von der IVöB ausdrücklich genannt werden (Art. 22 Abs. 1 IVöB), wird der Begriff «Wettbewerbs- und Studienauftragsverfahren» verwendet, der beide Formen erfasst.

Absatz 2: Entspricht dem geltenden § 9 Absatz 4 SubV.

Absatz 3: Durch Verordnung kann ein zusätzliches Publikationsorgan (zur gemeinsamen Internetplattform von Bund und Kantonen; simap.ch) für Veröffentlichungen im Submissionsverfahren bestimmt werden (Art. 48 Abs. 7 IVöB). Hier ist vorgesehen, wie bis anhin das Amtsblatt als solches zu bezeichnen. Die Pflicht zur Publikation von Verfügungen der Auftraggeber im Amtsblatt soll jedoch angesichts des Umstands, dass nun die elektronische Plattform simap.ch als offizielles Publikationsorgan gilt (Art. 48 IVöB), auf die Veröffentlichung einer Zusammenfassung der *Ausschreibung* im offenen oder selektiven Verfahren beschränkt werden. Für die Details kann hingegen auf simap.ch verwiesen werden. Für die weiteren Verfügungen wie Zuschlag, etc., soll keine Pflicht für eine Amtsblattpublikation mehr vorgesehen werden. Zu einem späteren Zeitpunkt kann die Pflicht zur (zusätzlichen) Amtsblattpublikation durch Verordnung allenfalls ganz aufgehoben werden.

§ 6

Mit dem Inkrafttreten sind sämtliche Regelungen in Gemeindereglementen, welche dem neuen Recht widersprechen, aufgehoben. Namentlich gilt dies für Bestimmungen in Submissionsreglementen, welche die Schwellenwerte gemäss IVöB herabsetzen. Den Gemeinden wird empfohlen, solche mit dem übergeordneten Recht nicht im Einklang stehenden Erlasse formell aufzuheben.

4.2.2 Verantwortlichkeitsgesetz (VG)

§ 5

Es kann grundsätzlich auf die obigen Ausführungen zu § 3 Absätze 2 und 3 SubG verwiesen werden. Die Schadenersatzforderung eines Anbieters aufgrund einer widerrechtlichen Submission wird materiell durch Artikel 58 Absatz 4 IVöB geregelt. Verfahrensrechtlich können diese (ohne ein Vorverfahren) direkt im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht anhängig gemacht werden. Bisher bestimmte sich das Staatshaftungsverfahren nach dem kantonalen Recht, wobei § 39 SubG hierfür auf das VG verwies. Deshalb ist in § 5 VG klarzustellen, dass das Staatshaftungsverfahren nach VG nicht mehr anwendbar ist, wenn Schadenersatz für die Aufwendungen im Submissionsverfahren (nach Art. 58 Abs. 3 und 4 IVöB) geltend gemacht wird.

§ 18 Absatz 5

Wird der Auftraggeber aufgrund von Artikel 58 Absatz 4 IVöB gegenüber einem Anbieter schadenersatzpflichtig, kann er unter den Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsgesetzes auf die Personen (namentlich Mitarbeitende) Regress nehmen, welche den Schaden verursacht haben (s. § 3 Abs. 4 SubG). Der Anspruch ist, wenn es sich um eine andere selbständige Körperschaft, Anstalt oder eine juristische Person (als die in den Abs. 1 – 4 genannten) handelt, durch das geschäftsleitende Organ geltend zu machen. Diese Regelung gilt allgemein und behebt eine durch ein gesetzgeberisches Versehen (mit der Einfügung des Absatzes 4) entstandene Verunklärung der Rechtslage. Das geschäftsleitende Organ ist beispielsweise bei der Solothurnischen Gebäudeversicherung die Direktion (§ 6 Gebäudeversicherungsgesetz), bei einem Zweckverband der Vorstand (§ 176 Gemeindegesetz) oder bei der Solothurner Spitäler AG der Verwaltungsrat.

4.2.3 Gesetz über die Gerichtsorganisation

§ 48 Absatz 1 Buchstabe c^{bis}

Die verwaltungsrechtliche Klage an das Verwaltungsgericht ist auch gegeben, wenn ein Anbieter Schadenersatzansprüche gestützt auf Artikel 58 Absatz 4 IVöB gegen den Auftraggeber eines Vergabeverfahrens geltend macht und der Anspruch nicht bereits im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend die submissionsrechtliche Verfügung entschieden werden kann (Art. 58 Abs. 3 IVöB). Buchstabe c^{bis} ist Buchstabe c (betreffend bundesrechtliche Haftungsbestimmungen) nachgebildet. Allfällige Regressansprüche gegen Mitarbeitende eines Auftraggebers beurteilen sich ebenfalls im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren. Für Letztere dürfte das Verantwortlichkeitsgesetz analog heranzuziehen sein. Es kann im Übrigen auf die obigen Ausführungen zu § 3 Absätze 2 und 3 SubG verwiesen werden.

5. Rechtliches

Der Erlass und die Änderung von Gesetzen, die der Kantonsrat mit weniger als zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder beschliesst, unterliegen der obligatorischen Volksabstimmung (Art. 35 Abs. 1 Bst. d KV). Werden Gesetze von zwei Dritteln oder mehr der anwesenden Mitglieder beschlossen, unterliegen sie dem fakultativen Referendum (Art. 36 Abs. 1 Bst. b KV). Dasselbe gilt für Konkordate mit gesetzeswesentlichem Inhalt (Art. 35 Abs. 1 Bst. d KV und Art. 36 Abs. 1 Bst. b KV).

6. Antrag

Wir bitten Sie, auf die Vorlage einzutreten und den Beschlussesentwürfen zuzustimmen.

Im Namen des Regierungsrates

Brigit Wyss
Frau Landammann

Andreas Eng
Staatsschreiber

7. **Beschlussesentwurf 1**

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019; Beitritt des Kantons Solothurn

Der Kantonsrat von Solothurn, gestützt auf Artikel 72 Absatz 1 der Verfassung des Kantons Solothurn (KV; BGS 111.1) vom 8. Juni 1986¹, nach Kenntnisnahme von Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom (RRB Nr.), beschliesst:

1. Der Kanton Solothurn tritt der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019² bei.
2. Der Regierungsrat wird ermächtigt, Änderungen der Vereinbarung zuzustimmen, soweit sie von untergeordneter Bedeutung sind.
3. Der Regierungsrat wird ermächtigt, den Beschluss vom 22. September 1996 über den Beitritt des Kantons Solothurn zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994 sowie den Beschluss vom 3. September 2003 über die Genehmigung der Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 aufzuheben, wenn sämtliche Kantone der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten sind.
4. Der Regierungsrat wird beauftragt, den Beitritt dem InöB mitzuteilen und die Vereinbarung zu vollziehen.

Im Namen des Kantonsrates

Präsident

Ratssekretär

Dieser Beschluss unterliegt dem ... Referendum.

Verteiler KRB

Staatskanzlei, Legistik und Justiz (4)
 Bau- und Justizdepartement
 Departement des Innern
 Departement für Bildung und Kultur
 Finanzdepartement
 Volkswirtschaftsdepartement

¹ BGS 111.1

² BGS XX.X.

Gerichtsverwaltungskommission
Kantonale Finanzkontrolle
Staatskanzlei (2; Rechtsdienst)
Amtsblatt (Referendum) / GS/BGS (1)
Parlamentdienste