



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen
c/o Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz
Speichergasse 6
Postfach
3001 Bern

Ihr Zeichen: 26. Mai 2021
Unser Zeichen: 2019.KAIO.520
RRB Nr.: 632/2021
Direktion: Finanzdirektion
Klassifizierung: Intern

Beitritt des Kantons Bern zur IVöB 2019 mit Vorbehalt

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren Regierungsrätinnen und Regierungsräte
Sehr geehrte Damen und Herren

Im November 2020 überwies der Regierungsrat des Kantons Bern dem Grossen Rat das Gesetz über den Beitritt zur total revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019). Im März 2021 beschloss der Grosse Rat in der ersten Lesung des Gesetzes, dieses mit einem Vorbehalt zu ergänzen, der das Festhalten am heutigen zweistufigen kantonalen Instanzenzug für beschaffungsrechtliche Beschwerdeverfahren zum Ziel hat. Er lautet wie folgt:

Art. 2a Vorbehalte

- ¹ Der Kanton Bern tritt der IVöB mit den Vorbehalten gemäss diesem Artikel bei.
- ² Anstelle von Artikel 52 Absatz 1 IVöB findet Artikel 3a dieses Gesetzes Anwendung.
- ³ Artikel 42 Absatz 1 IVöB und Artikel 54 Abs. 2 IVöB finden Anwendung mit der Massgabe, dass sie statt auf das Verwaltungsgericht auf die gemäss Artikel 3a dieses Gesetzes zuständige Beschwerdeinstanz Bezug nehmen.

Art. 2b Subsidiäre Anwendung der IVöB als kantonales Recht

- ¹ Kann der Beitritt des Kantons zur IVöB mit den Vorbehalten gemäss Artikel 2a nicht wirksam erfolgen, gilt die IVöB mit diesen Vorbehalten sowie nach Massgabe dieses Artikels sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht. Der Regierungsrat stellt dies gegebenenfalls durch Verordnung fest.
- ² Die folgenden Bestimmungen der IVöB finden in dem Fall gemäss Absatz 1 keine Anwendung:
 - a 9. Kapitel (Behörden),
 - b 10. Kapitel (Schlussbestimmungen).
- ³ Mit der Zustimmung des Kantons finden in dem Fall gemäss Absatz 1 jedoch auch Anwendung:
 - a Änderungen der IVöB gemäss Artikel 61 Absatz 2 Buchstabe b IVöB,

- b Anpassungen der Schwellenwerte gemäss Artikel 61 Absatz 2 Buchstabe c IVöB.
- ⁴ Zuständig für die Zustimmung gemäss Absatz 3 sind:
 - a bei unbedeutenden Änderungen oder Anpassungen der Regierungsrat,
 - b in den anderen Fällen der Grosse Rat.

Art. 3a Zuständigkeit für Beschwerden

¹ Verfügungen kommunaler Auftraggeber sind mit Beschwerde bei der Regierungsstatthalterin oder beim Regierungsstatthalter anfechtbar.

² Verfügungen kantonaler Auftraggeber sind mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates oder der Staatskanzlei anfechtbar.

³ Verfügungen und Beschwerdeentscheide der folgenden Behörden sind mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechtbar:

- a die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter,
- b die Direktionen und die Staatskanzlei,
- c die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft,
- d der Grosse Rat.

Zur Begründung dieses Vorbehalts, für den sich im Vernehmlassungsverfahren vor allem das Verwaltungsgericht des Kantons Bern einsetzte, wurde im Grossen Rat angeführt, der zweistufige Instanzenzug entspreche der allgemeinen Regel des bernischen Verfahrensrechts und habe sich bewährt. Die erstinstanzlichen Verfahren (in denen ca. 90% der ca. 40 Beschwerden pro Jahr erledigt werden) seien rascher und einfacher als vor Verwaltungsgericht. Die Einsetzung des Verwaltungsgerichts als einzige Beschwerdeinstanz würde bedeutende Mehrkosten auslösen, da der Stellenbedarf bei den bisherigen Vorinstanzen nicht kompensiert werden könne. Der Vorbehalt gefährde auch nicht das Harmonisierungsziel der IVöB 2019, da er nicht inhaltlich das öffentliche Beschaffungsrecht betreffe.

In einem Gespräch vom 18. Mai 2021 zwischen Herrn Regierungsrat Cavigelli seitens des interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) sowie Frau Regierungsrätin Simon und Herrn Regierungsrat Neuhaus seitens des Kantons Bern haben wir erörtert, ob und wie der Kanton Bern der IVöB 2019 trotz dieses Vorbehalts beitreten kann. Herr Regierungsrat Cavigelli vertrat die Auffassung, dass ein Beitritt mit Vorbehalt in der IVöB 2019 nicht vorgesehen und daher nicht möglich ist. Die materiell gewichtigeren inhaltlichen Abweichungen von der IVöB 2019, die die Beitrittsgesetze anderer Kantone teils vorsehen, stellen aus seiner Sicht dagegen kein Beitrittshindernis dar, da davon auszugehen sei, dass die Gerichte ihnen wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der IVöB 2019 die Anwendung versagen werden. Damit würden sie im Ergebnis die mit der IVöB 2019 bezweckte Rechtsvereinheitlichung nicht gefährden, anders als der vom Kanton Bern ins Auge gefasste Vorbehalt. Über eine allfällige Anpassung der IVöB 2019, die den Kantonen auch den zweistufigen Instanzenzug erlauben würde, könne mindestens während den laufenden Beitrittsverfahren, also während mehreren Jahren, nicht diskutiert werden.

Für den Regierungsrat ist es wichtig, dem Grossen Rat in der voraussichtlich am 9. Juni 2021 erfolgenden zweiten Lesung des Beitrittsgesetzes (Sommersession 2021) eine sichere Entscheidungsgrundlage zur Frage vermitteln zu können, welche Auswirkungen das Festhalten an dem oben erwähnten Vorbehalt hätte. Wie mit Herrn Regierungsrat Cavigelli vereinbart, bitten wir die Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) in ihrer Rolle als InöB daher um eine möglichst rasche schriftliche Stellungnahme, ob und unter welchen Voraussetzungen der Kanton Bern der IVöB 2019 trotz dem oben wiedergegebenen Vorbehalt beitreten könnte.

Für Ihre Stellungnahme danken wir Ihnen bereits im Voraus bestens.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates



Pierre Alain Schnegg
Regierungspräsident



Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

- Bau- und Verkehrsdirektion
- Finanzdirektion
- Finanzkommission des Grossen Rates

Regierungsrat des Kantons Bern
Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8

Bern, 28. Mai 2021

Antwortschreiben an den Kanton Bern betreffend Vorbehalt beim Beitritt zur IVöB2019

Sehr geehrter Herr Regierungspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren Regierungsrätinnen und Regierungsräte
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 26. Mai 2021 gelangten Sie mit der Frage an das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB), ob der Kanton Bern mit einem Vorbehalt der IVöB2019 beitreten könne. Gerne beantwortet das InöB Ihre Frage wie folgt:

Die Kantone werden durch Artikel 48 Absatz 1 der Bundesverfassung ermächtigt, interkantonale Vereinbarungen abzuschliessen. Die Kompetenz, den Vereinbarungstext auszuarbeiten und zu verabschieden, liegt bei der zuständigen Regierungskonferenz bzw. dem zuständigen interkantonalen Organ¹. Die einzelnen Kantone können dem vorgelegten Text der Vereinbarung entweder zustimmen oder diesen ablehnen². Die Vereinbarung muss bei einem Beitritt also als Paket vom jeweiligen Kanton übernommen werden. Ein Beitritt unter Vorbehalt ist deshalb nicht möglich.

Verschiedene Wirtschaftsbranchen fordern seit Jahren eine Harmonisierung zwischen den Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone sowie unter den Kantonen selbst. Von der Vereinheitlichung erhofft sich unsere schweizerische und lokale Wirtschaft administrative und finanzielle Entlastung. Es war dem InöB ein grosses Anliegen, diese Forderungen und Überlegungen in die Tat umzusetzen. Eine Umfrage unter den Kantonen hat gezeigt, dass betreffend die Beschwerdeinstanz die angestrebte interkantonale Vereinheitlichung bereits heute sehr weit fortgeschritten ist. Mit Ausnahme des Kantons Bern, und teilweise des Kantons Freiburg, kennen die Kantone im Beschaffungswesen ausschliesslich das Verwaltungsgericht als einzige Beschwerdeinstanz. Daher kann bei der Bestimmung des Instanzenzugs für die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens – einstufig oder zweistufig – die vollständige Harmonisierung bei der Festlegung eines bloss einstufigen Instanzenzugs mit geringen

¹ TOBIAS JAAG, Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St.Gallen 2015, § 14 Rz. 20 ff.

² 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.

Anstrengungen erzielt und die Bedürfnisse der Wirtschaft auf recht einfache Weise gestärkt werden, was für das InöB essentiell ist.

Es ist dem InöB bewusst, dass die Anpassung des Instanzenzuges vom Kanton Bern zusätzliche Anstrengungen abverlangt. Eine ähnliche Situation musste der Kanton Solothurn bereits 2012 bewältigen und seinen Instanzenzug bei beschaffungsrechtlichen Beschwerden auf Geheiss des Bundesgerichts anpassen (siehe dazu das Urteil des Bundesgerichts 2D_50/2011 vom 18. September 2011). Bis zum Entscheid des Bundesgerichtes war ausschliesslich die Solothurner Schätzungskommission zuständig, danach behandelte das kantonale Verwaltungsgericht beschaffungsrechtliche Beschwerden als einzige Beschwerdeinstanz. Die Befürchtung des Solothurner Verwaltungsgerichts, dass es mit solchen Beschwerdefällen überschwemmt werde und deshalb zusätzliche Stellen geschaffen werden müssten, wurde in der Folge nicht bestätigt. Der Kanton Solothurn hat keine zusätzlichen Stellen geschaffen. Das einschlägige Zahlengerüst im Kanton Solothurn dürfte mit jenem des deutlich grösseren Kantons Bern nicht leicht vergleichbar sein, allerdings dennoch eine gewisse Indikation abgeben. Die im Kanton Solothurn eingegangenen beschaffungsrechtlichen Beschwerden während der vergangenen vier Jahre als Beispiele wurden wie folgt bearbeitet:

2017: 7 Fälle, davon 1 Gutheissung, 3 Abweisungen und 3 Rückzüge.

2018: 13 Fälle, davon 3 Gutheissungen, 3 Abweisungen, 3 Nichteintreten und 4 Abschreibungen.

2019: 6 Fälle, davon 5 Rückzüge und 1 Nichteintreten.

2020: 2 Fälle, davon 1 Gutheissung und 1 Nichteintreten.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten:

Auslegung

Ein Beitritt unter Vorbehalt ist bei einer interkantonalen Vereinbarung nicht möglich. Für den Fall, dass der Kanton Bern seinen Beschluss zum Beitritt zur IVöB2019 mit einem Vorbehalt verbinden möchte, müsste das InöB dem Kanton Bern den Beitritt zur IVöB2019 verwehren.

Mit dem neuen Konkordat wird das Beschaffungsrecht in der Schweiz harmonisiert und gleichzeitig in verschiedener Hinsicht modernisiert, was Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt zugutekommt. Das InöB würde es deshalb sehr bedauern, wenn der im Umfeld der Kantone sehr gewichtige Kanton Bern an seinem Vorbehalt festhalten würde und deshalb der IVöB2019 nicht beitreten könnte.

Freundliche Grüsse

**Interkantonales Organ für das
öffentliche Beschaffungswesen INÖB**

Der Präsident



Stephan Attiger

Die Generalsekretärin



Mirjam Bütler

Kopie an: - InöB-Mitglieder (per Mail)
- FöB-Mitglieder (per Mail)

Conseil-exécutif du Canton de Berne
Postgasse 68
Case postale
3000 Berne 8

Berne, le 28 mai 2021

Réponse au canton de Berne concernant une adhésion à l'AIMP2019 assortie d'une réserve

Monsieur le président du Conseil-exécutif,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil-exécutif,
Mesdames, Messieurs,

Dans votre courrier en date du 26 mai 2021 vous avez demandé à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) si le canton de Berne pouvait adhérer à l'AIMP2019 tout en formulant une réserve. L'AiMp répond volontiers à votre question ci-après comme suit:

En vertu de l'article 48 alinea 1 de la Constitution fédérale les cantons sont habilités à conclure des conventions entre eux. La compétence pour élaborer et adopter le texte de la convention incombe à la conférence intergouvernementale compétente / l'organe intercantonal compétent en la matière¹. Chaque canton peut soit approuver le texte présenté, soit le rejeter². Autrement dit la convention doit être prise comme un tout par chaque canton. Une adhésion sous réserve n'est donc pas possible.

Différentes branches de l'économie réclament depuis des années une harmonisation des exigences en matière de marchés publics entre la Confédération et les cantons, ainsi qu'entre cantons. Notre économie, à l'échelle suisse et locale, espère que cette uniformisation se traduira par un allègement de la charge administrative et financière. Une des préoccupations majeures de l'AiMp était d'apporter une réponse concrète à ces exigences et considérations. Une enquête menée auprès des cantons a montré que l'uniformisation intercantonale visée en ce qui concerne l'instance de recours était d'ores et déjà très avancée à ce jour. A l'exception du canton de Berne, et en partie du canton de Fribourg, dans le domaine des marchés publics les cantons connaissent exclusivement le Tribunal administratif comme unique instance de recours. En ce qui concerne l'élaboration des voies de droit – instance unique ou double instance – il est donc possible de parvenir à une harmonisation complète sans déployer de gros efforts en fixant un seul degré de juridiction, renforçant ainsi de manière simple la réponse apportée aux besoins de l'économie – ce que l'AiMp considère comme essentiel.

¹ TOBIAS JAAG, Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen: Giovanni Biagini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Ed.), Staatsrecht, Zurich/St-Gall 2015, § 14 Rz. 20 ff.

² PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und Kantonen: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Ed.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, § 28, Rz. 23

L'AiMp est consciente que l'adaptation préconisée par le canton de Berne (voies de recours) impliquerait de fournir des efforts supplémentaires. En 2012 déjà le canton de Soleure a été confronté à une situation similaire; à la demande du Tribunal fédéral il a dû adapter ses voies de droit pour les recours relevant du droit des marchés publics (voir à ce sujet l'Arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2011 du 18 septembre 2011). Avant que le Tribunal fédéral ne prononce cet Arrêt seule la Commission d'estimation du canton de Soleure était compétente. Ensuite c'est le Tribunal administratif, en qualité d'instance unique, qui a traité les recours déposés relevant du droit des marchés publics. Les craintes du Tribunal administratif du canton de Soleure d'être submergé par le nombre de recours et de se voir contraint de créer des postes supplémentaires ne se sont pas confirmées par la suite. Le canton de Soleure n'a pas créé de nouvelles places de travail. Certes il ne sera probablement pas facile d'établir une comparaison entre les chiffres pertinents pour le canton de Soleure et ceux pour le canton de Berne nettement plus grand, mais ces chiffres fournissent toutefois une certaine indication. A titre d'exemples, au cours des quatre dernières années les recours déposés dans le canton de Soleure dans le domaine du droit des marchés publics se sont soldés comme suit:

2017: 7 cas, dont 1 approbation, 3 rejets et 3 retraits.

2018: 13 cas, dont 3 approbations, 3 rejets, 3 non-entrées en matière et 4 classés.

2019: 6 cas, dont 5 retraits et 1 non-entrée en matière.

2020: 2 cas, dont 1 approbation et 1 non-entrée en matière.

En résumé il convient de retenir ce qui suit:

Interprétation

Une adhésion sous réserve à un Accord intercantonal n'est pas possible. Si le canton de Berne devait assortir d'une réserve sa décision d'adhérer à l'AIMP2019, l'AiMp devrait lui refuser l'adhésion à l'AIMP2019.

Ce nouveau concordat permet d'harmoniser le droit des marchés publics en Suisse tout en le modernisant, ce qui sera bénéfique à la fois à la société, à l'économie et à l'environnement. Aussi l'AiMp ne pourrait que le regretter vivement, si un canton aussi important que le canton de Berne devait maintenir sa réserve, ce qui l'empêcherait d'adhérer à l'AIMP2019.

Meilleures salutations

Autorité itercantonale pour les marchés publics AiMp

Le président



Stephan Attiger

La secrétaire générale



Mirjam Bütler

Copie: - membres de l'AiMp (par courriel)
 - membres de la CMP (par courriel)