



Vortrag

Datum RR-Sitzung: 17. Februar 2021
Direktion: Finanzdirektion
Geschäftsnummer: 2019.KAIO.520
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG).

Nachtrag zum Vortrag vom 18. November 2020 betreffend den Antrag der Mehrheit der Finanzkommission vom 28. Januar 2021 zu den Artikeln 2a, 2b und 3a (Vorbehalt zugunsten des zweistufigen Instanzenzuges)

Inhaltsverzeichnis

1.	Zusammenfassung	1
2.	Ausgangslage	2
2.1	Geltendes Recht mit zweistufigem Instanzenzug	2
2.2	Neue Regelung gemäss Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 mit einstufigem Instanzenzug	3
2.2.1	Gründe für den einstufigen Instanzenzug	3
2.2.2	Argumente gegen den einstufigen Instanzenzug	4
3.	Beurteilung des Regierungsrates	4
3.1	Rechtliche Beurteilung	4
3.2	Politische Beurteilung	5
3.3	Umsetzung des einstufigen Instanzenzuges im Kanton Bern	6
4.	Erläuterungen zu den Artikeln	7
4.1	Artikel 2a: Vorbehalte.....	7
4.2	Artikel 2b: Subsidiäre Anwendung der IVöB als kantonales Recht	7
4.3	Artikel 3a: Zuständigkeit für Beschwerden	8
5.	Antrag	9

1. Zusammenfassung

Dieser Nachtrag zum Vortrag des Regierungsrates zum Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG) erläutert den Antrag der Finanzkommission des Grossen Rates, neu die Artikel 2a, 2b und 3a IVöBG einzufügen.

Diese Bestimmungen haben zum Ziel, dass Beschwerden im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens wie bisher in erster Instanz von einer Verwaltungsbehörde und erst in zweiter Instanz vom Verwaltungsgericht beurteilt werden sollen. Die total revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019), der der Kanton Bern mit dem IVöBG beitreten will, sieht dagegen vor, dass Beschwerden im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts (wie bereits in allen anderen Kantonen ausser Freiburg) vom Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zu beurteilen sind.

Die Finanzkommission folgt damit den Bedenken des Verwaltungsgerichts und von Gemeinden aus dem Vernehmlassungsverfahren. Diese lehnten die Verkürzung des Instanzenzugs ab, weil sie u.a. Mehraufwand oder längere Beschwerdeverfahren befürchten. Das Verwaltungsgericht schätzt für sich Mehrkosten von ca. einer halben Millionen Franken pro Jahr. Aufgrund der Verteilung der erstinstanzlichen Verfahren auf alle Direktionen und Regierungsstatthalterämter können diese nur sehr beschränkt kompensiert werden.

Der Regierungsrat beantragt dem Grossen Rat, den Antrag der Finanzkommission abzulehnen. Ein Gutachten zeigt auf, dass der Vorbehalt rechtlich unzulässig ist und den Beitritt des Kantons Bern zur IVöB 2019 daher sehr wahrscheinlich gefährdet. Diesfalls soll die IVöB 2019 zwar gemäss dem Antrag der Finanzkommission als kantonales Recht gelten, aber auch dies wird viele Probleme aufwerfen. Der Vorbehalt bzw. Nichtbeitritt wäre ein unfreundlicher Akt gegenüber den anderen Kantonen und würde den Einfluss des Kantons Bern auf die Weiterentwicklung des interkantonalen Beschaffungsrechts ausschalten. Er könnte auch andere Kantone dazu veranlassen, eigene und gegebenenfalls viel weitgehendere Vorbehalte anzubringen. Dies würde die mit der IVöB 2019 angestrebte nationale Rechtsvereinheitlichung zum Scheitern bringen, worunter vor allem die Wirtschaft leiden würde.

In der Sache ist der Regierungsrat der Meinung, dass die allfälligen Nachteile des einstufigen Beschwerdeverfahrens durch die Vorteile der neuen Lösung mehr als aufgewogen werden. Dazu gehören der kürzere Instanzenzug, die verbesserte Qualität und Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch die Konzentration beim Verwaltungsgericht sowie ein Gewinn an Rechtsstaatlichkeit, indem ein Gericht statt die Verwaltung den ausschlaggebenden Vorentscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde fällt. Die erwähnten Nachteile eines Vorbehaltes haben den Regierungsrat in seiner Meinung zusätzlich bestärkt.

2. Ausgangslage

2.1 Geltendes Recht mit zweistufigem Instanzenzug

Nach dem heute geltenden öffentlichen Beschaffungsrecht des Kantons Bern (Art. 12f. des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2002; ÖBG, BSG 731.2) müssen Verfügungen kommunaler Auftraggeber bei der Regierungsstatthalterin oder beim Regierungsstatthalter angefochten werden. Verfügungen kantonaler Auftraggeber sind bei der in der Sache zuständigen Direktion anzufechten. In zweiter Instanz können die Beschwerdeentscheide beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern angefochten werden. In dritter und letzter Instanz ist (mit Einschränkungen¹) die Beschwerde ans Bundesgericht möglich. Dies entspricht dem auch in den anderen Bereichen des kantonalen Verwaltungsrechts geltenden Instanzenzug.

Zurzeit gehen bei den Direktionen jährlich rund 17 erstinstanzliche Beschwerden in beschaffungsrechtlichen Angelegenheiten ein, bei den Regierungsstatthalterämtern rund 25 (davon rund 10 im Verwaltungskreis Bern-Mittelland). Die Erfolgsquote der Beschwerden beträgt vor den Direktionen rund 18 Prozent und vor den Regierungsstatthalterämtern je nach Amt zwischen 25 und 75 Prozent (dies ohne Berücksichtigung der vielen mangels aufschiebender Wirkung abgeschriebenen Beschwerden). Das zweitinstanzliche Verwaltungsgericht veröffentlicht durchschnittlich vier beschaffungsrechtliche Endentscheide pro Jahr, wobei die Beschwerden in rund 33 Prozent der Fälle gutgeheissen wurden.²

¹ Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung möglich (Art. 83 Bst. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110). Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG).

² Diese Angaben wurden zur Beantwortung der Fragen der Finanzkommission und der Interpellation 221-2020 «Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über öffentliches Beschaffungswesen (IVöBG)» erhoben. Sie aktualisieren die Angaben im Vortrag vom 18. November 2020, in dessen Erstellungszeitpunkt nur ca. 17 Beschwerden jährlich auf kantonaler Ebene bekannt waren.

2.2 Neue Regelung gemäss Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 mit einstufigem Instanzenzug

Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 sieht neu vor, dass Beschwerden an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz gerichtet werden müssen. Dies entspricht der heutigen Situation in allen Kantonen ausser Bern und teils Freiburg (wo Beschwerden gegen kommunale Verfügungen erstinstanzlich von den Oberämtern beurteilt werden).³ Damit würden beschaffungsrechtliche Streitigkeiten zukünftig durch höchstens zwei Instanzen beurteilt: durch das Verwaltungsgericht und gegebenenfalls das Bundesgericht.

2.2.1 Gründe für den einstufigen Instanzenzug

Der interkantonale Gesetzgeber liess sich bei dem Entscheid, diesen Aspekt des Beschaffungsverfahrens zu vereinheitlichen, von folgenden Überlegungen leiten:⁴

- Bei beschaffungsrechtlichen Beschwerden ist der praktisch wichtigste Entscheid ein Zwischenentscheid, nämlich der über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Nach der Meinung des IVöB-Gesetzgebers muss er wegen seiner Bedeutung von einem unabhängigen Gericht gefällt werden, und zwar aus den folgenden Gründen: Gemäss Art. 54 IVöB 2019 hat die Beschwerde (wie schon gemäss der bisherigen IVöB, und anders als im normalen Berner Verwaltungsbeschwerdeverfahren) normalerweise keine aufschiebende Wirkung. Diese darf nur erteilt werden, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Wird sie nicht erteilt, darf der Vertrag abgeschlossen werden und die Beschwerdeführerin kann, auch wenn sie später obsiegt, höchstens die Kosten der Angebotserstellung geltend machen (Art. 58 Abs. 2 IVöB 2019). Daher werden Beschwerden, denen die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wird, sehr häufig zurückgezogen.
- Für die Rechtsvereinheitlichung ist es wichtig, dass auch das Beschwerdeverfahren schweizweit gleich abläuft, so dass sich die Unternehmen überall auf die gleichen Regeln einstellen können, und entsprechend auch eine national einheitliche Ausbildung (und damit einfachere Rekrutierung) des Beschaffungsfachpersonals möglich ist. Jede kantonale Eigenheit im Verfahren bedeutet Mehraufwand und Risiken für die anbietenden Unternehmen. Für sie ist das öffentliche Beschaffungsrecht bereits kompliziert genug, weshalb weitere Komplikationen möglichst zu vermeiden sind.
- Durch den Verzicht auf eine von zwei kantonalen Instanzen können beschaffungsrechtliche Beschwerdeverfahren tendenziell rascher erledigt werden. Das ist vor allem für grössere Bau- oder andere Vorhaben wichtig, deren lange Verzögerung wegen Beschwerdeverfahren grosse Nachteile für die damit verfolgten öffentlichen Interessen zur Folge haben kann.
- Wenn eine einzige Instanz kantonsweit alle Beschwerdeverfahren im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens durchführt, führt dies zu einer Vereinheitlichung der Rechtsanwendung. Aus der Vereinheitlichung ergibt sich sodann eine Spezialisierung, welche wiederum zu einer höheren Qualität der Rechtsprechung führt. Das öffentliche Beschaffungsrecht ist eine komplexe und hoch spezialisierte Materie, die für Juristinnen und Juristen, die sich nur selten damit beschäftigen, sehr anspruchsvoll sein kann.

³ Quelle: Umfrage der Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen (FöB) der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) bei den Kantonsverwaltungen im Herbst 2020.

⁴ Quelle weitgehend: Auskunft des Vorstands der FöB

2.2.2 Argumente gegen den einstufigen Instanzenzug

In der Vernehmlassung zum IVöBG sprachen sich vor allem das Verwaltungsgericht und Gemeinden gegen die Einführung des einstufigen Instanzenzugs aus und verlangten das Anbringen eines entsprechenden Vorbehalts. Sie brachten namentlich Folgendes vor:⁵

- Das Verwaltungsgericht führte aus, der Filtereffekt der ersten Beschwerdeinstanzen würde verloren gehen. Die heutige dezentrale Regelung sei effizient. Die neue Regelung sei dagegen teuer, weil beim Verwaltungsgericht Stellen zur zentralen Behandlung aller beschaffungsrechtlichen Beschwerden aufgebaut werden müssten (gegenüber der Justizkommission schätzte das Verwaltungsgericht die Mehrkosten auf CHF 0.5 Mio. pro Jahr). Die Direktionen und Regierungsstatthalterämter würden ihren Einfluss auf die Vergabetätigkeit der Ämter bzw. Gemeinden verlieren und könnten ihre Kontroll- und Aufsichtsfunktionen nicht mehr hinreichend ausüben, was das Verwaltungsgericht mangels entsprechender Aufgaben nicht kompensieren könne. Ein einfacher Instanzenzug wirke nur in Einzelfällen beschleunigend, weil die meisten Fälle in erster Instanz erledigt würden. Das Verwaltungsgericht verfüge nicht über die Fachkenntnisse der bisherigen Vorinstanzen und werde Fälle an die Vergabebehörde zurückweisen müssen, was das Verfahren verlängere. Daher sei ein Vorbehalt zugunsten des zweistufigen Instanzenzuges anzubringen.
- Die kommunalen Verbände gaben zu bedenken, dass heute erstinstanzlich rasch entschieden werde. Das Verwaltungsgericht nehme es aber sehr genau und müsse daher, wenn es zur einzigen Instanz würde, seine Instruktionspraxis ändern. Es sei nicht einzusehen, wieso die anderen Kantone diese Vorgabe machen würden, weil sie weder der Beschleunigung diene noch für die Rechtsvereinheitlichung wichtig sei. Auch sie schlugen daher einen Vorbehalt vor.
- Die Städte Bern und Thun befürchteten ebenfalls Verzögerungen als Folge der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Um sie zu vermeiden, müssten rasche Entscheide organisatorisch sichergestellt bzw. das Verwaltungsgericht über genügend Kapazität verfügen. Die Regionalkonferenz Oberland-Ost brachte vor, die heutige Regelung habe sich bewährt und müsse weiter möglich bleiben.

Demgegenüber unterstützten die FDP, die EDU, der Verband bernischer Burgergemeinden und der Verband des Kiesgewerbes (KSE Bern) in der Vernehmlassung den einstufigen Instanzenzug ausdrücklich.

3. Beurteilung des Regierungsrates

Der Regierungsrat lehnt den Antrag der Mehrheit der Finanzkommission, der einen Vorbehalt zugunsten des zweistufigen Instanzenzuges anbringen will, aus rechtlichen Gründen (Ziff. 3.1 unten) und aus politischen Überlegungen (Ziff. 3.2 unten) ab. Er ist zudem der Meinung, dass die Gründe, die für einen einstufigen Instanzenzug sprechen (Ziff. 2.2.1 oben), dessen Nachteile mehr als aufwiegen. Diese können zudem mit geeigneten Instruktionsmassnahmen des Verwaltungsgerichts reduziert werden (Ziff. 3.3 unten).

3.1 Rechtliche Beurteilung

Vor dem Hintergrund, dass das Verwaltungsgericht das Anbringen eines Vorbehaltes beantragte, hat die Finanzdirektion bei Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb, Bern, ein Kurzgutachten⁶ eingeholt, um abzuklären, ob ein solcher Vorbehalt rechtmässig wäre, und dieses Gutachten der Finanzkommission vorgelegt. Prof.

⁵ Vgl. im Einzelnen die Vernehmlassungsauswertung, namentlich Ziff. 71

⁶ Im Internet veröffentlicht: www.be.ch/beschaffung > Rechtliche Grundlagen > Neues Beschaffungsrecht > Rechtsgutachten von Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb betreffend Beitritt zur IVöB 2019 unter Vorbehalt

Trüb war der wissenschaftliche Berater der Arbeitsgruppe des Bundes und der Kantone, die die neue IVöB und das neue BöB erarbeitet hat.

Das Gutachten zeigt auf, dass der zur Diskussion stehende Vorbehalt rechtswidrig wäre, weil er mit dem Ziel und Zweck der IVöB 2019 nicht vereinbar wäre. Dieser besteht nämlich auch darin, das Beschwerdeverfahren zu vereinheitlichen und damit auch für die Anbieter zu vereinfachen. Das Gutachten weist auch darauf hin, dass unter den über 700 Konkordaten in der Schweiz, soweit bekannt, nur ein einziges mit inhaltlichen Vorbehalten abgeschlossen wurde, nämlich das Konkordat über die Harmonisierung der Baubegriffe. Dieses liess aber anders als die IVöB 2019 Vorbehalte ausdrücklich zu.

Der hier zur Diskussion stehende Vorbehalt ohne Grundlage im Konkordat wäre daher soweit bekannt ein Novum in der Schweizer Rechtsgeschichte mit unabsehbaren Konsequenzen. Dazu gehört einerseits, wie das Gutachten festhält, dass auch andere Kantone Vorbehalte anbringen könnten. Das Ziel der Rechtsvereinheitlichung würde damit verfehlt. Zudem könnte der Kanton Bern mit diesem Vorbehalt der IVöB 2019 nur mit der Zustimmung aller anderen Kantone beitreten. Von dieser Zustimmung ist aber aus den erwähnten Gründen nicht auszugehen. Der Vorbehalt könnte die Einführung des neuen öffentlichen Beschaffungsrechts im Kanton Bern daher zum Scheitern bringen.

Um dies zu verhindern, beschloss die Mehrheit der Finanzkommission die Beantragung einer zusätzlichen Bestimmung, wonach die IVöB 2019 als kantonales Recht gelten soll, wenn der Beitritt wegen des Vorbehalts nicht möglich sein sollte. Auch bei dieser Lösung überwiegen aber aus der Sicht des Regierungsrates die Nachteile:

- Dazu gehört, dass mit relativ komplizierten Bestimmungen die dennoch gültigen Bestimmungen der IVöB 2019 von den davon abweichenden bernischen Vorschriften abgegrenzt werden müssten. Das wird insbesondere dann schwierig, wenn die anderen Kantone Änderungen der IVöB 2019 vornehmen, die der Kanton Bern dann ganz, teilweise oder nicht übernehmen kann. Das ohnehin schon sehr komplizierte und die Grenzen der Miliztauglichkeit ausreizende öffentliche Beschaffungsrecht würde damit (noch) benutzerunfreundlicher.
- Der Antrag der Kommission würde auch das Beschwerderecht der Unternehmen, die sich vor Bundesgericht gegen beschaffungsrechtliche Beschwerdeentscheide wehren wollen, stark einschränken. Gemäss Art. 95 BGG kann mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur die Verletzung von interkantonalem Recht gerügt werden, nicht aber von kantonalen Gesetzen. Wenn die IVöB 2019 nur noch als kantonales Gesetzesrecht gilt, wird das Bundesgericht in viel weniger Fällen abschliessend über die richtige Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts im Kanton Bern entscheiden können.

3.2 Politische Beurteilung

Auch und vor allem aus einer politischen Sicht lehnt der Regierungsrat den Antrag der Mehrheit der Finanzkommission ab:

- Der Vorbehalt wäre ein unfreundlicher Akt gegenüber den anderen Kantonen und dem Bund. Der Kanton Bern würde sich damit der Rechtsvereinheitlichung verweigern, die die Grundlage der IVöB 2019 ist.
- Als Nichtmitglied der IVöB könnte der Kanton Bern auch die Weiterentwicklung der IVöB nicht mehr mit beeinflussen und wäre von den interkantonalen Gremien und Diskussionen ausgeschlossen. Er könnte nur noch entscheiden, ob er Änderungen, die die anderen Kantone beschliessen, übernehmen will oder nicht.

- Wenn der Kanton Bern als zeitlich voraussichtlich erster beitretender Kanton von der IVöB 2019 abweicht, lädt er damit die anderen Kantone geradezu ein, ebenfalls «Rosinenpickerei» zu betreiben und in gegebenenfalls noch viel gewichtigeren Punkten ebenfalls Vorbehalte zu beschliessen, die sich u.a. negativ auf den Zugang bernischer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen in den anderen Kantonen auswirken können. Damit geht der Kanton Bern das Risiko ein, dass das Ziel der Rechtsvereinheitlichung landesweit verfehlt wird und wie heute in jedem Kanton ein in wichtigen Punkten unterschiedliches öffentliches Beschaffungsrecht gilt. Darunter leidet vor allem die Wirtschaft, die auf landesweit einheitliche Regeln angewiesen ist.

3.3 Umsetzung des einstufigen Instanzenzugs im Kanton Bern

In der Sache ist der Regierungsrat der Meinung, dass der von der IVöB 2019 vorgesehene einstufige Instanzenzug dem Festhalten am heutigen zweistufigen Instanzenzug vorzuziehen ist. Das heutige System hat sich zwar gut bewährt, aber angesichts der nun damit verbundenen rechtlichen und politischen Risiken (s. Ziff. 3.1 f. oben) überwiegen aus der Sicht des Regierungsrates die Vorteile des einstufigen Instanzenzuges (Ziff. 2.2.1 oben) dessen Nachteile (Ziff. 2.2.2 oben). Dies auch, weil die Nachteile bzw. die Bedenken gegenüber dem einstufigen Instanzenzug mit geeigneten Massnahmen stark relativiert werden können:

- Es stimmt, dass der Systemwechsel voraussichtlich zu einem Stellenmehrbedarf beim Verwaltungsgericht führen wird, das neu als einzige kantonale Instanz alle Beschwerden beurteilen würde. Dieser Stellenmehrbedarf kann nicht ohne weiteres bei den damit entlasteten bisherigen ersten Instanzen kompensiert werden, weil sich die Beschwerdefälle heute auf insgesamt 17 Direktionen und Regierungsstatthalterämter verteilen. Damit werden dort jeweils keine genügend grossen Pensen frei, die einen Stellenabbau ermöglichen würden. Die Aufwandverschiebung wird aber nach Möglichkeit im Rahmen der Stellenplanung zu berücksichtigen sein, mit dem Ziel, ihr mittelfristig bei natürlichen Fluktuationen Rechnung tragen zu können.
- Der Umstand, dass das einstufige Verfahren in den anderen Kantonen funktioniert, entkräftet aus der Sicht des Regierungsrates die dagegen erhobenen Einwände des Verwaltungsgerichts. Namentlich führt der Wegfall der ersten Instanz nicht zu einem Wegfall der Aufsichtsmöglichkeit der Direktionen über die Beschaffungen ihrer Ämter. Im Gegenteil mussten die Direktionen sich bisher stark zurückhalten mit der Einflussnahme auf diese Beschaffungen, weil sie vermeiden mussten, im Fall einer an sie gerichteten Beschwerde als befangen oder vorbefasst zu gelten. Entfällt die Aufgabe der Direktionen als Beschwerdeinstanz, können sie wie bei den meisten anderen Geschäften durch ein geeignetes Controlling und Reporting und durch politische Vorgaben (z.B. zur Berücksichtigung von sozialen, Nachhaltigkeits- oder KMU-freundlichen Beschaffungskriterien) direkt darauf hinwirken, dass Beschaffungen einheitlich, rechtmässig und im Sinne der politischen Vorgaben des Regierungsrates und des Grossen Rates erfolgen. Sie können damit auch ihre politische Verantwortung gegenüber dem Grossen Rat und dem Volk besser wahrnehmen.
- Die Vorstellung, die ersten Instanzen würden oder könnten einfacher und rascher als das Verwaltungsgericht entscheiden, ist aus der Sicht des Regierungsrates ebenfalls unzutreffend. Dies, weil das Verfahren in beiden heutigen Instanzen dasselbe ist und sich nach dem Gesetz über die Verfahrensrechtspflege (VRPG) richtet: ein schriftliches Verfahren mit gegebenenfalls mehrfachem Schriftwechsel, das mit einem schriftlichen und begründeten Entscheid abgeschlossen wird. Es trifft auch meist nicht zu, dass die Direktionen oder Regierungsstatthalterämter über mehr Sachkenntnisse verfügen als das Verwaltungsgericht. Die Beschwerdeentscheide werden in beiden Fällen von Juristinnen oder Juristen instruiert, die von den sich stellenden technischen und fachlichen Fragen in etwa gleich viel (oder gleich wenig) verstehen. Die Konzentration der Beschwerdeentscheide beim

Verwaltungsgericht ermöglicht es vielmehr, dort Know-how aufzubauen, welches gegebenenfalls eine raschere Verfahrensabwicklung ermöglichen wird.

- Der in einigen Vernehmlassungen geäußerte Eindruck, das Verwaltungsgericht arbeite langsamer oder genauer als die ersten Instanzen, mag auch darauf zurückzuführen sein, dass das Verwaltungsgericht anders als die ersten Instanzen heute jeweils keine Zwischenentscheide zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung fällt. Stattdessen fällt es jeweils immer direkt einen Entscheid in der Sache. Es gewährt damit im Ergebnis allen Beschwerden die aufschiebende Wirkung, auch wenn diese gemäss der alten wie neuen IVöB (vgl. oben Ziff. 2.2.1) gar nicht hätte gewährt werden dürfen. Wenn das Verwaltungsgericht diese Praxis ändert, wird dies voraussichtlich dazu beitragen, dass aussichtslose Beschwerden häufiger zurückgezogen werden, was die durchschnittliche Verfahrensdauer verkürzt.

4. Erläuterungen zu den Artikeln

Die folgenden Erläuterungen entsprechen dem Verständnis des Regierungsrates von der Absicht der Mehrheit der Finanzkommission. Sie stehen unter dem Vorbehalt abweichender Erläuterungen der Sprecherin oder des Sprechers der Mehrheit im Plenum.

Hervorzuheben bleibt aus der Sicht des Regierungsrates, dass diese sehr rasch erarbeiteten Bestimmungen möglicherweise nicht alle praktischen Probleme antizipieren und lösen, die sich als Folge des von der Kommissionsmehrheit verfolgten Ansatzes ergeben können. In diesem Fall wird es an der Praxis sein, dafür im Rahmen des Vollzugs pragmatische Lösungen zu finden.

4.1 Artikel 2a: Vorbehalte

Art. 2a umschreibt einerseits den vom Regierungsrat anlässlich des Beitritts abzugebenden Vorbehalt und gibt gleichzeitig an, welche Bestimmungen der IVöB 2019 damit keine bzw. eine andere Anwendung finden.

Mit Art. 2a Abs. 2 wird Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 ausser Anwendung gesetzt, der bestimmt: «Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.»

Art. 2a Abs. 3 stellt klar, dass Bezugnahmen der IVöB 2019 auf das Verwaltungsgericht damit als Bezugnahmen auf die jeweilige Beschwerdeinstanz gemäss Art. 3a zu lesen sind.

4.2 Artikel 2b: Subsidiäre Anwendung der IVöB als kantonales Recht

Abs. 1 gilt für den Fall, dass entweder ein Gericht rechtskräftig feststellt, dass der Beitritt des Kantons Bern zur IVöB 2019 mit den Vorbehalten gemäss Art. 3a unzulässig oder unwirksam ist, oder dass die anderen Kantone bzw. das von der IVöB 2019 eingerichtete interkantonale Organ (InöB) den Beitritt des Kantons Bern mit diesen Vorbehalten nicht akzeptieren. In diesem Fall gilt die IVöB 2019 im Kanton Bern als kantonales Gesetzesrecht statt als Konkordat (und zwar mit Vorrang gegenüber der IVöB 2001, solange ihr der Kanton Bern formell noch angehört). Der Rechtssicherheit wegen hat der Regierungsrat den Eintritt dieser Bedingung durch Verordnung festzustellen.

Abs. 2 hält als Konsequenz des allfälligen Nichtbeitritts fest, dass die institutionellen Bestimmungen der IVöB 2019 damit im Kanton Bern nicht anwendbar sind. Das heisst namentlich, der Kanton Bern ist im

InöB nicht vertreten und kann allfällige Änderungen der IVöB 2019 oder Anpassungen der Schwellenwerte sowie die weitere Pflege des interkantonalen Beschaffungsrechts nicht mehr beeinflussen.

Abs. 3 regelt aber, dass solche Änderungen auch für den Kanton Bern gelten, wenn er ihnen durch «autonomen Nachvollzug» zustimmt. Dies, weil es nicht das Ziel der Vorbehalte ist, die (übrige) Rechtsvereinheitlichung im öffentlichen Beschaffungsrechts abzulehnen.

Abs. 4 regelt die entsprechenden Zuständigkeiten. Es wird noch zu klären sein, in welcher Form (z.B. referendumsfähig oder nicht) die Zustimmung des Grossen Rates gemäss Absatz 4 erfolgen müsste. Die Ausführungsverordnung wird der Klarheit halber jeweils festhalten müssen, welche Fassung der IVöB 2019 im Kanton Bern damit gilt.

4.3 Artikel 3a: Zuständigkeit für Beschwerden

Art. 3a bildet den heutigen zweistufigen Instanzenzug ab. Er übernimmt dafür die bestehende Regelung gemäss Art. 12 und 13 ÖBG, mit den folgenden Anpassungen:

- Als Vorinstanz des Verwaltungsgerichts wird neben den Direktionen neu auch die Staatskanzlei genannt, weil sie nun ebenfalls in Ämter gegliedert ist, die selbst Aufträge vergeben können.
- Als Vorinstanzen des Verwaltungsgerichts werden zudem neu auch die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft genannt, was auch die Justizleitung und ihre Stabsstelle Ressourcen mit erfasst. Nach der heutigen Regelung müssten Beschwerden gegen ihre Verfügungen bei der Direktion für Inneres und Justiz bzw. bei der Sicherheitsdirektion erhoben werden. Das ist mit der Gewaltenteilung schwer vereinbar, insbesondere vor dem Hintergrund der seit 2010 mit dem Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (GSOG, BSG 161.1) ausgebauten Selbstverwaltung der Justiz.
- Dasselbe gilt analog für den neu ebenfalls als Vorinstanz des Verwaltungsgerichts erwähnten Grossen Rat, für den Fall, dass er bzw. seine Parlamentsdienste selbst Aufträge vergeben.

Art. 3a findet keine Anwendung auf die Verfügungen des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts als oberste kantonale Gerichte. Für sie gilt weiterhin Art. 52 Abs. 2 IVöB 2019, der bestimmt: «Für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden ist das Bundesgericht direkt zuständig.»

Kommunale Auftraggeber sind wie bisher einerseits die gemeinderechtlichen Körperschaften gemäss dem Gemeindegesetz und andererseits die von ihnen beauftragten, gegründeten oder beherrschten Träger öffentlicher Aufgaben wie z.B. Gemeindeverbände oder kommunale öffentliche Unternehmen. Kantonale Auftraggeber sind alle anderen öffentlichen Auftraggeber im Kanton, also die Kantonsverwaltung sowie die Träger der öffentlichen Aufgaben des Kantons. Dazu gehören etwa die kantonalen Hochschulen, die Listenspitäler sowie die kantonalen Unternehmen wie BKW, BLS und Bedag.

Für die Bestimmung der in der Sache zuständigen Direktion oder der Staatskanzlei ist weiterhin die Organisationsgesetzgebung massgeblich, namentlich das Dekret über die Aufgaben der Direktionen und der Staatskanzlei und die Direktionsbezeichnungen (ADSD), oder die Spezialgesetzgebung. Zum Beispiel regelt die Gesetzgebung über die ICT-Aufgaben der Kantonsverwaltung, dass für die ICT-Grundversorgung und die Fach- und Konzernapplikationen unterschiedliche Ämter zuständig sind. Die Behandlung von Beschwerden ist damit auch Sache der jeweiligen Direktionen.

5. Antrag

Aus den oben genannten Gründen beantragt der Regierungsrat dem Grossen Rat, die Anträge der Mehrheit der Finanzkommission zum Einfügen der neuen Artikel 2a, 2b und 3a IVöBG abzulehnen.