

Vergabe von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration in der Sozialhilfe

Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht



Kanton Bern
Canton de Berne

Integrationsangebote im Kanton Bern

Rechtsgutachten

Amt für Integration und Soziales des Kantons Bern

Bern, 1. November 2024

Ort und Datum

Bern, 1. November 2024

Auftraggeber

Amt für Integration und Soziales
des Kantons Bern (AIS)
Rathausplatz 1
Postfach
3000 Bern 8

Auftragnehmerin

Kellerhals Carrard Bern KIG
Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Autoren

Dr. iur. Christoph Jäger, Rechtsanwalt
Thomas Geiger, Rechtsanwalt

Sprachversionen

Deutsch (Original) und Französisch (Übersetzung)

Übersetzung

David Masson, Rechtsanwalt

Titelbilder

iStock (Symbolbild, links) / Kanton Bern (Logo, rechts)

INHALT

Zusammenfassung	3
I. Ausgangslage	4
II. Fragestellung.....	5
III. Rechtlicher Rahmen.....	5
A. Rechtsgrundlagen	5
B. Geltungsbereich	6
1. Subjektiver Geltungsbereich und Zuständigkeit	6
2. Objektiver Geltungsbereich	7
3. Ausnahmen und Gegenausnahmen	8
IV. Geltung für Auftragsvergaben der Arbeitsintegration	9
A. Grundsatz und Erweiterung des Geltungsbereichs	9
B. Erweiterung des Geltungsbereichs gemäss Art. 2 IVöBV	10
1. Auslegungsmethodik	10
2. Wortlaut als Ausgangspunkt	10
3. Systematische Auslegung	11
4. Historische Auslegung	12
4.1 Vortrag zur IVöBV sowie bisherige Praxis und Rechtsgrundlagen.....	12
4.2 Materialien zur IVöB und zum BöB.....	13
5. Sinn und Zweck.....	14
6. Staatsvertragskonforme Auslegung	15
7. Abgrenzung: Übertragung einer öffentlichen Aufgabe	17
8. Ergebnis.....	17
V. Ausnahmen von der Unterstellung	18
A. Aufträge an gemeinnützige Organisationen.....	18
B. Auftragsvergaben innerhalb der Staatssphäre	20
1. Instate-Beschaffungen.....	21
2. Quasi-Inhouse-Beschaffung.....	23
3. Ergebnis.....	24
VI. Beantwortung der Gutachtensfragen	25

ZUSAMMENFASSUNG

Das Rechtsgutachten kommt zum Ergebnis, dass das Amt für Integration und Soziales (AIS) die Aufträge für die Beschäftigungs- und Integrationsangebote in der Sozialhilfe (BIAS) unter Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts an die jeweiligen BIAS-Partner beziehungsweise Leistungserbringerinnen zu vergeben hat. Die Unterstellung von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration gemäss Art. 2 IVöBV durch den Regierungsrat ist umfassend und unterscheidet nicht nach den jeweiligen Einsatzbereichen Arbeitslosenversicherung, Sozialhilfe, Invalidenversicherung oder Asylsozialhilfe.

Im Gutachten wird weiter geprüft, ob eine Ausnahme gemäss Art. 10 IVöB angewendet werden könnte, um BIAS-Partner ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts mit Beschäftigungs- und Integrationsleistungen in der Sozialhilfe zu beauftragen. Da das AIS mit der Neustrukturierung des BIAS-Systems nicht primär gemeinnützige Organisationen fördern und ihnen nicht mit dieser Zielsetzung öffentliche Aufträge vergeben will, sondern eine möglichst wirtschaftliche, effiziente Leistungserbringung im Sinne der Sozialhilfegesetzgebung anstrebt, können aktuelle oder potenzielle BIAS-Partner in diesem Kontext nicht als gemeinnützige «Wohltätigkeitseinrichtungen» gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB betrachtet werden. Vielmehr sind sie Anbieterinnen in einem wettbewerblich motivierten Verfahren und dürften überdies selbst, jedenfalls teilweise, ebenfalls kommerzielle Absichten verfolgen. Allerdings ist es denkbar, dass einzelne Leistungserbringerinnen gestützt auf die Instate-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB) oder die Quasi-Inhouse-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 Bst. d IVöB) vergaberechtsfrei direkt beauftragt werden könnten, u.a., wenn es sich um öffentliche oder öffentlich beherrschte Organisationen handelt. Zentrale Voraussetzung ist diesfalls aber, dass sich ihre Tätigkeit ausschliesslich respektiv grossmehrheitlich ohne Marktberührung innerhalb der staatlichen Sphäre abspielt und sie diese oder ähnliche Leistungen nicht oder höchstens zu einem geringen Anteil (je nach Ausnahmetatbestand) auch unter Konkurrenz anbieten (zu den Voraussetzungen, vgl. unten, Rz. 65 ff.).

Falls im neuen BIAS-System nach wie vor mehrere Regionen mit je einer Leistungserbringerin bestehen und entsprechend eine Auswahl unter interessierten, aktuellen oder potenziellen BIAS-Partnern getroffen werden muss, würde sich dem AIS grundsätzlich – und auch im Anwendungsbereich der genannten Ausnahmen – stets die Frage stellen, nach welchen Überlegungen und Kriterien unter allenfalls mehreren in Frage kommenden, interessierten Leistungserbringerinnen jene ausgewählt werden, welche den BIAS-Auftrag erhalten sollen. Solche Überlegungen und ein klares Ausschreibungskonzept sind aber auch dann erforderlich, falls gewisse Aufträge nach Beschaffungsrecht ausgeschrieben und andere vergaberechtsfrei vergeben werden sollen. Das Vorgehen muss die Wettbewerbsneutralität wahren; die Beauftragung innerhalb der Staatssphäre gestützt auf eine Ausnahme und jene im Rahmen eines Submissionswettbewerbs sind klar zu trennen. Die einheitliche Vergabe aller Aufträge im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach Massgabe des öffentlichen Beschaffungsrechts würde solche Schwierigkeiten vermeiden.

I. AUSGANGSLAGE

- 1 Im Kanton Bern werden arbeitsmarktliche Massnahmen respektive Beschäftigungs- und Integrationsangebote im Bereich der Arbeitslosenversicherung (AMG¹), im Bereich der Sozialhilfe (SHG², SLG³), der Invalidenversicherung (nachfolgend: IV) sowie der Asylsozialhilfe (SAFG⁴) bereitgestellt und durchgeführt.
- 2 Im hier untersuchten Bereich der Beschäftigungs- und Integrationsangebote in der Sozialhilfe (BIAS) bestehen die aktuellen Strukturen seit 2012. Das Kantonsgebiet ist zu diesem Zweck organisatorisch in acht Regionen gegliedert. Jede Einwohnergemeinde gehört einer dieser acht Perimeter an und kann im Rahmen ihres Kontingents das BIAS-Angebot nutzen. Die Mittelverteilung erfolgt anhand der Anteile Sozialhilfedossiers und Anteile Arbeitslose (Arbeitslosenquote) je Gemeinde.
- 3 Die Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) des Kantons Bern und das zuständige Amt für Integration und Soziales (AIS) arbeiten in jeder BIAS-Region mit einer Leistungserbringerin zusammen, welche – gegebenenfalls mit Untervertragspartnern – die Beschäftigungs- und Integrationsangebote entwickelt, bereitstellt und durchführt. Die BIAS-Leistungserbringerinnen sind strategische Partner des Kantons, welche die Abklärung, Vermittlung und den Arbeitseinsatz der betroffenen Personen in der Sozialhilfe verantworten und entsprechend die kantonalen Finanzmittel erhalten. Sie arbeiten eng mit den kommunalen und regionalen Sozialdiensten zusammen. Bei den acht BIAS-Partnern handelt es sich um öffentliche Institutionen oder um privatrechtlich konstituierte Angebotsträger, die aber häufig ebenfalls von der öffentlichen Hand beherrscht sind.
- 4 Das aktuelle BIAS-System weist Reformbedarf auf. Es bestehen z.T. Rollenkonflikte hinsichtlich der Abklärungs- und Zuweisungsfunktion und der Durchführung der BIAS-Angebote. Das auslastungsorientierte Abgeltungsmodell setzt zudem u.U. ungewollte Fehlanreize. Der Kanton hat deshalb u.a. mit dem Grossprojekt «Optimierung Arbeitsintegration Kanton Bern (AI-BE)» Lösungen aufgezeigt, wie die erkannten Mängel behoben werden könnten. Allerdings stiess das zugehörige Detailkonzept in der Konsultation aus unterschiedlichen Gründen auf Ablehnung. Der Kanton prüft zurzeit weitere Anpassungen, so z.B. durch Trennung von Triage/Abklärung und Angebotsdurchführung, gewisse Standardisierungen sowie mit finanziellen Anreizen in definierten Erfolgsfällen. Dabei soll auch die regionale Gliederung überprüft und nötigenfalls angepasst werden. Bei den Leistungserbringerinnen soll der Kreis u.U. geöffnet und die strategischen Partner in einem Wettbewerbsverfahren ausgewählt werden, wie dies im Asyl- und Flüchtlingsbereich für die regionalen Partner bereits der Fall war.

¹ Arbeitsmarktgesetz vom 23. Juni 2003 (BSG 836.11).

² Gesetz vom 11. Juni 2006 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG; BSG 860.1).

³ Gesetz vom 9. März 2021 über die sozialen Leistungsangebote (SLG; BSG 860.2).

⁴ Gesetz vom 3. Dezember 2019 über die Sozialhilfe im Asyl- und Flüchtlingsbereich (SAFG; BSG 861.1).

II. FRAGESTELLUNG

- 5 Gestützt auf die geschilderte Ausgangslage stellen sich u.a. Fragen in Bezug auf das öffentliche Beschaffungsrecht. Im Hinblick auf die Beauftragung der künftigen BIAS-Partner und ggf. der erwähnten Triagestelle müssen die beschaffungsrechtlichen Rahmenbedingungen geklärt werden, namentlich zur Frage, ob diese Aufträge öffentlich ausgeschrieben und gestützt auf einen Zuschlag nach einem Vergabeverfahren erteilt werden müssen.
- 6 Das Amt für Integration und Soziales (AIS) hat deshalb Kellerhals Carrard mit der gutachterlichen Beantwortung der folgenden Fragen mandatiert:
1. *Müssen Aufträge der Arbeitsintegration nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben und vergeben werden?*
 2. *Anschlussfrage: Gilt das Beschaffungsrecht für alle Aufträge der Arbeitsintegration oder sind Beschäftigungs- und Integrationsangebote im Bereich der Sozialhilfe allenfalls davon ausgenommen?*
 3. *Anschlussfrage: Bestehen allenfalls Ausnahmen von der Geltung des Beschaffungsrechts bei der Auftragsvergabe an BIAS-Partner?*

III. RECHTLICHER RAHMEN

A. Rechtsgrundlagen

- 7 Seit dem 1. Februar 2022 gilt im Kanton Bern das neue Beschaffungsrecht, umfassend die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)⁵ sowie das kantonale Beitrittsgesetz IVöBG⁶ und die dazugehörige Ausführungsverordnung des Regierungsrats IVöBV⁷. Gestützt auf diese Erlasse sind somit die Gutachtensfragen zu beurteilen. Bereits zuvor, aber im Hinblick auch auf diese Revision des Beschaffungsrechts, hat der Kanton Bern seine Beschaffungsorganisation neu strukturiert und in der OÖBV⁸ geregelt. Diese Verordnung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung.
- 8 Im Rahmen des Beitrittsverfahrens zur IVöB hat der Kanton Bern Vorbehalte in Bezug auf den Rechtsmittelweg angebracht und konnte diesem Konkordat in der Folge nicht beitreten. Nach mehrheitlicher Auffassung ist er somit formell nicht

⁵ Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1).

⁶ Gesetz über den Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Juni 2021 (BSG 731.2).

⁷ Verordnung zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Juni 2021 (BSG 731.21).

⁸ Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens vom 5. November 2014 (OÖBV; BSG 731.22).

Mitglied der IVöB.⁹ Auch das Bundesgericht scheint in einem jüngsten Entscheid von diesem Umstand auszugehen, ohne sich aber vertieft mit dieser Frage auseinanderzusetzen.¹⁰ Der Gesichtspunkt der unmittelbaren oder bloss mittelbaren Anwendbarkeit der IVöB ist für die Beantwortung der Gutachtensfragen nicht bedeutsam, sodass diese Frage hier nicht weiter vertieft zu werden braucht. Die IVöB und deren hier relevanten Vorschriften zum Geltungsbereich gelten unabhängig davon, zufolge der mehrheitlichen Auffassung allerdings nur mittelbar bzw. sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht (vgl. Art. 4 Abs. 1 IVöBG).

- 9 Auf Bundesebene sind das ebenfalls totalrevidierte Bundesgesetz (BöB¹¹) mit Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe (VöB¹², Org-VöB¹³) in Kraft. Diese Erlasse sind auf Auftragsvergaben von kantonalen Auftraggebern nicht anwendbar, sind aber im vorliegenden Gutachten im Rahmen der Auslegung als Auslegungselement zu berücksichtigen, zumal die einschlägigen Bestimmungen aufgrund des mit der Totalrevision des Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone verfolgten Harmonisierungsziels gleich lauten.

B. Geltungsbereich

- 10 Die Vorschriften des Beschaffungsrechts sind auf eine Auftragsvergabe anwendbar, wenn (kumulativ) die Auftraggeberin subjektiv unterstellt ist (Art. 4 IVöB), ein öffentlicher Auftrag vorliegt, der unterstellt ist (Art. 8 IVöB), sowie wenn keine Ausnahme vom Geltungsbereich vorliegt (Art. 10 IVöB).

1. Subjektiver Geltungsbereich und Zuständigkeit

- 11 Dem öffentlichen Beschaffungsrecht werden insbesondere «die staatlichen Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf Kantons-, Bezirks-, und Gemeindeebene im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten» (Art. 4 Abs. 1 IVöB) als «öffentliche Auftraggeber» subjektiv unterstellt. Zu den unterstellten Auftraggebern gehört offensichtlich auch das AIS.
- 12 Welches Gemeinwesen für welche Beschaffungen zuständig ist, beantwortet hingegen nicht das Beschaffungsrecht. Das öffentliche Beschaffungswesen gehört zur sog. Bedarfsverwaltung, welche der Verwaltung alle Sachmittel, Infrastrukturen und Dienstleistungen bereitstellt, welche sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in der

⁹ Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern respektive zweier (gerichtsnahe) Autoren ist der Kanton Bern allerdings gültig beigetreten, sodass nach ihnen die IVöB 2019 unmittelbar anwendbar ist.

¹⁰ Urteil BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024 (zur Publikation vorgesehen).

¹¹ Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

¹² Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

¹³ Verordnung vom 1. Mai 2024 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB; SR 172.056.15).

Eingriffs- und Leistungsverwaltung benötigt.¹⁴ Die Zuständigkeit für öffentliche Beschaffungen folgt der allgemeinen Aufgaben- und Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen (Art. 3 BV¹⁵), wodurch Bund und Kantone je selbst für sich für die Deckung ihres Bedarfs an Bauten, Gütern und Dienstleistungen aufkommen. Das Gleiche gilt im Verhältnis des Kantons zu den Gemeinden. Die Beschaffungskompetenz – die Zuständigkeit und Verantwortung, aber auch Berechtigung, die nötigen Güter, Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen – folgt jeweils der Sachkompetenz, d.h. der Zuständigkeitsordnung im jeweiligen Sachbereich.¹⁶

- 13 Die Kompetenzverteilung zwischen dem Kanton Bern und den Gemeinden ist in der Kantonsverfassung generell und im Spezialgesetz im Einzelnen geregelt. Kanton und Gemeinden sorgen, ggf. zusammen mit öffentlichen und privaten Organisationen, für hilfsbedürftige Menschen; es handelt sich somit um eine sog. Verbundsaufgabe (Art. 38 Abs. 1 KV¹⁷). Der Kanton legt die Grundsätze und Ziele der Sozialhilfe fest und sorgt für die Bereitstellung, Finanzierung, Koordination und Überprüfung der erforderlichen Leistungsangebote, namentlich im vorliegend betroffenen Bereich der beruflichen und sozialen Integration (Art. 12 i.V.m. Art. 2 Bst. c SHG; Art. 5 SLG).
- 14 Die Sachbereichskompetenz liegt bei der GSI (Art. 14 SHG; Art. 5 SLG). Die GSI stellt dabei namentlich die erforderlichen Angebote zur beruflichen Integration bereit, sieht eine angemessene regionale Angebotsverteilung vor und koordiniert ihre Angebote mit jenen der Arbeitsmarktbehörden und der Bildungsbehörden sowie im Rahmen der interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ; vgl. Art. 5 Abs. 1 SLG). Die direktionsinterne Zuständigkeit liegt beim AIS (Art. 10 Abs. 1 OrV GSI¹⁸).
- 15 Aus dem Gesagten folgt, dass die Sachzuständigkeit und Verantwortung für die Bereitstellung der Angebote für die Beschäftigungs- und Integrationsangebote im Bereich der Sozialhilfe bei der GSI respektive beim AIS liegt, sodass diese Stellen auch für die Beschaffung der benötigten Leistungen und Güter am Markt zuständig sind, soweit diese nicht staatsintern zur Verfügung stehen oder selbst erbracht werden. Der sog. «Make-or-buy»¹⁹-Entscheid liegt beim AIS (s. sogleich Rz. 16).

2. Objektiver Geltungsbereich

- 16 Bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben steht es dem Gemeinwesen grundsätzlich frei, ob es die Leistungen selbst herstellt oder auf dem freien Markt von Dritten

¹⁴ PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Bern 2022, § 4, Rz. 71 ff.; CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2021, S. 871 ff. (im Folgenden: JÄGER, Beschaffungsrecht), Rz. 4 ff.

¹⁵ Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁶ Vgl. JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 9 m.w.H.

¹⁷ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

¹⁸ Verordnung vom 30. Juni 2021 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121).

¹⁹ Vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012 (nachfolgend zitiert: BEYELER, Geltungsanspruch) Rz. 708 ff., 1154 ff.; JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 4.

einkauft (sog. «Make or buy»-Entscheid). Wenn die Leistungen, vereinfacht gesagt, «am Markt» beschafft werden, greift das öffentliche Beschaffungsrecht.²⁰ Umgekehrt sind Beschaffungen innerhalb des staatlichen Bereichs, z.B. zwischen verschiedenen Organisationseinheiten des gleichen Gemeinwesens oder zwischen unterschiedlichen Gemeinwesen unter der Voraussetzung der Wettbewerbsneutralität respektive unter der Grundvoraussetzung, dass keine Berührung zum Markt und zu kommerziell motivierten Anbieterinnen besteht, vergaberechtsfrei (vgl. dazu unten Rz. 65 ff.).

- 17 Die Vergabe eines Auftrags erfolgt nach den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts, wenn sie der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (Art. 8 Abs. 1 IVöB). Dabei bezieht der (subjektiv unterstellte) Auftraggeber bei einer Anbieterin auf dem Markt gegen Entgelt Leistungen, um diese Aufgabe erfüllen zu können.²¹
- 18 Der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinn von Art. 8 Abs. 1 IVöB gleichgestellt ist auch die Übertragung öffentlicher Aufgaben, also wenn der Auftraggeber einer Person bzw. Leistungserbringerin eine öffentliche Aufgabe zur Erfüllung überträgt, damit sie die Leistungen an Stelle des Gemeinwesens gegenüber der Allgemeinheit oder bestimmten Destinatären erbringt (Art. 9 IVöB).²² Falls eine Privatperson mit der (direkten) Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut wird, spricht man auch von «Beleihung».²³ Auf die von Art. 9 IVöB ebenfalls erfasste Verleihung von Konzessionen ist im vorliegenden Kontext hingegen mangels Relevanz nicht einzugehen.

3. Ausnahmen und Gegenausnahmen

- 19 In Art. 10 IVöB werden gewisse, an sich unterstellte Aufträge vom objektiven Geltungsbereich ausnahmsweise ausgeklammert. In einer solchen Konstellation findet die IVöB auch dann keine Anwendung, wenn der Auftraggeber dem Vergaberecht subjektiv unterstellt ist. Diese Aufträge dürfen in der Folge direkt und ausserhalb des Beschaffungsrechts vergeben werden. Immerhin sind die verfassungsmässigen Grundsätze an ein rechtsstaatliches und faires Verfahren direkt kraft der Verfassung dennoch zu beachten.
- 20 Die Kantone haben im Rahmen der IVöB einen gewissen, aber geringen Spielraum, den Geltungsbereich des Beschaffungsrecht auszudehnen oder einzuschränken, namentlich im Bereich von Art. 10 IVöB (vgl. Art. 63 Abs. 4 IVöB).

²⁰ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 708 ff., 1154 ff.; JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 4.

²¹ Statt vieler ÉTIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2. Auflage, Bern 2023 (nachfolgend zitiert: POLTIER, Droit des marchés publics), Rz. 233 ff.; JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 66 ff.

²² Vgl. Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 (Version 1.0) zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 (nachfolgend zitiert: Musterbotschaft IVöB), S. 35 ff.; JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 72 ff.

²³ Vgl. z.B. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 11 Rz. 245 ff.; BERNHARD RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 2016, S. 71 ff.

IV. GELTUNG FÜR AUFTRAGSVERGABEN DER ARBEITSINTEGRATION

A. Grundsatz und Erweiterung des Geltungsbereichs

- 21 Die Aufträge des AIS betreffend die Arbeitsintegration in der Sozialhilfe erfüllen alle Voraussetzungen eines dem Beschaffungsrecht unterstellten öffentlichen Auftrags gemäss Art. 8 Abs. 1 IVöB. Nach dieser Bestimmung ist ein öffentlicher Auftrag ein Vertrag, der zwischen Auftraggeber und Anbieterin abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch die Anbieterin erbracht wird. Die BIAS-Partner erbringen im Bereich der Sozialhilfe im Auftrag des zuständigen AIS Dienstleistungen gegenüber den Destinatären und erfüllen damit Vollzugsaufgaben gemäss SLG (vgl. zur Frage der Übertragung öffentlicher Aufgaben und Art. 9 IVöB auch Rz. 52 ff.).
- 22 Trotz der grundsätzlichen Unterstellung einer Auftragsvergabe ist das öffentliche Beschaffungsrecht ausnahmsweise dann nicht anwendbar, wenn im Einzelfall eine der Ausnahmen vom Geltungsbereich gemäss Art. 10 IVöB vorliegt. Im vorliegenden Kontext steht dabei die Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB im Vordergrund, welche den Bereich der Arbeitsintegration ausdrücklich anspricht:
- «Diese Vereinbarung findet keine Anwendung auf: [...] e) Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten [...]»
- 23 Allerdings hat der Kanton Bern im Rahmen der Beitrittsgesetzgebung zur IVöB diesbezüglich folgende Gegenausnahme erlassen (vgl. Art. 63 Abs. 4 IVöB i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöBG i.V.m. Art. 2 IVöBV):
- «Die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) findet auch Anwendung auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration.»
- 24 Unter Verweis auf den Vortrag zur IVöBV²⁴ wurde von der GSI bislang die Auffassung vertreten, Beschäftigungs- und Integrationsangebote im Bereich der Sozialhilfe und institutionelle Leistungsangebote gemäss SHG/SLG würden von Art. 2 IVöBV nicht erfasst und seien kraft Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB vom Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgenommen. Die in Art. 2 IVöBV geregelte Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB sei – unter Berücksichtigung der Praxis und Auffassung unter dem bisherigen bzw. früheren Beschaffungsrecht – lediglich auf arbeitsmarktrechtliche Massnahmen (nachfolgend: AMM) gemäss Arbeitslosenversicherungsgesetz (Art. 59 ff. AVIG²⁵) zu beziehen, allenfalls noch

²⁴ Vortrag vom 17. November 2021 zur Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: Vortrag IVöBV).

²⁵ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0).

auf Auftragsvergaben im Bereich der Asylsozialhilfe oder im Zusammenhang mit der beruflichen Wiedereingliederung von Menschen mit Anspruch auf Leistungen der IV (gemäss IVG²⁶).

B. Erweiterung des Geltungsbereichs gemäss Art. 2 IVöBV

25 Nachfolgend ist zu prüfen, ob und inwieweit es zutrifft, Art. 2 IVöBV im Sinne der vorstehend dargelegten Auffassung (Rz. 24) restriktiv auszulegen und auf Auftragsvergaben der Arbeitsintegration im Bereich der ALV, der Asylsozialhilfe oder der IV zu beschränken.

1. Auslegungsmethodik

26 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement). Vom klaren Wortlaut einer Bestimmung darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt.²⁷ Ist der Normtext nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Zu berücksichtigen sind namentlich der Wille des Gesetzgebers, wie er sich etwa aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung), die Bedeutung der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematische Auslegung) und die Wertungen bzw. der Sinn und Zweck, die dem Text zugrundeliegen (teleologische Auslegung).²⁸

27 Gleich wie das Bundesgericht lässt sich auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten, der keinem Auslegungselement einen grundsätzlichen Vorrang einräumt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination zu der Lösung führt, die im normativen Gefüge und mit Blick auf die Wertentscheidungen des Gesetzgebers am meisten überzeugt.²⁹

2. Wortlaut als Ausgangspunkt

28 Gemäss Wortlaut von Art. 2 IVöBV findet die IVöB «auch Anwendung auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration». Die Formulierung «auch» rührt daher, dass die IVöB solche Aufträge gerade vom Geltungsbereich ausnimmt (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB). In der Marginalie von Art. 2 IVöBV ist entsprechend von einer «Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB» die Rede.

²⁶ Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

²⁷ Vgl. z.B. BGE 148 V 265 E. 5.2, BGE 145 II 270, E. 4.1; BGE 143 I 272 E. 2.2.3; BVR 2018 S. 341 E. 3.5.2; auch zum Folgenden.

²⁸ Vgl. statt vieler: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 25 Rz. 571 ff. und 574 ff.

²⁹ Vgl. BVR 2023 S. 109 E. 4.1 m.w.H.

- 29 Was vom Beschaffungsgegenstand her von der Regelung «Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration» erfasst wird, präzisiert Art. 2 IVöBV nicht. Immerhin ist festzuhalten, dass keine einschränkende Formulierung gewählt wurde, was z.B. dann der Fall wäre, wenn es sich um eine bloss «Kann-Vorschrift» handeln oder die IVöB vom Konzept her auf die fraglichen Aufträge nur «teilweise» Anwendung finden würde.
- 30 Der Wortlaut ist damit an sich «klar» in dem Sinne, dass er selbst keine Einschränkungen auf bestimmte Bereiche oder Aufträge der Arbeitsintegration enthält. Zur Auslegung gibt nur Anlass, dass die GSI geltend macht, historisch gesehen seien bislang im Kanton Bern lediglich AMM-Aufträge in einem beschaffungsrechtlichen Vergabeverfahren vergeben worden. Dies unterstellt, würde es in diesem Sinn an einem klaren und unmissverständlichen Wortlaut fehlen und es ist daher unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente zu ermitteln, ob bzw. inwieweit die vom Regierungsrat in Art. 2 IVöBV vorgesehene beschaffungsrechtliche Unterstellung von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration auch im Bereich der Sozialhilfe greift.

3. Systematische Auslegung

- 31 In der IVöBV finden sich – abgesehen von Art. 2 IVöBV selbst – keine Hinweise auf die (Nicht-)Unterstellung gewisser Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration.
- 32 Die Grundlagen zur Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB finden sich sodann sowohl in Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöBG (kantonsinterne Delegationsnorm) bzw. im bereits erwähnten Art. 63 Abs. 4 IVöB, welcher es den Kantonen freistellt, namentlich zu Art. 10 IVöB eigene Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Zu beachten sind bei solchen Unterstellungsfragen, wie Art. 63 Abs. 4 IVöB ausdrücklich erwähnt, insbesondere auch die «internationalen Verpflichtungen der Schweiz». Vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts bestehen nämlich bereits nach Massgabe der Staatsverträge im öffentlichen Beschaffungswesen bestimmte allgemeine oder einzelfallspezifische Ausnahmen, welche kraft des nationalen Beschaffungsrechts aber auch für Auftragsvergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gelten können.
- 33 Vom Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens (Government Procurement Agreement, GPA)³⁰ ausgenommen sind namentlich von Behinderten, Wohltätigkeits-einrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren (Art. III Ziff. 2 Bst. d GPA):

«Unter dem Vorbehalt, dass die folgenden Massnahmen nicht so angewendet werden, dass sie zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Vertragsparteien, in denen die gleichen Bedingungen herrschen, oder zu einer versteckten Beschränkung des internationalen Handels führen, darf keine Be-

³⁰ Revidiertes Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422).

stimmung des Übereinkommens so ausgelegt werden, dass sie eine Vertragspartei daran hindert, Massnahmen zu beschliessen oder durchzusetzen: [...]

d) in Bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellten Waren.»

- 34 Im Vergleich zum nationalen Beschaffungsrecht der Schweiz – dem BöB und der IVöB – fällt dabei auf, dass der Bereich der Arbeitsintegration im Staatsvertrag bei den Ausnahmen nicht aufgeführt ist. BöB und IVöB erweitern somit die entsprechende staatsvertragliche Ausnahmebestimmung von Art. III Ziff. 2 Bst. d GPA, indem sie in Art. 10 Abs. 1 Bst. e BöB/IVöB diese Aufträge zusätzlich aufführen.

4. Historische Auslegung

- 35 Die dargelegte Auffassung (Rz. 24) stützt sich im Wesentlichen oder ausschliesslich auf die frühere Rechtslage bzw. bisherige Anwendung des Beschaffungsrechts. Die Materialien, in welchen – soweit sie publiziert sind – die Neuregelung in Art. 2 IVöBV begründet wird, sind deshalb im Sinne des entstehungsgeschichtlichen Auslegungselements zu prüfen.

4.1 Vortrag zur IVöBV sowie bisherige Praxis und Rechtsgrundlagen

- 36 Aus den Materialien zur IVöBV geht nicht ausdrücklich hervor, dass die Erweiterung des Geltungsbereichs lediglich arbeitsmarktliche Massnahmen (AMM) der Arbeitslosenversicherung (ALV) umfasst, nicht aber Massnahmen im Sozialhilfebereich. Zur Begründung für die Unterstellung der Arbeitsintegration verweist der Regierungsrat vielmehr in allgemeiner Weise auf die bisherigen «gute[n] Erfahrungen mit der öffentlichen Ausschreibung [von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration]». ³¹ Er referenziert damit zwar auf die bisherige Praxis, macht aber keine Einschränkung nach Bereichen der Arbeitsintegration.
- 37 Die GSI ging bisher davon aus, dass lediglich Aufträge im Bereich RAV/ALV öffentlich ausgeschrieben und vergeben werden müssen, während es bei Massnahmen der Arbeitsintegration im Sozialhilfebereich möglich sei, diese ohne Ausschreibung zu vergeben. Treffen diese Angaben zu, könnte argumentiert werden, dass der Verordnungsgeber mit seinem Verweis auf die bisherigen Praxiserfahrungen effektiv nur die Massnahmen zur Arbeitsintegration im ALV-Bereich gemeint und den Geltungsbereich der IVöB (nur) auf diesen Bereich erweitert hat.
- 38 Unter dem bisherigen Beschaffungsrecht des Kantons Bern (ÖBG³²/ÖBV³³) war die Vergabe von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration allerdings nicht

³¹ Vortrag IVöBV, S. 6.

³² Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BAG 02-092).

³³ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BAG 02-072).

ausdrücklich und damit nicht generell-abstrakt geregelt, so dass die Frage der Unterstellung grundsätzlich einzelfallweise zu prüfen war.

- 39 Der Erlass der IVöBV erfolgte im Jahr 2021 und liegt damit nicht lange zurück. Der Regierungsrat hat in seinen Erläuterungen zur Art. 2 IVöB keine klaren Differenzierungen gemacht und auch das bisherige Beschaffungsrecht des Kantons Bern enthielt keine solchen. Es kann aber sein, dass Ausschreibungen effektiv nur im Bereich der AMM erfolgten, wobei es diesfalls überraschen würde, dass der regierungsrätliche Vortrag diese Einschränkung nicht explizit erwähnt. Es ist vielmehr wahrscheinlicher, dass er gestützt auf die «guten Erfahrungen» die Unterstellung für alle Aufträge der Arbeitsintegration festschreiben und diesbezüglich die bisherige Praxis «generalisieren» wollte. Ansonsten wäre eine klare Einschränkung zumindest in den Erläuterungen zu Art. 2 IVöBV zu erwarten gewesen. Bei der Anwendung von Normen jüngeren Datums kommt zudem dem historischen Auslegungselement erhöhte Bedeutung zu³⁴, sodass nicht ohne Not, d.h. nicht ohne objektiv wichtige Gründe einschränkend ausgelegt werden darf.

4.2 Materialien zur IVöB und zum BöB

- 40 Die Musterbotschaft IVöB³⁵ versteht den Begriff «Organisationen der Arbeitsintegration» insbesondere im Zusammenhang mit arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) der Bundessozialversicherungen.³⁶ Im Bundesrecht wurde die gleichlautende Ausnahme (Art. 10 Abs. 1 Bst. e BöB) erst im Rahmen der parlamentarischen Debatte von den eidg. Räten direkt ergänzt, während sie im Gesetzesentwurf des Bundesrats noch nicht enthalten war.³⁷ Da der bundesrätliche Gesetzesentwurf³⁸ diesbezüglich keine Geltungsbereichsausnahme vorsieht und sich somit auch die Botschaft³⁹ zu diesem Thema nicht äussert, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber ursprünglich davon ausging, Auftragsvergaben an Organisationen der Arbeitsintegrationen seien dem Beschaffungsrecht objektiv unterstellt, ansonsten keine Ausnahme nötig gewesen wäre.
- 41 Die Erweiterung des Ausnahmekatalogs sollte, so der Nationalrat als Erstrat, zu einer «Befreiung von der Unterstellung» führen.⁴⁰ In der Differenzvereinbarung zum BöB hat sich diese Auffassung dann durchgesetzt. Der Ständerat wollte Auftragsvergaben an solche Organisationen in Beachtung der vorherrschenden kantonalen

³⁴ Vgl. etwa BGE 138 II 440, E. 13.

³⁵ Musterbotschaft IVöB, S. 21, S. 23, S. 37 f.

³⁶ Musterbotschaft IVöB, S. 37 f.

³⁷ Im bundesrätlichen Gesetzesentwurf und der zugehörigen Botschaft finden sich entsprechend keine Hinweise auf eine Geltungsbereichsausnahme bezüglich der Arbeitsintegration.

³⁸ Entwurf Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (E-BöB), in: BBl 2017 2005 ff., S. 2010. «Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf: [...] e. Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten [...]» (Art. 10 Abs. 1 Bst. e E-BöB).

³⁹ Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in: BBl 2017 S. 1851 ff. (nachfolgend zitiert: Botschaft BöB), S. 1904, welcher auf die bisherige Fassung in Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB; AS 2020 641) verweist: «Dieses Gesetz ist nicht anwendbar für: a. Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten [...]».

⁴⁰ Musterbotschaft IVöB, S. 38.

Lösungen keine Ausnahme zugestehen, namentlich mit der Begründung, dass es sich dabei nicht nur um wohltätige Institutionen, sondern auch um gewinnstrebende Dienstleister, die am Markt auftreten, handle (vgl. zur Geltungsbereichsausnahme der Gemeinnützigkeit unten, Rz. 59 ff.).⁴¹

42 Die parlamentarische Ergänzung der Ausnahmebestimmung im BöB blieb nicht ohne Folgen für die Totalrevisionen der (inter-)kantonalen Erlasse, da es sich bei der Arbeitsintegration um einen politisch kontroversen Bereich handelte und die Kantone diesbezüglich keine einheitliche Regelung oder Praxis kannten bzw. kennen. So sahen mehrere Kantone der Deutschschweiz, jedenfalls im Bereich AMM, eine Ausschreibungspflicht vor (darunter der Kanton Bern, vgl. oben Rz. 37), während die Kantone der Romandie solche Massnahmen bisher grundsätzlich nicht ausschreiben.⁴²

43 Vor diesem Hintergrund konnten die Kantone zu diesem Thema keine einheitliche Lösung beim Erlass der IVöB finden. Sie haben deshalb beschlossen – analog zum BöB – eine Ausnahme für Auftragsvergaben an Organisationen der Arbeitsintegration in die IVöB aufzunehmen, den Kantonen jedoch gestützt auf Art. 63 Abs. 4 IVöB die «freie Wahl» zu lassen, im Rahmen kantonaler Ausführungsbestimmungen eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht vorzusehen.⁴³

5. Sinn und Zweck

44 Für eine uneingeschränkte Unterstellung der Auftragsvergaben im Bereich der Arbeitsintegration sprechen auch die dem Geltungsanspruch des Vergaberechts zugrundeliegenden Wertungen. Sinn und Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts sind nämlich, u.a. einen wirksamen Wettbewerb um die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu schaffen und auf diese Weise für einen effizienten Einsatz der öffentlichen Finanzmittel zu sorgen (vgl. Zweckartikel, Art. 2 IVöB). Das Vergaberecht will Geschäfte erfassen und deren Anbahnung regulieren, die der öffentliche Auftraggeber unter Teilnehmern des freien Marktes im wirtschaftlichen Sinne wettbewerbsneutral vergibt, sodass die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet ist. Es enthält vor diesem Hintergrund Vorschriften, wie der Staat seine Einkäufe am Markt zu tätigen und seine Leistungserbringerinnen auszuwählen hat.⁴⁴

45 Die Geltungsbereichsausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e BöB/IVöB wird damit begründet, dass die dort erwähnten Organisationen und Institutionen nicht gewinnorientiert handeln, sondern rein ideelle Zwecke – wie die Förderung sozial schwacher Gruppen oder die Wiedereingliederung von Straftätern in die Gesellschaft –

⁴¹ Vgl. zum Ganzen Musterbotschaft IVöB, S. 37 f.

⁴² Musterbotschaft IVöB, S. 38; FELIX TUCHSCHMID, in: Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020 (nachfolgend zitiert: TUCHSCHMID, Handkommentar), N 19 zu Art. 10 BöB/IVöB; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 10 zu Art. 10 BöB.

⁴³ Musterbotschaft IVöB, S. 38.

⁴⁴ Vgl. JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 4 ff.

verfolgen und daher kein Submissionswettbewerb stattfinden soll.⁴⁵ Der Staat will mit diesen Auftragsvergaben nicht nur Güter und Leistungen beschaffen, sondern gleichzeitig auch – und vor allem – die betreffenden Institutionen in ihrer gemeinnützigen Tätigkeit unterstützen und fördern, z.B. mit den an sie vergebenen öffentlichen Aufträgen Arbeitsplätze in den Institutionen sicherstellen.⁴⁶ Es tritt damit primär ein agogischer Zweck der Auftragsvergabe in den Vordergrund, welcher den bloss kommerziellen Aspekt zurückstufte; die Motivlage des öffentlichen Auftraggebers ist damit eine andere als in einer «gewöhnlichen» öffentlichen Beschaffung.

46 Organisationen der Arbeitsintegration sind hingegen beschaffungsrechtlich nicht generell vom Begriff der in Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB ebenfalls erwähnten Wohltätigkeitseinrichtung erfasst. Die Ausnahme und die in Art. 2 IVöBV geregelte Gegen Ausnahme würden wenig Sinn ergeben, wenn ohnehin exakt dieselben Voraussetzungen, die für gemeinnützige Organisationen gelten, zur Anwendung kämen; die separate Nennung der «Organisationen der Arbeitsintegration» wäre in diesem Fall überflüssig gewesen.⁴⁷ Tritt die Organisation der Arbeitsintegration als Wirtschaftssubjekt in Konkurrenz zu anderen Anbieterinnen auf, dürfte eine vergaberechtsfreie Erteilung eines Auftrags an sie vielmehr im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Zielsetzungen und Grundsätzen stehen.⁴⁸

47 Aus dem Gesagten folgt damit, dass auch die Auslegung unter dem Gesichtspunkt von Sinn und Zweck, die in Art. 2 IVöBV erfolgte «Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB» auf *sämtliche* Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration zu beziehen. Die Gemeinnützigkeit, welche eine vergaberechtsfreie Auftragsvergabe begründen kann, lässt sich nicht *tel quel* aus der Tätigkeit der betreffenden Anbieterin ableiten, sondern ist separat zu prüfen (wobei die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Beauftragung vorliegend nicht erfüllt sind; vgl. dazu eingehend unten, Rz. 59 ff.).

6. Staatsvertragskonforme Auslegung

48 Eine weitere Richtlinie bei der Auslegung von Normen des Verwaltungsrechts bildet das Staatsvertragsrecht: «Insbesondere sind verwaltungsrechtliche Bestimmungen stets so auszulegen, dass sei mit der Verfassung und gegebenenfalls völkerrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehen [...]».⁴⁹

49 Die Erweiterung der Geltungsbereichsausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration wird in der Rechtslehre als völ-

⁴⁵ Vgl. TUCHSCHMID, Handkommentar, N 16 zu Art. 10 BöB/IVöB; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 12 zu Art. 3 BöB; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 708 ff.; JÄGER, Beschaffungsrecht, Rz. 84.

⁴⁶ Vgl. TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 7 f. zu Art. 10 BöB; TUCHSCHMID, Handkommentar, N 16 zu Art. 10 BöB/IVöB.

⁴⁷ Vgl. TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 12 zu Art. 10 BöB zu der im Kontext der gleichlautenden Ausnahme im BöB.

⁴⁸ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 709.

⁴⁹ PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018, S. 122.

kerrechtswidrig beurteilt, weil sie zu einer unerlaubten Ausdehnung der allgemeinen Ausnahme im GPA und damit zu einer Änderung des Geltungsbereichs dieses Staatsvertrags führt.⁵⁰ Die Schweiz sei verpflichtet, eine solche Änderung dem Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen der WTO zu notifizieren (Art. XIX Ziff. 1 GPA).⁵¹ Gegen eine solche – bis heute nicht erfolgte – Notifizierung könnten alle WTO-Mitgliedstaaten Einwände erheben, worauf ein Konsultationsverfahren und allenfalls ein Schiedsverfahren zur Streitbeilegung durchzuführen wäre (Art. XIX und XX GPA).⁵²

- 50 Eine staatsvertragskonforme Auslegung von Art. 2 IVöBV gebietet daher, sämtliche Aufträge an Organisation der Arbeitsintegration – einschliesslich jene an Leistungserbringerinnen im Bereich der Sozialhilfe – grundsätzlich dem Beschaffungsrecht zu unterstellen. Jedenfalls ist bei der ausdehnenden Auslegung – über den Wortlaut des Staatsvertrags hinaus – gerade bei Vorschriften, die Aufträge von der Geltung der beschaffungsrechtlichen Vorschriften ausnehmen, grosse Zurückhaltung angezeigt. Ein solcher Normsinn darf nicht leichthin angenommen werden, gerade auch mit Blick auf den Zweckartikel des Beschaffungsrechts (Art. 2 IVöB, vgl. dazu oben, Rz. 44).
- 51 Dienstleistungsaufträge (Art. 8 Abs. 2 IVöB) fallen allerdings nur dann in den Geltungsbereich des Staatsvertragsbereichs, wenn die Dienstleistungen ganz oder in Teilen auf der entsprechenden Positivliste von Annex 5 zum GPA aufgeführt sind. Die Leistungen, die im BIAS-Bereich zu erbringen sind, dürften bei gesamtheitlicher Betrachtung wahrscheinlich mehrheitlich der Kategorie «Dienstleistungen des Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen» zuzuordnen sein, (CPC-Klassierungen 93311 bis 93329 respektive CPV-Klassierung 85300000-2). Diese Dienstleistungskategorien sind in der Positivliste von Annex 5 zum GPA nicht aufgeführt und fallen demzufolge nicht in den Staatsvertragsbereich. Allerdings könnten Teilleistungen der BIAS-Aufträge durchaus von Annex 5 zum GPA erfasst sein. Die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Vorschriften des Staatsvertrags ändert allerdings nichts an der Unterstellung dieser Aufträge unter das Beschaffungsrecht und an der Ausschreibungspflicht (bei Erreichen der entsprechenden Schwellenwerte), sodass diese Frage für den Zweck dieses Gutachtens offenbleiben kann. Dennoch kann Art. III Ziff. 2 Bst. d GPA als leitend für die Auslegung von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB und Art. 2 IVöBV angesehen werden; denn es darf nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Gesetzgeber im Binnenbereich eine im Vergleich zum Staatsvertragsbereich abweichende Ordnung schaffen wollte.⁵³

⁵⁰ TUCHSCHMID, Handkommentar, N 19 zu Art. 10 BöB/IVöB.

⁵¹ HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Auflage, Zürich 2021 (nachfolgend zitiert: TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar), N 11 zu Art. 10 BöB.

⁵² TUCHSCHMID, Handkommentar, N 14 zu Art. 10 BöB/IVöB; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 11 zu Art. 10 BöB.

⁵³ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 12 f.

7. Abgrenzung: Übertragung einer öffentlichen Aufgabe

52 Gemäss Art. 9 IVöB gilt – unter Vorbehalt abweichender spezialgesetzlicher Regelungen – die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag, wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.

53 Die Beauftragung von öffentlichen oder privaten Leistungserbringerinnen im Bereich der Arbeitsintegration in der Sozialhilfe durch das zuständige AIS dürfte – jedoch ohne nähere Prüfung – eine solche Aufgabenübertragung darstellen. Während die Anbieterin im Rahmen einer Auftragsvergabe und der anschliessenden Leistungserbringung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 IVöB bloss *Verwaltungshelferin* ist, geht bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben im Sinne von Art. 9 IVöB die Erfüllungsverantwortung auf die Leistungserbringerin über;⁵⁴ sie wird funktionell zur *Verwaltungsträgerin* (und ist für spätere eigene Beschaffungen selbst der IVöB subjektiv unterstellt).⁵⁵

54 Das Verhältnis von Art. 8 Abs. 1 zu Art. 9 IVöB ist weder geregelt noch kaum untersucht und geklärt. Als *lex specialis* kommt Art. 9 IVöB gemäss der Lehre zum vornherein nur für Beschaffungsvorgänge und Leistungsaufträge im Nichtstaatsvertragsbereich in Betracht.⁵⁶ Im vorliegenden Fall erfüllen die Leistungsverträge im BIAS-Bereich die Merkmale eines öffentlichen Auftrags gemäss Art. 8 Abs. 1 IVöB, der nach den Vorschriften des Beschaffungsrechts zu vergeben ist, sodass gemäss der Rechtslehre für die Anwendung von Art. 9 IVöB systemisch kein Raum bleibt und auch keine Notwendigkeit mehr besteht.⁵⁷ Es kann daher für die Zwecke dieses Gutachtens offenbleiben, ob gleichzeitig eine Aufgabenübertragung an die BIAS-Partner stattfindet, sodass die entsprechenden Leistungsaufträge – mangels spezialgesetzlicher Ausnahmen – auch gestützt auf Art. 9 IVöB nach Massgabe der IVöB in einem Vergabeverfahren zu erteilen wären.

8. Ergebnis

55 Die Auslegung von Art. 2 IVöBV ergibt, dass die Vergabe von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration integral und ohne Differenzierung nach Einsatzbereichen den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt sind.

⁵⁴ THOMAS P. MÜLLER, in: Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020 (nachfolgend zitiert: MÜLLER, Handkommentar), N 18 f. zu Art. 9 BöB/IVöB.

⁵⁵ MÜLLER, Handkommentar, N 21 zu Art. 9 BöB/IVöB; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 8 zu Art. 9 BöB.

⁵⁶ MÜLLER, Handkommentar, N 49 f. zu Art. 9 BöB/IVöB. Auch nach Auffassung von POLTIER, Droit des marchés publics, Rz. 339 müssen bei der Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufträgen und Aufgabenübertragungen die Bestimmungen der internationalen Verträge berücksichtigt werden, da die Einstufung als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe zur Folge habe, dass die Öffnung eines solchen Marktes für den internationalen Wettbewerb ausgeschlossen sei. Zumindest sei aber in allen Fällen, in denen die der Anbieterin übertragene Tätigkeit mit einer hoheitlichen (Verfügungs-)Befugnis einhergeht, von einer Aufgabenübertragung i.S.v. Art. 9 IVöB auszugehen, welche kraft dieser Bestimmung als öffentlicher Auftrag gilt, jedoch nach dem Gesagten in den Nichtstaatsvertragsbereich fallen würde.

⁵⁷ MÜLLER, Handkommentar, N 49 f. zu Art. 9 BöB/IVöB m.w.H.

Der Wortlaut von Art. 2 IVöBV – als Gegen Ausnahme zu Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB – unterscheidet nicht danach, in welchem Bereich der Arbeitsintegration (Arbeitslosenversicherung, Sozialhilfe, IV oder Asylsozialhilfe) die Beschäftigungs- und Integrationsangebote durchzuführen sind. Auch die weiteren Auslegungselemente, insbesondere die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschrift und des Erlasses, bieten keine oder zumindest keine klaren Anhaltspunkte dafür, dass Art. 2 IVöBV anders zu verstehen wäre und nach dem Willen des Regierungsrats nur arbeitsmarktliche Massnahmen unterstellt werden sollten, BIAS-Aufträge im Bereich der Sozialhilfe dagegen ohne Beachtung des Beschaffungsrechts vergeben werden dürften. Dieses Ergebnis stimmt auch mit dem Sinn und Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts im Allgemeinen überein (Wettbewerbsschutz und Wettbewerbsförderung, Effizienz beim Einsatz öffentlicher Gelder).

- 56 Obwohl viele der Dienstleistungen der BIAS-Partner wahrscheinlich – ohne abschliessende Prüfung – nicht vom Staatsvertragsrecht erfasst sein dürften, gebieten eine völkerrechtskonforme Auslegung und die Einheit mit dem Nichtstaatsvertragsbereich der IVöB, dass die Geltungsbereichsausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB nicht ausdehnend respektive Art. 2 IVöB unter Berücksichtigung des Staatsvertragsrechts völkerrechtskonform auszulegen ist. Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, dass sämtliche Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration, unter Einschluss des Sozialhilfebereichs, dem Beschaffungsrecht unterstellt werden sollten.
- 57 Die Vergabe von Aufträgen im BIAS-Bereich durch das AIS sind zusammenfassend somit als öffentliche (Dienstleistungs-)Aufträge i.S.v. Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c IVöB zu qualifizieren. Bei staatsvertragskonformer Auslegung von Art. 2 IVöBV greift die Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB nicht und die betreffenden Auftragsvergaben haben nach Massgabe der (inter-) kantonalen Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts zu erfolgen.

V. AUSNAHMEN VON DER UNTERSTELLUNG

- 58 Nachdem die Auslegung von Art. 2 IVöB zum Ergebnis geführt hat, dass die Aufträge der Arbeitsintegration auch im Sozialhilfebereich nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben und vergeben werden müssen, ist nachfolgend auftragsgemäss zu prüfen, ob allenfalls (andere) Ausnahmen bestehen, welche solche Auftragsvergaben von der Anwendung des Beschaffungsrechts freistellen.

A. Aufträge an gemeinnützige Organisationen

- 59 Vom Geltungsbereich des (inter-) kantonalen Beschaffungsrechts ausgenommen werden gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB auch Aufträge an Wohltätigkeitseinrichtungen, d.h. Aufträge an Anbieterinnen, die nicht gewinnorientiert handeln, son-

dern ideelle Zwecke verfolgen.⁵⁸ Dient das Entgelt für die aus ideellen Motiven erbrachte Leistung nur der Kostendeckung, nicht aber der Erzielung von anderweitig verwendbarem Gewinn, wäre es sachfremd, die Leistungserbringerin einem Wirtschaftlichkeitswettbewerb auszusetzen.⁵⁹

60 Für die Anwendung dieses Ausnahmetatbestands ist es entscheidend, dass sowohl auf Seiten des Auftraggebers als auch auf Seiten der anbietenden Leistungserbringerin eine nicht kommerzielle Tätigkeit resp. Motivation im Vordergrund steht. Das Bundesgericht hat zu dieser Geltungsbereichsausnahme folgende (kumulative) Voraussetzungen begründet, damit ein Auftrag an eine Wohltätigkeitseinrichtung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB vergaberechtsfrei erteilt werden kann:⁶⁰

- a. Die Auftraggeberin handelt gemeinnützig orientiert und gestaltet den Auftrag entsprechend nicht kommerziell aus.
- b. Die Leistungserbringerin verfolgt einen nicht kommerziellen Zweck, auch in Bezug auf die Frage stehenden Leistungen und deren Erbringung.

61 Relevant ist dabei die Ausgestaltung der Ausschreibung. Normalerweise ist im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht bekannt, welche Anbieterinnen ihre Leistungen offerieren und im Vergabeverfahren ein Angebot einreichen werden. Oftmals ist nicht auszuschliessen, dass sowohl kommerziell motivierte als auch nicht kommerziell motivierte Anbieterinnen eine Offerte einreichen. Aus diesem Grund ist zu prüfen, ob der Auftraggeber vor allem eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung oder aber die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation anstrebte.⁶¹ Steht die wirtschaftliche Aufgabenerfüllung im Vordergrund, kann die Geltungsbereichsausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB selbst dann nicht greifen, wenn sich (auch) gemeinnützig und ideell tätige Institutionen um den Auftrag bewerben.⁶² Insbesondere stellt der Preis einer Leistung in einer wettbewerbsorientierten Marktordnung regelmässig einen wichtigen Aspekt dar.⁶³

62 Ausserdem müssen zur Erfüllung dieses Ausnahmetatbestands ein Marktgeschehen sowie ein Anbieterwettbewerb ausgeschlossen werden können. Die (offerierenden) Leistungserbringerinnen im ausgenommenen Bereich dürfen nicht mit Gewinnabsichten handeln, sondern müssen ideelle Motive verfolgen. Der Begriff der «Wohltätigkeitseinrichtungen» ist dabei breit zu verstehen: «er umfasst alle ideellen Zwecken verpflichteten Subjekte, soweit sie Leistungen auf nichtkommerzieller Basis (sondern um der Förderung des Gemeinwohls willen) anbieten».⁶⁴ Die Ausnahme an sich ist jedoch eher mit Zurückhaltung anzuwenden und die Vergabebehörde ist

⁵⁸ TUCHSCHMID, Handkommentar, N 16 zu Art. 10 BöB/IVöB.

⁵⁹ TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 5 zu Art. 9 BöB.

⁶⁰ Urteil BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.7.1 f.

⁶¹ Urteil BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.7.

⁶² TUCHSCHMID, Handkommentar, N 16 zu Art. 10 BöB/IVöB.

⁶³ BGE 145 II 49 E. 4.5.3 S. 62.

⁶⁴ BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 713.

bzw. bleibt berechtigt, den Wettbewerb (auch) zwischen sozialen Einrichtungen spielen zu lassen.⁶⁵

- 63 Im Hinblick auf das künftige BIAS-System soll die Zusammenarbeit mit externen Partnern bzw. Leistungserbringerinnen grundsätzlich fortgeführt werden, d.h. das AIS strebt weiterhin eine Leistungserbringung durch die BIAS-Partnern gegenüber den Destinatären an und erbringt die Leistungen nicht selbst («buy» statt «make»; vgl. oben, Rz. 16). Gestützt auf die uns vorliegenden Angaben verfolgt das AIS mit der Ausschreibung klarerweise wirtschaftliche und verwaltungsorganisatorische Interessen, namentlich zur Entlastung der eigenen Ressourcen. Mit der Neuorganisation und Auftragsvergaben sollen nicht primär die beauftragten Organisationen bzw. Anbieterinnen im Zusammenhang mit ihrer ideellen Tätigkeit unterstützt oder gefördert werden, sondern die öffentliche Aufgabe der Arbeitsintegration in der Sozialhilfe soll sachgerecht und wirtschaftlich im Sinne des besten Preis-Leistungsverhältnisses erfüllt werden. Gleichzeitig sind uns zwar die genauen Tätigkeiten und Motive der potenziellen Leistungserbringerinnen in diesem Bereich nicht bekannt, jedoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass sowohl die bestehenden BIAS-Partner als auch potenzielle künftige, neue BIAS-Partner auch oder sogar nur finanzielle-kommerzielle Motive am Zuschlag des Auftrags haben. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich künftige BIAS-Partner auch aus einem Kreis von womöglich rein kommerziell motivierten Anbieterinnen auf dem Markt rekrutieren könnten, die an diesem Leistungsauftrag interessiert sind.
- 64 Vor diesem Hintergrund sind die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeitsausnahme (Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB) gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht vollständig erfüllt. Diese Ausnahme kann deshalb für eine vergaberechtsfreie, direkte Vergabe eines Auftrags an BIAS-Partner nicht angerufen werden. Die angestrebte Ausschreibung und Auftragsvergabe sind seitens des AIS «kommerziell» (im Sinne des Gesagten) motiviert und es wird nicht primär die Förderung gemeinnütziger Organisationen angestrebt. Deshalb kann offenbleiben und das AIS kann dies möglicherweise auch nicht abschliessend feststellen, ob der Auftrag auf Seiten der jeweiligen Leistungserbringerin nur der Kostendeckung oder (auch) der Gewinnerzielung dienen würde. Damit die Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB anwendbar wäre, müsste letzteres im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber ausgeschlossen werden können.

B. Auftragsvergaben innerhalb der Staatssphäre

- 65 Vom Beschaffungsrecht ausgenommen sind sodann der Leistungsbezug bzw. der Austausch von Leistung und Gegenleistung, wenn dieser ausschliesslich innerhalb der Staatssphäre, d.h. ohne Marktkontakt und ausserhalb eines Wettbewerbs, er-

⁶⁵ POLTIER, Droit des marchés publics, Rz. 251 mit Verweis auf Urteil BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.7.

folgt.⁶⁶ Solche staatsinternen Beschaffungen gelten als «make» und nicht als «buy» (vgl. dazu Rz. 16) und sind naturgemäss und systemimmanent vergaberechtsfrei. Im Zusammenhang mit den Gutachtensfragen sind in der vorliegenden Konstellation die Instate-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB) und die Quasi-Inhouse-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 Bst. d IVöB) näher zu prüfen.

1. Instate-Beschaffungen

66 Die Instate-Ausnahme ist die wettbewerbsneutrale Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einem *anderen Gemeinwesen*, unabhängig davon, auf welcher Staatsebene (Bund, Kanton oder Gemeinde) sich der öffentliche Auftraggeber und die öffentliche resp. staatliche Leistungserbringerin befinden. Nach Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB müssen folgende Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sein, damit die Ausnahme greift und das Beschaffungsrecht nicht anwendbar ist:⁶⁷

- a. Beide am Geschäft beteiligten Personen resp. Körperschaften sind als öffentliche Auftraggeber im Sinne des Beschaffungsrechts zu qualifizieren, d.h. sie sind beide dem Beschaffungsrecht unterstellt.
- b. Die Leistungserbringerin darf die Leistungen nicht (auch) am Markt anbieten.

67 Mit der Instate-Beschaffung wird dem Grundgedanke Rechnung getragen, dass der Leistungsbezug von einem Gemeinwesen bei einem anderen Gemeinwesen gänzlich in der Sphäre des Staates und damit ausserhalb des Marktes und des Wettbewerbs privater Anbieterinnen um den öffentlichen Auftrag bleibt, sodass es systemisch nicht zu Wettbewerbsverfälschungen kommen kann.⁶⁸ Diesfalls braucht es das Beschaffungsrecht zum Schutz und zur Förderung des Wettbewerbs nicht; es werden rein öffentliche Interessen innerhalb des Staatswesens gewahrt. Solange die Leistungserbringerin daher nur für öffentliche Auftraggeber tätig ist und solange sie im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, d.h. ohne Gewinnstreben und auch sonst nicht kommerziell tätig ist, rechtfertigt diese Ausnahme, dass Leistungen vergaberechtsfrei bezogen werden können (namentlich ohne öffentliche Ausschreibung). Wie dargelegt, muss es sich auch bei den die Leistung erbringenden BIAS-Partner um öffentliche Auftraggeber im Sinne der IVöB⁶⁹ handeln,⁷⁰ damit der Kanton die Instate-Ausnahme geltend machen kann.

⁶⁶ Vgl. dazu ausführlich MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatsphäre, Zürich 2019 (nachfolgend zitiert: LUDIN, Privilegierte Vergaben).

⁶⁷ Vgl. zum Ganzen: LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 587 ff.

⁶⁸ Vgl. Urteil BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024 (zur Publikation vorgesehen), E. 7.3 m.w.H.

⁶⁹ Im Staatsvertragsbereich z.B. als sog. «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» (vgl. Art. 3 Bst. f i.V.m. Art. 4 Abs. 1 IVöB), ausserhalb des Staatsvertragsbereichs als «andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» (Art. 4 Abs. 4 Bst. a IVöB) bzw. gestützt auf die «Subventionsklausel» (Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB). Vgl. dazu auch Urteil BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024 (zur Publikation vorgesehen), E. 7.4 m.w.H.

⁷⁰ Mit der Folge, dass die betreffenden BIAS-Partner grundsätzlich das Beschaffungsrecht einzuhalten haben, wenn sie ihrerseits Aufträge «am Markt» (u.U. auch im Verhältnis zu allfälligen Untervertragspartnern) vergeben (Art. 4 Abs. 1 bzw. Art. 4 Abs. 4 IVöB, jeweils in Verbindung mit Art. 8 ff. IVöB).

- 68 Die Beurteilung, ob eine Leistung tatsächlich im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbracht wird, ist im Einzelfall vorzunehmen.⁷¹ Es gilt kein generelles Verbot jeglicher Markttätigkeit einer öffentlichen Leistungserbringerin, sondern es muss beurteilt werden, ob mit einer Direktvergabe des Auftrags nicht andere, am Markt erbrachte Leistungen gestärkt werden und somit eine Ungleichbehandlung für die privaten Anbieterinnen entsteht.⁷² Die Musterbotschaft zur IVöB nennt als Beispiel, dass diese Ausnahme keinen Freipass darstelle, z.B. einer Institution des ETH-Bereichs oder kantonalen Universitäten ohne Ausschreibung Aufträge für Gutachten oder Produktprüfungen vergaberechtsfrei zu erteilen, soweit diese Hochschulen solche Leistungen auch im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen für Dritten erbringen.⁷³ Von diesem Verbot der Wettbewerbsverzerrung gegenüber privaten Anbieterinnen sind nicht nur genau identische Leistungen umfasst, sondern es genügt, wenn es sich um «gleichartige» Leistungen handelt; auch solche dürfen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbracht werden, ansonsten kann diese Anbieterin nicht vergaberechtsfrei beauftragt werden.⁷⁴
- 69 Diese Ausnahme setzt schliesslich voraus, dass keine Privaten an der öffentlichen Leistungserbringerin beteiligt sind.⁷⁵ Die Eigentümer (z.B. Aktionariat bei einer AG) müssen also ausschliesslich öffentlich-rechtliche Körperschaften bzw. juristische Personen im Eigentum des Gemeinwesens sein. Die Rechtsform ist nicht massgebend, d.h. die Leistungserbringerin darf z.B. in Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft konstituiert, jedoch dürfen materiell an ihr keine Privatpersonen direkt oder indirekt beteiligt sein.⁷⁶ Obschon eine ausdrückliche vergaberechtliche Regelung hierzu fehlt, geht die Lehre davon aus, dass die Anwendung der Instate-Ausnahme nur unter dieser Voraussetzung zulässig ist.⁷⁷
- 70 Ob die Voraussetzungen der Instate-Ausnahme vorliegen, beurteilt sich zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe. Fallen die Voraussetzungen nachträglich weg, gefährdet dies den freien und unverfälschten Wettbewerb und erfordert eine vergaberechtlich korrekte Vergabe des Auftrags in Bezug auf die noch nicht bezogenen Leistungen bzw. die verbleibende Vertragslaufzeit.⁷⁸
- 71 Vorliegend steht naturgemäss noch nicht fest, an welche Leistungserbringerinnen das AIS Aufträge vergeben wird. Im aktuell gültigen BIAS-Detailkonzept sieht das AIS als strategische Partner sowohl öffentliche als auch private Trägerschaften

⁷¹ Musterbotschaft IVöB, S. 39.

⁷² LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 708 ff.

⁷³ Musterbotschaft IVöB, S. 39.

⁷⁴ LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 757.

⁷⁵ Musterbotschaft IVöB, S. 39.

⁷⁶ BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1302. Urteil BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024 (zur Publikation vorgesehen), E. 7.3 m.w.H.

⁷⁷ LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 689.

⁷⁸ LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 501, Rz. 715.

vor.⁷⁹ Eine vergaberechtsfreie direkte Beauftragung ist unter der Instate-Ausnahme nach dem Gesagten nur bezüglich Leistungserbringern bzw. Organisationen ohne Privatbeteiligung zulässig, unabhängig von ihrer Rechtsform. Die Instate-Ausnahme erlaubt hingegen keine Direktvergabe von Aufträgen an private Träger-schaften oder an öffentliche oder private Anbieterinnen, die diese oder gleichartige Leistungen auch ausserhalb der Staatssphäre am Markt anbieten.

2. Quasi-Inhouse-Beschaffung

72 Die Quasi-Inhouse-Beschaffung ist dadurch gekennzeichnet, dass die Leistungserbringerin eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, mithin nicht Teil der sie beauftragenden Auftraggeberin ist, aber die Auftraggeberin aufgrund der Beteiligungsverhältnisse, der personellen Besetzung der Organe oder ähnlicher Umstände die Anbieterin beherrscht, wie wenn es ihre eigene Dienststelle wäre. Der Leistungsaustausch muss sich aufgrund dieser Gegebenheiten innerhalb der Staatssphäre abspielen und die Verhältnisse müssen dergestalt sein, wie wenn die öffentliche Auftraggeberin die Leistungen bei einer eigenen Dienststelle «inhouse» beziehen würde.⁸⁰

73 Die Quasi-Inhouse-Ausnahme gemäss Art. 10 Abs. 2 d IVöB hat folgende kumulative Voraussetzungen:⁸¹

- a. Die öffentliche Auftraggeberin kontrolliert die Leistungserbringerin wie ihre eigenen Dienststellen (Kontrollerfordernis);
- b. Die Leistungserbringerin ist «im Wesentlichen» für die sie kontrollierende öffentliche Auftraggeberin tätig (Tätigkeitserfordernis).⁸²

74 Das Beschaffungsrecht in der Schweiz hat das Tätigkeitserfordernis («im Wesentlichen») im Gesetz nicht konkretisiert. Nach der herrschenden Lehre muss die Leistungserbringerin mindestens 80 Prozent des Umsatzes mit Aufträgen der kontrollierenden Auftraggeberin erzielen. Sie darf umgekehrt nur im Umfang von maximal 20 Prozent Aufträge für Dritte ausführen.⁸³ Diese Auffassung orientiert sich diesbezüglich am Vergaberecht der Europäischen Union (EU). Dieses Konzept und die «80-/20-Prozentregel» hat ihren Ursprung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH); mittlerweile ist sie im europäischen Vergaberecht auch gesetzlich verankert. Die Schweiz orientierte sich zwar daran, hat aber die EU-Rechtsprechung bzw. EU-Vorschriften damit nicht dynamisch und *tel quel* übernommen,

⁷⁹ Kanton Bern, Detailkonzept Beschäftigungs- und Integrationsangebote der Sozialhilfe BIAS 2025 (Stand September 2024), abrufbar unter: <<https://www.gsi.be.ch/de/start/themen/integration/arbeitsintegration/angebote-und-anbieter.html>> [besucht am 1. November 2024].

⁸⁰ TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N 21 zu Art. 10 BöB.

⁸¹ Vgl. zum Ganzen: LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 135 ff.

⁸² Urteil EuGH C-107/98 vom 18.11.1999 (Teckal), Rz. 50.

⁸³ Musterbotschaft IVöB, S. 40.

sondern sich einen gewissen Spielraum bewahrt.⁸⁴ Anders als bei der Instate-Ausnahme darf die Anbieterin unter der Quasi-Inhouse-Ausnahme ihre Leistungen somit im beschränkten Umfang (zu einem Umsatzanteil von maximal 20 Prozent) auch am Markt respektive gegenüber Dritten erbringen, welche nicht als Eigner an ihr beteiligt sind.

- 75 Angewendet auf den vorliegenden Fall könnte das AIS somit dann gestützt auf Art. 10 Abs. 2 d IVöB BIAS-Partner oder Organisationen der Arbeitsintegration vergaberechtsfrei beauftragen, an welchen der Kanton Bern selbst beteiligt ist und über Kapital oder Stimmen die Kontrolle ausübt. Zudem müsste diese Organisation zu mindestens 80 Prozent für den Kanton Bern (oder gegebenenfalls für andere öffentliche Aktionärinnen) tätig sein. Solche BIAS-Partnerinnen stehen, soweit bekannt, aktuell nicht in Aussicht.

3. Ergebnis

- 76 Nach dem Gesagten ist es aufgrund der uns bekannten Verhältnisse nicht ausgeschlossen, dass z.B. einzelne BIAS-Partner gestützt auf die Instate-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB) unter den genannten Voraussetzungen vergaberechtsfrei direkt beauftragt werden dürften. Eine direkte Auftragsvergabe kann aber u.a. nur dann erfolgen, wenn die BIAS-Partnerin ihre Leistungen oder andere Leistungen nicht gleichzeitig am Markt in Konkurrenz anbietet (Gewährleistung der Wettbewerbsneutralität). Hingegen ist der Kanton Bern, soweit bekannt, an keiner aktuellen BIAS-Partnerin beteiligt oder zumindest nicht so beteiligt, dass er über sie die beherrschende Kontrolle ausüben könnte; die Quasi-Inhouse-Ausnahme fiel deshalb bereits aufgrund des nicht erfüllten Kontrollkriteriums weg.
- 77 Im Zusammenhang mit einer allfälligen Vergabe gestützt auf die Geltungsbereichsausnahmen von Art. 10 Abs. 2 Bst. b und Bst. e IVöB stellen sich Umsetzungsfragen. Falls mehrere BIAS-Regionen weiterhin gebildet und mit je einer Leistungserbringerin besetzt würden, stellt sich die Frage nach der insgesamt vergaberechtlich korrekten, wettbewerbsneutralen Auswahl. Werden einige Leistungserbringerinnen vergaberechtsfrei aufgrund einer Ausnahme beauftragt und andere aber im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgewählt, muss sichergestellt werden, dass die verschiedenen Lose bzw. die vergaberechtsfreie und die vergaberechtsunterstellte Auftragsvergabe je klar getrennt werden (Staatsphäre und Marktsphäre). So wäre es beschaffungsrechtlich unzulässig, wenn die für eine Region gestützt auf die Instate-Ausnahme direkt beauftragte Organisation als Anbieterin noch im Vergabeverfahren für andere Regionen mitmachen könnte. Ein allfälliges Vorgehen gestützt auf eine Ausnahme muss daher sorgfältig in das Ausschreibungskonzept eingebunden sein und mitbedacht werden. Zudem stellt sich auch im ausgenommenen Bereich die Frage, nach welchen Überlegungen unter den allenfalls mehreren in Frage kommenden und interessierten Instate-Leistungser-

⁸⁴ Musterbotschaft IVöB, S. 40. Vgl. dazu Urteil BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024 (zur Publikation vorgesehen), E. 6.1-6.3.

bringerinnen jene ausgewählt wird, welche den Auftrag erhält. Diese Frage stellt sich auch, wenn alle BIAS-Regionen vergaberechtsfrei besetzt werden sollten, aber mehr interessierte Partner zur Verfügung stehen, welche alle die Voraussetzungen der Instate-Ausnahme oder der Quasi-Inhouse-Ausnahme erfüllen.

VI. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

78 Die eingangs formulierten und zur Begutachtung unterbreiteten Fragen sind gestützt auf die vorangehenden Ausführungen zusammengefasst wie folgt zu beantworten:

1. *Müssen Aufträge der Arbeitsintegration nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben und vergeben werden?*

Ja, im Kanton Bern müssen solche Aufträge nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts vergeben werden, wenn keine dort geregelte Ausnahme vorliegt. Der Regierungsrat hat im Rahmen der Verordnung vom 17. November 2021 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV) den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts kompetenzgemäss auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration erweitert (Art. 2 IVöBV) und damit die in der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vorgesehene Ausnahme (Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB) aufgehoben.

2. *Anschlussfrage: Gilt das Beschaffungsrecht für alle Aufträge der Arbeitsintegration oder sind Beschäftigungs- und Integrationsangebote im Bereich der Sozialhilfe allenfalls davon ausgenommen?*

Nein. In Anwendung der üblichen Auslegungselemente kommt das Gutachten zum Schluss, dass in Art. 2 IVöBV bei den «Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration» nicht nach den jeweiligen Einsatzbereichen Arbeitslosenversicherung, Sozialhilfe, IV oder Asylsozialhilfe unterschieden wird oder von einer differenzierten Geltung des Beschaffungsrechts ausgegangen werden müsste. Entsprechende Anhaltspunkte liegen unseres Erachtens nicht vor, auch wenn offenbar früher lediglich arbeitsmarktliche Massnahmen der Arbeitslosenversicherung gemäss den beschaffungsrechtlichen Vorschriften ausgeschrieben und vergeben worden seien (was wir nicht verifiziert haben bzw. nicht hätten verifizieren können).

3. *Anschlussfrage: Bestehen allenfalls Ausnahmen von der Geltung des Beschaffungsrechts bei der Auftragsvergabe an BIAS-Partner?*

Da der Kanton Bern mit der Beauftragung von Leistungserbringerinnen im BIAS-Bereich nicht primär gemeinnützige Zwecke (Förderung und Unterstützung der entsprechenden Empfängerorganisationen o.ä.) verfolgt und zudem mutmasslich eine Wettbewerbssituation mit auch kommerziell motivierten Anbieterinnen der nachgefragten Leistungen bestehen dürfte, kann die Geltungs-

bereichsausnahme der Gemeinnützigkeit (Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB) nicht greifen.

Je nach BIAS-Partner ist es – in Abhängigkeit von dessen Konstituierung, Zweck und Eigentumsverhältnissen – möglich, dass die Ausnahmen betreffend staatsinterne Beschaffungen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b-d IVöB) erfüllt sind, sodass der Kanton Bern Aufträge der Arbeitsintegration vergaberechtsfrei den betreffenden Leistungserbringerinnen vergeben dürfte (sog. Inhouse-, Instate- und Quasi-inhouse-Beschaffungen). Es liegt in Ermessen des Kantons, ob er gestützt auf diese Ausnahmen vorgeht oder die Aufträge dennoch in einem submissionsrechtlichen Wettbewerbsverfahren vergibt. Auch bei der ausnahmsweisen Beauftragung ausserhalb des Beschaffungsrechts hat er aber darauf zu achten, dass es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt wird.

Bern, den 1. November 2024

Kellerhals Carrard Bern KIG

Dr. Christoph Jäger
Rechtsanwalt

Thomas Geiger
Rechtsanwalt