

R&U

VLP-ASPAN



IMMOBILIENGESCHÄFTE UND ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT



Raum & Umwelt
Juli Nr. 4/12

Immobilien­geschäfte und öffentliches Beschaffungsrecht

1. Einleitung

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Kantone und Gemeinden setzt voraus, dass der Staat die dazu notwendigen Bauten, Sachmittel und Kenntnisse zur Verfügung hat. Kann die öffentliche Hand diese zwingenden Voraussetzungen nicht selber schaffen, so muss sie die entsprechenden Güter, Dienstleistungen und Bauarbeiten von privaten Anbietern auf dem Markt einkaufen. Das öffentliche Beschaffungsrecht legt fest, wie die öffentlichen Auftraggeber dabei vorzugehen haben. Es handelt sich um ein äusserst komplexes und unübersichtliches Rechtsgebiet, in welchem zudem viele Fragen unklar und gerichtlich nicht beurteilt sind.

Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten, das im Auftrag der Städteposition CH¹ verfasst worden ist. Hintergrund bildet die Entwicklung, dass der Staat heute zur Deckung seines Immobilienbedarfs öffentlichen Zwecken dienende Bauten vermehrt von Privaten planen und realisieren lässt und anschliessend langfristig mietet. Dieser Vorgang läuft weitgehend ausserhalb eines Konkurrenzverfahrens ab. Die Fachstellen für Stadtplanung und Städtebau wollten deshalb wissen, inwiefern das öffentliche Beschaffungsrecht auf den Immobilienerwerb im weiten Sinn überhaupt anwendbar ist, ob auch Verwaltungsträger bzw. Institutionen ausserhalb der «klassischen» Zentralverwaltung diese Vorschriften zu beachten haben und wie vergaberechtlich auf eine hohe architektonische Qualität öffentlicher Bauten hingewirkt werden kann. Diese Fragen betreffen grösstenteils den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts im Allgemeinen und die Frage nach der Unterstellung von Immobilien­geschäften unter die entsprechenden Vor-

schriften im Besonderen. Die vorliegende Abhandlung konzentriert sich deshalb auf eine entsprechende, allgemeine Darstellung dieses Geltungsbereichs. Zudem wird kurz auf die Frage eingegangen, wie im Rahmen öffentlicher Beschaffungen die architektonische Qualität thematisiert bzw. beeinflusst werden kann.

Bleibt schliesslich noch darauf hinzuweisen, dass gerade der Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts häufig ungeklärt bzw. umstritten und die Thematik facettenreich ist.² Der vorliegende Beitrag kommt deshalb nicht umhin, sich auf eine möglichst kurze und klare Abhandlung der wichtigsten Merkmale des Geltungsbereichs zu konzentrieren – auf die Gefahr hin, (zu) stark zu vereinfachen und gewisse Gesichtspunkte auszublenken, die in einem konkreten Anwendungsfall gerade ausschlaggebend sein könnten. Es führt also kein Weg daran vorbei, in jedem Einzelfall die Frage des Geltungsbereichs sorgfältig abzuklären.

2. Überblick über die Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungsrechts sind stark zersplittert und sogar für Praktiker in diesem Gebiet unübersichtlich. Zum besseren Verständnis der Ausführungen folgt deshalb eine Übersicht zu den Rechtsquellen (Staatsverträge, Interkantonale Vereinbarung und Gesetze). Die in diesen Rechtserlassen, je für sich, definierten Anwendungsbereiche machen insgesamt den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts überhaupt aus.

2.1 Staatsverträge

Im Rahmen der sog. «Uruguay»-Runde der World Trade Organisation (WTO) haben die beteiligten Staaten unter anderem die Liberalisierung der Beschaffungsmärkte auf der Basis des jeweiligen Gegenrechts («variable Geometrie») beschlossen und das Government Procurement Agreement (GPA)³ abgeschlossen. Dieser Staatsvertrag ist für die Schweiz am 1. Januar 1996 in Kraft getreten.⁴

Das GPA verpflichtet die Unterzeichnerstaaten, ihre Beschaffungsmärkte für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zu öffnen und Wettbewerbsbeschränkungen und staatlichen Protektionismus zugunsten der eigenen Wirtschaft abzubauen. Anbieter aus andern Ländern müssen gleich behandelt und staatliche Beschaffungen nichtdiskriminierend, transparent und fair getätigt werden.⁵ Zur Umsetzung dieser Grundsätze regelt das GPA die verschiedenen Vergabeverfahren und den Rechtsschutz. In Bezug auf den Geltungsbereich bezeichnen detaillierte, länderspezifische Anhänge die unterstellten Auftraggeber und Beschaffungen: Unterstellt sind Beschaffungsstellen des Bundes und der Kantone sowie öffentliche oder öffentlich beherrschte Stellen in

-
- 1 Die Städteposition CH ist ein Netzwerk von zwölf Städten, die einen regelmässigen Erfahrungsaustausch pflegen und sich in die raumplanerischen Diskussionen einbringen. Es gehören ihr die zehn grössten Schweizer Städte (Basel, Bern, Biel, Genf, Lausanne, Lugano, Luzern, St. Gallen, Winterthur, Zürich) sowie die Kleinstädte Chur und Solothurn an.
 - 2 Dies zeigt beispielsweise illustrativ der Umstand, dass kurz nach Abschluss des vorliegenden Beitrags eine rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift zum Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts erschienen ist, welche dieser Thematik nicht weniger als 1'700 Seiten widmet (Martin Beyeler, Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habilitation BE, Zürich 2012). Dieses Werk konnte nicht mehr in den vorliegenden Text eingearbeitet werden.
 - 3 GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422).
 - 4 Das GPA wurde im Rahmen der Doha-Runde der WTO revidiert und im Dezember 2011 verabschiedet. Für das revidierte GPA läuft in der Schweiz zur Zeit der Ratifizierungsprozess.
 - 5 Vgl. z.B. Biaggini, S. 331 ff.; Bock, S. 709 ff.

Inhalt

1. Einleitung	2
2. Überblick über die Rechtsgrundlagen	2
2.1 Staatsverträge	3
2.2 Bundesrechtliche Vorgaben	4
2.3 Interkantonale Vereinbarung und kantonale Gesetzgebung	4
3. Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts	5
3.1 Persönlicher Geltungsbereich: Unterstellte Auftraggeber	5
3.2 Sachlicher Geltungsbereich: Unterstellte Beschaffungen	10
4. Immobiliengeschäfte der öffentlichen Hand	14
4.1 Grundsatz: Keine Unterstellung	14
4.2 Relativierung der Ausnahme: Umgehung des Beschaffungsrechts	14
4.3 Beschaffungsrechtliche Erfassung von Public Private Partnership (PPP)	19
5. Qualitätsvorgaben im Vergabeverfahren	20
6. Verhaltensempfehlungen in vergaberechtlichen Zweifelsfällen	21
7. Beantwortung der Fragen	22
Literaturverzeichnis	25

den Sektoren Trinkwasserversorgung, Elektrizität, Nahverkehr, Flughäfen und Binnenhäfen. Aufgrund der im Abkommen enthaltenen, relativ hohen Schwellenwerte wird die Marköffnung nur für grössere Beschaffungen realisiert.

Ein weiterer Staatsvertrag ist im Verhältnis zur Europäischen Union (EU) zu beachten. Als einer der sieben bilateralen Verträge ist am 1. Juni 2002 das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens⁶ in Kraft getreten.⁷ Dieses bilaterale Beschaffungsabkommen dehnt die Regeln des GPA über dessen Anwendungsbereich hinaus auf weitere Auftraggeber und Beschaffungen aus. So werden namentlich auch Beschaffungsstellen auf Bezirks- und Gemeindeebene⁸ sowie aus den Sektoren Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung unterstellt. Überdies wurden auch in diesen und den oben erwähnten GPA-Sektoren nicht nur öffentliche Stellen, sondern auch private Auftraggeber den beschaffungsrechtlichen Regeln unterworfen, wenn sie konzessioniert bzw. mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten ausgestattet sind.

2.2 Bundesrechtliche Vorgaben

Die Staatsverträge werden in der Schweiz von Bund und Kantonen je autonom für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich umgesetzt. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und die entsprechende Verordnung⁹ sind somit nur auf Bundesbeschaffungen anwendbar und haben für Kantone und Gemeinden keine Geltung.

Dennoch statuiert das Bundesrecht gewisse Mindestanforderungen an das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone: Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt,¹⁰ das eine Rahmenordnung zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes darstellt, verlangt die gegenseitige Öffnung der Beschaffungsmärkte von Kantonen

und Gemeinden sowie anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGBM) sowie, dass die Kantone mindestens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde zur Verfügung stellen (Art. 9 BGBM). Ortsfremde und – gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹ – auch ortsansässige Anbieter dürfen untereinander nicht diskriminiert werden und müssen ungeachtet ihrer Herkunft Zugang zu öffentlichen Auftragsvergaben erhalten.

Sachlich erfasst das BGBM sämtliche Beschaffungen kantonaler oder kommunaler Beschaffungsstellen bzw. Verwaltungsträger von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen, ohne Rücksicht auf den Auftragswert (keine Schwellenwerte). Zum Verfahren hält Art. 5 Abs. 2 BGBM fest, dass «umfangreiche» Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Seinem Charakter als Rahmen- bzw. Grundsatzgesetz folgend enthält das BGBM abgesehen davon keine weiteren Verfahrensregeln; die öffentlichen Beschaffungen richten sich deshalb in erster Linie nach dem einschlägigen interkantonalen und kantonalen Recht.¹²

2.3 Interkantonale Vereinbarung und kantonale Gesetzgebung

Zur harmonisierten Umsetzung der Staatsverträge im Bereich kantonaler und kommunaler Beschaffungen schlossen die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) und die Konferenz der kantonalen Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) ab, die heute in der revidierten Fassung vom 15. März 2001 gilt. Gleichzeitig nutzten sie die Gelegenheit und harmonisierten bis zu einem gewissen Grad auch die Regeln zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausserhalb des Anwendungsbereichs der Staatsverträge, namentlich unterhalb der dort geltenden (hohen) Schwellenwerte. Entsprechend diesem Konzept ist die IVöB in ei-

nen Staatsvertragsbereich und einen Binnenbereich (Nicht-Staatsvertragsbereich) unterteilt, die sich spiegelbildlich ergänzen. In Umsetzung von Art. 5 BGBM unterstehen den Vorschriften der IVöB im Binnenbereich alle Arten von öffentlichen Aufträgen. Die Schwellenwerte konkretisieren hier letztlich, welche Aufträge als «umfangreich» im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGBM gelten und demnach zu publizieren sind.¹³

Die IVöB ist eine Rahmenordnung, die nach wie vor Spielraum bei der Rechtsetzung auf kantonaler Ebene lässt. Um die binnenstaatliche Harmonisierung zu erhöhen und die Umsetzungsrechtsetzung auf kantonaler Ebene zu erleichtern haben die interkantonalen Organe in Form der sog. Vergaberichtlinien (VRöB) nicht verbindliche Empfehlungen im Sinne eines «Mustergesetzes» zuhanden der kantonalen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber erlassen.¹⁴ Trotz dieser Harmonisierungsbemühungen ist die föderale Vielfalt bei den kantonalen Erlassen zum öffentlichen Beschaffungsrecht beachtlich. Der im vorliegenden Zusammenhang vor allem interessierende Geltungsbereich ist allerdings durch Staatsverträge und IVöB weitgehend vorgegeben, so dass nachfolgend auf die Gesetzgebung der einzelnen Kantone nicht weiter eingegangen wird.

3. Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts

3.1 Persönlicher Geltungsbereich: Unterstellte Auftraggeber

In einem ersten Schritt ist darzustellen, welche Auftraggeber ihre Beschaffungen nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts tätigen müssen (subjektiver Anwendungsbereich).

3.1.1 Anknüpfungspunkt: Art. 8 IVöB

Die Staatsverträge, insbesondere das GPA, enthalten für die Schweiz – wie für jeden Unterzeichnerstaat – Anhänge und Annexe, welche die unterstellten Auftraggeber entweder explizit auflisten oder aber abstrakt definieren.¹⁵ Dieses System ist, auch mit Blick auf die erwähnte «variable Geometrie» des GPA (Ziff. 2.1), letztlich so aufgebaut, dass keine übergreifende Leitidee zum Kreis der unterstellten Beschaffungsstellen bzw. ein für alles gültiger funktionaler Auftraggeberbegriff formuliert werden kann und der subjektive Geltungsbereich stets einzelfallbezogen untersucht werden muss.¹⁶

Die Umsetzung dieser Vorgaben in der Schweiz sowie die autonome Definition derjenigen Auftraggeber, die – obwohl von den Staatsverträgen nicht erfasst – den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen im Binnenbereich unterstellt sind, erfolgt für die Kantone durch Art. 8 IVöB, der den folgenden Wortlaut hat (Abs. 1 und 2):

6 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68).

7 Vgl. dazu z.B. Biaggini, S. 308 ff.; Zimmerli, S. 162.

8 Die Schweiz verpflichtete sich gemäss Art. 2 des Vertrags zu einer entsprechenden Ergänzung des Anhangs 1 Annex 2 zum GPA. Diese Ergänzung ist am 7. Februar 2003 in Kraft getreten.

9 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1), Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

10 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02).

11 BGE 125 I 406 E. 2d S. 410 f.; Cottier/Wagner, S. 1583.

12 Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 50.

13 Galli/Lehmann/Rechsteiner, N. 71 ff.; Kuonen, S. 29 ff.

14 Vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, N. 75, 96 ff.

15 Vgl. für die Kantone GPA-Anhang I, Annex 2.

16 Vgl. Gutachten des Bundesamts für Justiz BJ vom 05.06.2002, VPB 67.4; Stöckli, Geltungsbereich, S. 42.

¹ Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung:

- a. Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten;
- b. (...)
- c. Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, jeweils in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation. Sie unterstehen dieser Vereinbarung nur für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit in diesen Bereichen vergeben;
- d. weitere Auftraggeberinnen und Auftraggeber gemäss den entsprechenden Staatsverträgen.

² Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich unterstehen dieser Vereinbarung überdies:

- a. andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten;
- b. Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

Der vorstehend im Wortlaut abgedruckte Art. 8 Abs. 2 IVöB regelt, welche öffentlichen Auftraggeber *zusätzlich*, d.h. über die Staatsverträge hinaus, die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts (im Binnenbereich) beachten müssen.

3.1.2 Kantonale und kommunale Behörden

Die dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellten kantonalen Regierungsstellen werden im einschlägigen Annex des GPA abstrakt umschrieben: «Les autorités publique cantonales» (Anhang I Annex 2 Ziff. 1 GPA). Im Verhältnis zu den EU-Staaten hat die Schweiz sodann in Umsetzung des bilateralen Beschaffungsabkommens den erwähnten GPA-Anhang um eine Ziffer 3 ergänzt, wonach auch Beschaffungsstellen der

Bezirke und Gemeinden unterstellt werden («les autorités publiques au niveau des districts et des communes»).

Dieser im GPA beschriebene Kreis der unterstellten öffentlichen Auftraggeber, der – neben den Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Ziff. 3.1.3) – Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB zugrunde liegt, bietet in der Praxis in der Regel keine Auslegungsschwierigkeiten. Es handelt sich um die «klassischen» öffentlichen Auftraggeber: Kantone und Gemeinden bzw. Behörden gemäss der jeweiligen Verwaltungsorganisation.

Keiner besonderen Ausführungen bedarf sodann, dass (selbstverständlich) auch Verbände, die aus mehreren der unterstellten Gebietskörperschaften gebildet werden (z.B. Gemeindeverband als Träger einer gemeinsamen Feuerwehr oder Schule), ihrerseits als öffentliche Auftraggeber dem Vergaberecht unterstellt sind.

3.1.3 Einrichtungen des öffentlichen Rechts

Nebst den Kantonen und Gemeinden (Gebietskörperschaften) nennt Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB, ähnlich eines Auffangtatbestandes, «Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene». Im GPA werden diese Einrichtungen als «organismes de droit public établis au niveau cantonal ou du niveau des districts et des communes» umschrieben.¹⁷

Der Begriff bleibt relativ unbestimmt. Die Musterbotschaft zur IVöB hält fest, dass unter solche Einrichtungen «Körperschaften, Stiftungen, Vereine und dergleichen» fallen, wenn sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen.¹⁸ Massgebend ist somit ein *funktionaler Auftraggeberbegriff*, ohne dass es auf die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsform der Trägerschaft ankommt.¹⁹ Für die genaue Bezeichnung der unterstellten Auftraggeberinnen und Auftraggeber verweist die Musterbotschaft im Übrigen auf die Staatsverträge.²⁰

Die schweizerische Lehre und Praxis greift zur Konkretisierung des Begriffs «Einrichtungen des

öffentlichen Rechts» als Auslegungshilfe auf die Definitionen des GPA, das europäische Recht und die Rechtsprechung dazu zurück.²¹ Bei der Auslegung hilft namentlich Anhang I Annex 3 GPA weiter, der diesen Begriff in Anlehnung an das europäische Recht²² im Zusammenhang mit den Sektorenenunternehmen (Ziff. 3.1.4) ebenfalls verwendet und ihn – anders als der hier einschlägige Annex 2 – näher definiert. Diese Definition kann im vorliegenden Zusammenhang analog verwendet bzw. verallgemeinert werden.²³

Aus all dem lassen sich die folgenden (kumulativen) Merkmale ableiten, die einen Auftraggeber funktional als unterstellte «Einrichtung des öffentlichen Rechts» erscheinen lassen:²⁴

- Die privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich konstituierte Einrichtung hat eine eigene Rechtspersönlichkeit.
- Sie verfolgt einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck bzw. sie wurde zum besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende, nicht-gewerbliche Aufgaben zu erfüllen. Gemäss dem Europäischen Gerichtshof EuGH liegt eine solche Tätigkeit vor, wenn sie eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft ist und gesamtgesellschaftlichen Interessen dient.²⁵ Der Begriff wird in der europäischen Rechtsprechung sehr weit ausgelegt; es braucht kein enger Bezug zu einer Staatsaufgabe zu bestehen, sondern es reicht, wenn die Tätigkeit im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt und sozial- oder wirtschaftspolitischen Zielen des Staates dienlich ist.²⁶ Dieses Kriterium entfaltet in Bezug auf den subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts kaum limitierende Wirkung und hat vergaberechtlich somit letztlich keine wesentliche Bedeutung.²⁷
- Es liegt keine gewerbliche bzw. kommerzielle oder industrielle Tätigkeit vor. Das Vergaberecht bezweckt, auch dort Wettbewerbsdruck zu erzeugen, wo ansonsten kein Wettbewerb bestehen würde und will auf diese Weise die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung und die Schonung der Steuergelder sicherstellen.²⁸

Solches ist nicht nötig, wenn eine Einrichtung des öffentlichen Rechts wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist und somit ohnehin gezwungen ist, sich ausschliesslich von wirtschaftlichen Überlegungen leiten zu lassen.²⁹ Wirksamer Wettbewerb besteht dann, wenn andere Unternehmen die Möglichkeit haben, die Dienstleistungen in demselben geographischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten³⁰ und einem Verlustrisiko ausgesetzt sind.³¹

17 Vgl. Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 GPA.

18 Musterbotschaft zur Revision IVöB vom Juni 2001 der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz BPUK, S. 20 f.

19 Vgl. Stöckli, Geltungsbereich, S. 51 f.

20 Musterbotschaft zur Revision IVöB vom Juni 2001 der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz BPUK, S. 20 f.

21 Vgl. Stöckli, Geltungsbereich, S. 51 ff.; vgl. auch BVGer B-6177/2008 vom 25.11.2008 E. 3.5.2.

22 Art. 2 Richtlinien 2004/17/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste (RL 2004/17/EG; Amtsblatt der europäischen Union L 134/1 ff.) und Art. 1 Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (RL 2004/18/EG; Amtsblatt der europäischen Union L 134/114 ff.).

23 Vgl. Stöckli, Geltungsbereich, S. 52; CR Concurrence-clerc, Art. 5 LMI N. 69.

24 Vgl. dazu Stöckli, Geltungsbereich, S. 52 ff.

25 EuGH Rs. C-44/96 vom 15.01.1998 N. 24, Mannesmann Anlagenbau.

26 Vgl. z.B. EuGH Rs. C-360/96 vom 10.11.1998, Rz. 51-53, Gemeinde Arnhem oder EuGH Rs. C-18/01 vom 22.03.2003 Rz. 45/62, Korhonen.

27 Stöckli, Geltungsbereich, S. 53.

28 Vgl. Jäger, Beschaffungsrecht, N. 58 und N. 59 ff.

29 Vgl. dazu EuGH Rs. C-18/01 vom 22.03.2003 Rz. 45/62, Korhonen; Stöckli, Geltungsbereich, S. 53 f.

30 So die Definition in Art. 3 Abs. 5 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (Bilaterales Beschaffungsabkommen; SR O.172.052.68); vgl. Jäger, Vorbefassung, S. 124 ff.; Stöckli, Geltungsbereich, S. 53 f.

31 So EuGH Rs. C-283/00 vom 16.10.2003 Rz. 88 ff. Kommission/Spanien.

- Schliesslich muss die Einrichtung einen besonderen Bezug zum Staat aufweisen, damit die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht gerechtfertigt ist. Eine solche «Staatsgebundenheit»³² liegt vor, wenn das Gemeinwesen, namentlich der Kanton oder eine Gemeinde, die Einrichtung (mehrheitlich) aus öffentlichen Mitteln finanziert oder beherrscht, d.h. auf die Willensbildung und die operative Tätigkeit bestimmenden Einfluss nehmen kann, sei es aufgrund einer Kapital- oder Aktienmehrheit, sei es, dass die öffentliche Hand die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans stellt.³³ Gemäss europäischen Richtlinien soll für eine genügende Staatsgebundenheit sogar ausreichen, wenn eine Einrichtung hinsichtlich ihrer Leistung unter staatlicher Aufsicht steht.³⁴ Diese sehr weitgehende, ja ausufernde Auffassung ist meines Erachtens unter Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB abzulehnen.

Die drei ersten Kriterien, namentlich der im Allgemeininteresse liegende Zweck, haben aufgrund der weiten Auslegung jedoch kaum limitierende Wirkung.³⁵ Entscheidend ist das Kriterium der Staatsgebundenheit. Mit diesen Begriffsmerkmalen muss einzelfallweise geklärt werden, ob eine bestimmte Organisationseinheit oder Institution, gleich welcher Rechtsform, als öffentliche Auftraggeberin gilt und ihre Beschaffungen nach den Regeln des Vergaberechts tätigen muss. Zu denken ist beispielsweise an Leistungserbringer bzw. Betriebe aus dem Kulturbereich oder aus dem Gesundheitswesen. Die Gemischtwirtschaftlichkeit eines privaten Unternehmens, d.h. die finanzielle Beteiligung des Staates bzw. die gemeinsame Gründung durch Staat und Private einer privatrechtlichen Gesellschaft, allein reicht nicht aus, um die Unterstellung zu bewirken; verlangt ist eine Kontroll- bzw. Beherrschungsmöglichkeit.³⁶

3.1.4 Sektorenunternehmen (Hinweis)

Hier weniger im Interesse stehen die sog. Sektorenunternehmen (Art. 8 Abs. 1 Bst. c IVöB bzw. Anhang I Annex 3 GPA), also Stellen und Unternehmen in bestimmten, in GPA und bilateralem Beschaffungsabkommen umschriebenen Wirtschafts- bzw. Infrastruktursektoren, so dass auf sie im Rahmen der vorliegenden Darstellung nicht näher eingegangen wird.³⁷ Im Anwendungsfall können sich aber auch diesbezüglich schwierige Abgrenzungsfragen stellen, zumal sie nicht integral, sondern nur für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer Tätigkeit in diesen Bereichen vergeben, unterstellt sind.

Die in diesen Sektoren tätigen Subjekte – im Anwendungsbereich des GPA nur staatliche Stellen und öffentliche Unternehmen, unter dem bilateralen Beschaffungsabkommen zusätzlich auch private Unternehmen – sind entweder selber als staatlich zu qualifizieren oder kommen in den Genuss von staatlich gewährten besonderen oder ausschliesslichen Rechten zur Versorgung, Bereitstellung und Betrieb der jeweiligen Netz-/Infrastrukturen, weshalb deren Beschaffungen ebenfalls nach Massgabe des öffentlichen Beschaffungsrechts liberalisiert werden sollen.³⁸

3.1.5 Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben

Im Binnenbereich, d.h. ausserhalb des Anwendungsbereichs der Staatsverträge, haben über die vorgenannten Auftraggeber hinaus auch sog. «andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» ihre Beschaffungen nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts abzuwickeln (mit Ausnahme wiederum ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten; vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB).

Sinn und Zweck dieser Regelung liegt in der Umsetzung der bundesrechtlichen Verpflichtungen von Art. 5 Abs. 2 BGBM, wonach auch andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben

Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten publizieren und in einem transparenten, fairen Verfahren abwickeln müssen.

Unklar bleibt, wer von dieser Regelung konkret erfasst wird, gerade mit Blick auf und in Abgrenzung zu den Einrichtungen des öffentlichen Rechts gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB. Es liegt nahe, den Begriff der Aufgabenträger gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB in enger Anlehnung an die oben dargestellten Begriffsmerkmale der Einrichtungen des öffentlichen Rechts auszulegen.³⁹ Es geht also um Organisationen und Institutionen, gleich welcher Rechtsform, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selber erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.⁴⁰

Auf das Erfordernis der Staatsgebundenheit, d.h. die Beherrschung oder Kontrolle des Aufgabenträgers durch das Gemeinwesen ist hier hingegen nach zutreffender Auffassung der Lehre – und entgegen der Ausführungen in der Musterbotschaft zur IVöB⁴¹ – zu verzichten.⁴² Ansonsten ginge jegliche Abgrenzung zu den Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Staatsvertragsbereich verloren und würde Art. 5 Abs. 2 BGBM verletzt. Dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen sind gemäss IVöB – über die staatsvertraglichen Verpflichtungen hinaus – somit auch reine Private, die kantonale oder kommunale Aufgaben erfüllen.

3.1.6 Subventionierte Private

Die IVöB verpflichtet schliesslich jedes Rechtssubjekt auf die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts, wenn Objekte und Leistungen zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden (Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB).

Diese subventionsbedingte Unterstellung soll sicherstellen, dass die öffentlichen Gelder möglichst wirtschaftlich eingesetzt werden und gleichzeitig Rechtsumgehungen verhindern, in-

dem eine öffentliche Auftraggeberin nicht formell einen nicht-unterstellten Privaten vorschieben, auf dem Weg der Subventionierung aber materiell dennoch entscheidenden Einfluss auf die Auftragsvergabe nehmen kann.⁴³

3.1.7 Ausnahme: Kommerzielle oder industrielle Tätigkeit

Öffentliche Auftraggeber sind dann vom Vergaberecht befreit, wenn sie gewerblich – in den Worten der IVöB «kommerziell oder industriell» (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a IVöB) – tätig sind (Ziff. 3.1.3).

Grundgedanke dieser Ausnahme ist, dass ein Vergabeverfahren auch dort eine Wettbewerbssituation erzeugen und so für einen effizienten Mitteleinsatz sorgen soll, wo ansonsten «natürlicherweise» kein Wettbewerb herrschen würde. Dieser Zweck wird überflüssig, sobald in einem Tätigkeitsfeld ohnehin (wirksamer) Wettbewerb herrscht (Ziff. 3.1.3).⁴⁴

Eine Verwaltungseinheit oder ein Aufgabenträger kann jedoch gleichzeitig sowohl nicht-gewerbliche («hoheitliche») als auch gewerbliche Tätigkeiten entfalten. Diesfalls lässt sich aus dem

32 Stöckli, Geltungsbereich, S. 52.

33 Vgl. Anhang I Annex 4 Note 3 GPA; Stöckli, Geltungsbereich, S. 56 f. In diesem Sinne definiert auch Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB den beherrschenden Einfluss des Bundes auf Sektorunternehmen.

34 Vgl. z.B. Art. 1 Ziff. 9 lit. c RL 2004/18/EG.

35 Vgl. auch Stöckli, Geltungsbereich, S. 53.

36 Vgl. Stöckli, Geltungsbereich, S. 56.

37 Vgl. dazu z.B. Stöckli, Geltungsbereich, S. 59 ff.

38 So etwa die Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG.

39 So zumindest im Ergebnis Stöckli, Geltungsbereich, S. 58.

40 Vgl. VGer-SG B 2006/184 zitiert nach Stöckli, Geltungsbereich, S. 58.

41 Musterbotschaft zur Revision IVöB vom Juni 2001 der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz BPUK, S. 21.

42 CR Concurrence-Clerc, Art. 5 LMI N. 82; Stöckli, Geltungsbereich, S. 58.

43 Vgl. Stöckli, Geltungsbereich, S. 57.

44 Stöckli, Geltungsbereich, S. 54.

Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a IVöB ableiten, dass sie – analog den Sektorennunternahmen – nur partiell für die nicht-gewerblichen Tätigkeiten dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sind.⁴⁵ Dies im Gegensatz zur strengeren Rechtsprechung des EuGH (sog. Infektionstheorie, d.h. ganzheitliche Unterstellung des Auftraggebers auch für die gewerblichen Tätigkeiten).⁴⁶

3.1.8 Fazit

Der persönliche Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts ist klar, wenn es sich um typische Beschaffungsstellen bzw. Verwaltungseinheiten der kantonalen oder kommunalen Verwaltung handelt. Sobald jedoch staatliche Aufgaben von ausserhalb dieser Verwaltungsorganisationen liegenden Organisationen, Institutionen bzw. Privaten erfüllt werden, bedarf die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht einer vertieften Einzelfallprüfung und sie kann kaum generell-abstrakt festgestellt werden. Die Unterstellungsvoraussetzungen in den Staatsverträgen und der IVöB sind höchst auslegungsbedürftig und die massgebenden Kriterien, auch mangels einschlägiger höchstrichterlicher Präjudizien zu diesen Fragen, wenig «griffig». Die Lehre behilft sich zur Konkretisierung mit einem Rückgriff auf die europäische Gesetzgebung und Rechtsprechung, der aber angesichts der Unterschiede in Verwaltungsrecht, Begrifflichkeiten und Rechtstradition keine direkt übertragbaren Resultate bringt. Die Voraussetzungen der Unterstellung ausgelagerter Verwaltungsträger oder «beliehener» Privater unter das Vergaberecht bleiben deshalb vage.

3.2 Sachlicher Geltungsbereich: Unterstellte Beschaffungen

Ist die Unterstellung eines Auftraggebers unter das öffentliche Beschaffungsrecht klar bzw. geklärt, muss in einem zweiten Schritt untersucht

werden, ob die geplante Beschaffung dieses Auftraggebers auch sachlich in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt und nach dessen Regeln getätigt werden muss.

3.2.1 Anknüpfungspunkt: Öffentliche Beschaffung

Die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts setzt (implizit) voraus, dass überhaupt eine «öffentliche Beschaffung» vorliegt. Dieser Begriff ist auslegungsbedürftig und muss gegenüber anderen, ähnlichen staatlichen Tätigkeiten abgegrenzt werden.

a. Begriff

Das öffentliche Beschaffungswesen ist Teil der so genannten «Bedarfsverwaltung» (teilweise auch als «administrative Hilfstätigkeit» bezeichnet). Im Rahmen dieses Verwaltungsbereichs stellt das Gemeinwesen die notwendigen Bauten, Güter und Dienstleistungen bereit, um seine Aufgaben erfüllen zu können.⁴⁷ Dabei hat der Staat grundsätzlich zwei Möglichkeiten, seinen Bedarf an Gebäuden, Sachmitteln oder Dienstleistungen zu decken: Entweder stellt er die Güter selber her bzw. erbringt die Leistungen durch eigenes Personal oder er kauft sie auf dem freien Markt ein. Im zweiten Fall legen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts fest, wie die staatlichen Beschaffungsstellen beim «Einkauf» vorgehen müssen.

Das Bundesgericht hat in einem älteren, aber nach wie vor gültigen Präjudiz den Begriff der öffentlichen Beschaffung relativ eng definiert.⁴⁸ Danach müssen drei Kriterien erfüllt sein:

- Die staatliche Beschaffungsstelle tritt auf dem freien Markt als Nachfragerin einer Leistung (als «Konsumentin») auf;
- Ein in der Regel privates Unternehmen offeriert als Anbieter die «vertragstypische» Leistung;
- Staat und Anbieter treten in rechtsgeschäftlichen Kontakt im Rahmen dessen der Staat gegen Entgelt die zur Erfüllung öffentlicher Aufgabe benötigten Güter oder Dienstlei-

stungen vom Anbieter erwirbt (sog. synallagmatischer Leistungsaustausch).

b. Abgrenzungen

In Anwendung dieser (engen) Begriffsdefinition stellen verschiedene staatliche Tätigkeiten und Vorgänge keine öffentlichen Beschaffungen dar, weil sie die Begriffselemente nicht oder nicht vollständig aufweisen. Häufig handelt es sich um Vorgänge mit einem «umgekehrten» Leistungsaustausch, d.h. der Private zahlt dem Staat ein Entgelt, damit er ein Recht erhält bzw. ausüben darf oder es fehlt an einer direkten Gegenleistung des Privaten für eine Zahlung des Staates oder an einem Entgelt überhaupt.⁴⁹ Konkret geht es beispielsweise um folgende Vorgänge, die ausgehend von der bundesgerichtlichen Definition und vorbehaltlich einer genauen Einzelfallprüfung keine öffentlichen Beschaffungen darstellen:

- Erteilung von Konzessionen und Sondernutzungskonzessionen: Der Staat tritt hier in der Regel als Regulator auf bzw. räumt ein Recht zur Benützung des öffentlichen Grund und Bodens ein. Der Private (nicht der Staat) zahlt ein Entgelt für den Erhalt und die Ausübung der Konzession. Typisches Beispiel ist die Erteilung einer Konzession für den Plakataushang. Falls aber im Rahmen der Konzessionierung ein synallagmatischer Austausch von Leistung und Gegenleistung stattfindet oder der Konzessionär von Dritten ein Entgelt erhält, ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht ausgeschlossen.⁵⁰ Dies gilt auch in den Fällen von so genannten Bau- und Dienstleistungskonzessionen, die v.a. im EU-Raum so bezeichnet werden und bei denen es sich genau besehen wohl um die Vergabe von Bau- bzw. Dienstleistungsaufträgen handelt.⁵¹ Auch für den Fall einer einseitigen, regulatorisch geprägten Konzessionierung bestehen jedoch gewisse verfahrensrechtliche Minimalanforderungen, die jedoch ausserhalb des Vergaberechts liegen (vgl. Art. 2 Abs. 7 BGBM und unten Ziff. 3.2.1.c).
- Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Pri-

vate: Bei diesem Vorgang («Beleihung») wird einem Privaten (Leistungserbringer) die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe gegenüber anderen Privaten (Leistungsbezüger). Das Entgelt fliesst dabei unter den Privaten und nicht an den Staat. Im typischen Beispiel von Spitex-Dienstleistungen, die durch eine private Organisation erbracht werden, hat das Zürcher Verwaltungsgericht eine öffentliche Beschaffung deshalb verneint.⁵² Diese Abgrenzung ist allerdings umstritten, da der Staat, würde er die Aufgabe selber erfüllen, die dazu notwendigen Sachmittel und Dienstleistungen klarerweise im Rahmen von Vergabeverfahren beschaffen müsste.⁵³

- Gewährung von Subventionen: Es findet kein Leistungsaustausch statt, die Geldüberweisung erfolgt einseitig vom Staat an den Subventionsempfänger.⁵⁴
- So genannte «*in-house*-Vergaben»: Aufträge, die innerhalb der Verwaltungsorganisation des Gemeinwesens von der einen Verwaltungseinheit an die andere erteilt werden, stellen keine öffentlichen Beschaffungen dar. Es fehlt an der Grundvoraussetzung des Einkaufs auf dem freien Markt. Diese im Grundsatz einleuchtende Unterscheidung kann in der Praxis zu heiklen Abgrenzungsfragen führen, v.a. wenn es nicht um Aufträge unter typischen Verwaltungseinheiten geht, sondern um solche eines Gemeinwesens an ausgelagerte, von ihm aber noch kontrollierte Privatrechtssubjekte bzw.

45 Stöckli, Geltungsbereich, S. 55.

46 Vgl. die Nachweise bei Stöckli, Geltungsbereich, S. 55.

47 Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, § 4 N. 11.

48 Vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f. = Pra 2000 Nr. 149 S. 884.

49 Vgl. zu Letzterem Fetz, N. 72.

50 Vgl. Fetz, N. 75.

51 Vgl. dazu Beyeler, Geltungsbereich, N. 108, S. 131 ff.

52 Vgl. VGer-ZH VB.2000.00126 E. 2b, zitiert nach Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 113.

53 Vgl. Fetz, N. 73 f.

54 Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 121; Beyeler, Geltungsbereich, N. 47 S. 98 f.

gemischtwirtschaftliche Unternehmen o.ä. geht (sog. «*quasi in-house*»-Geschäfte).

c. Vorbehalt: Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung und Rechtsumgehung

Der enge Beschaffungsbegriff stösst in der vergaberechtlichen Lehre, vor allem was die generelle Ausklammerung der Konzessionen und Aufgabenauslagerungen an Private anbelangt, auf Kritik. Er wird heute in dieser Allgemeinheit wohl überwiegend als überholt betrachtet.⁵⁵ Das strikte Abstellen auf einen synallagmatischen Leistungsaustausch, bei welchem das Entgelt (in Geldform) vom Staat im Austausch mit der «vertragstypischen» Leistung an den Anbieter fliesen muss, wird in der Tat komplexen Geschäften und Vorgängen häufig nicht gerecht und öffnet Tür und Tor für Umgehungskonstrukte. Eine gefestigte Rechtsprechung zu einem in dieser Hinsicht «erweiterten» Beschaffungsbegriff besteht in der Schweiz allerdings noch nicht; dazu fehlt ein entsprechendes Präjudiz des Bundesgerichts. Vor diesem Hintergrund wird zu Recht gefordert, dass bei komplexeren Vorgängen, im Zuge derer ein Privater vom Staat ausgewählt und mit der Erbringung gewisser Leistungen beauftragt wird, sich die Prüfung der Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht einfach mit der Prüfung der drei genannten Begriffselemente gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erschöpfen kann, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des gesamten Vorgangs, unter Berücksichtigung aller Leistungsflüsse, stattfinden muss.⁵⁶ Wenn bei dieser Gesamtwürdigung das Schwergewicht bei dem Teil des Geschäfts liegt, der vergaberechtlich relevant ist und das Geschäft aus staatlicher Sicht nicht rein fiskalisch motiviert ist, so müsste die Auswahl des Geschäftspartners im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolgen.⁵⁷ Zu beachten ist also stets das Verbot der Rechtsumgehung; durch eine bloss formal andere Strukturierung einer Geschäftsbeziehung bzw. Geschäftsanbahnung dürfen die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht ausgehebelt werden.

Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass auch bei einer fehlenden Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts der Staat bei «Auswahlentscheiden», d.h. wenn er unter mehreren am Geschäftskontakt mit dem Gemeinwesen interessierten Privaten eine Person auswählen muss, stets an das Gleichbehandlungsgebot, an Treu und Glauben, das Willkürverbot und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden bleibt. Die Auswahl muss also in einem rechtsstaatlichen und fairen Verfahren erfolgen. Häufig ist diesfalls die Rede davon, dass ein zum öffentlichen Beschaffungsrecht «analoges» Verfahren anzuwenden sei.⁵⁸ Für die Vergabe von Konzessionen im Monopolbereich schreibt Art. 2 Abs. 7 BGBM eine öffentliche Ausschreibung vor, ohne aber das Verfahren im Einzelnen zu regeln.

3.2.2 Bestimmung des Geltungsbereichs: Auftragsart und Auftragswert

Das GPA definiert seinen sachlichen Anwendungsbereich wie folgt (Art. 1 Ziff. 2 GPA): «Dieses Übereinkommen findet Anwendung auf jede Beschaffung durch vertragliche Methoden, einschliesslich Kauf oder Leasing, Miete oder Mietkauf mit oder ohne Kaufoption. Es gilt auch für Beschaffungen von Kombinationen von Waren und Dienstleistungen.» Diese generelle Umschreibung wird durch Anhänge konkretisiert, in welchen die unterstellten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge aufgezählt oder näher definiert werden. Das Bilaterale Beschaffungsabkommen knüpft grundsätzlich an diesen sachlichen Geltungsbereich an (Ziff. 2.1).

In Umsetzung der Staatsverträge knüpft auch Art. 6 Abs. 1 IVöB an dieses Konzept an. Die Beschaffungsvorschriften des Staatsvertragsbereichs der IVöB sind demnach insbesondere auf die folgenden Aufträge anwendbar:

- Bauaufträge über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten: Die Bauaufträge sind nur erfasst, wenn sie auf der entsprechenden Positivliste von Anhang 1 Annex 5 zum GPA auf-

geführt sind. Dieser definiert die unterstellten Bauaufträge auf der Grundlage der sog. *Common Product Classification* (CPC-Liste, in ihrer provisorischen Fassung). Die verschiedenen Kategorien von Bauleistungen sind jedoch in Nummer 51 der CPC-Liste derart weit gefasst, dass praktisch alle Bauleistungen erfasst sind.⁵⁹

- Lieferaufträge über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Miet-Kauf: Grundsätzlich unterliegen alle Güterlieferungen den Staatsverträgen bzw. der IVöB, mit einer hier nicht interessierenden Ausnahme.
- Dienstleistungsaufträge sind, wie Bauaufträge, nur unterstellt, wenn sie in der entsprechenden Positivliste enthalten sind (Anhang 1 Annex 4 GPA).

Ist ein bestimmter öffentlicher Auftrag von seiner Art her dem Beschaffungsrecht unterstellt, muss er zusätzlich nach seinem Wert die (hohen) Schwellenwerte der Staatsverträge erreichen, damit er dem Staatsvertragsbereich der IVöB unterliegt. Ansonsten sind für die Vergabe dieses Auftrages die Vorschriften des Binnenbereichs der IVöB anwendbar.

Im Binnenbereich sind demgegenüber grundsätzlich *alle* kantonalen und kommunalen Aufträge dem Beschaffungsrecht unterstellt. Dieser weite Geltungsbereich entspricht der Vorgabe von Art. 5 Abs. 1 BGBM.⁶⁰ Jedoch werden auch hier die drei vorgenannten Auftragsarten unterschieden; diese Unterscheidung ist relevant zur Bestimmung des massgebenden Schwellenwertes und damit des anwendbaren Verfahrens, d.h. des offenen oder selektiven Verfahrens, des Einladungsverfahrens oder des freihändigen Verfahrens (Direktvergabe).⁶¹

Abgrenzungsfragen hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs bzw. der anwendbaren Vorschriften und Verfahren können sich stellen, wenn verschiedene Auftragsarten in einer Beschaffung miteinander kombiniert sind, der Auftragswert nicht genau feststellbar ist oder unterschiedliche Auftraggeber (z.B. eine Bundes- und

eine Kantonsstelle bzw. eine staatliche Stelle und ein Privater) zusammen eine Beschaffung durchführen.⁶²

3.2.3 Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich

Verschiedene allgemeine (systembedingte) oder spezifische Ausnahmen bewirken, dass gewisse Beschaffungen nicht nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts abgewickelt werden müssen.⁶³

Eine implizite bzw. systembedingte Ausnahme von den Beschaffungsrechtsregeln muss gelten für die Geschäftstätigkeit im Bereich des sog. Finanzvermögens des Gemeinwesens. Dazu zählen bekanntlich Vermögensobjekte, die das Gemeinwesen wegen ihres Geldwertes besitzt und die es *nicht unmittelbar* zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt. Objekte im Finanzvermögen sollen als Anlagen einen angemessenen Ertrag sichern; insofern dienen sie nur mittelbar der Erfüllung öffentlichen Aufgaben.⁶⁴ Das Finanzvermögen betreffende Geschäfte verfolgen dementsprechend rein fiskalische Absichten und das Gemeinwesen erfüllt damit nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben; es muss insofern ohne «Fesseln» des Beschaffungsrechts gleichberechtigt wie Private handeln können, ansonsten eine

55 Vgl. dazu z.B. Beyeler, Geltungsbereich, N. 15 S. 73 und N. 53 ff. S. 102 ff.; Fetz, N. 73.

56 Beyeler, Geltungsbereich, N. 58 S. 105.

57 Beyeler, Geltungsbereich, N. 58 S. 105 Fussnote 100.

58 Vgl. z.B. Schneider Heusi/Jost, S. 30.

59 Fetz, N. 69; Beyeler, Geltungsbereich, N. 7 S. 69.

60 Vgl. Schneider Heusi/Jost S. 29.

61 Vgl. dazu Jäger, Beschaffungsrecht, N. 40 und N. 46.

62 Vgl. Fetz, N. 70; Jäger, Beschaffungsrecht, N. 44 und N. 51 ff.

63 Vgl. dazu Beyeler, Geltungsbereich, Rz. 18 ff.; Fetz, N. 77 ff.

64 Tschannen/Zimmerli/Müller, § 48 N. 12. Das Finanzvermögen umfasst demgegenüber Objekte, die dem Gemeinwesen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dienen, wie z.B. Schulgebäude, Werkhof etc. (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, § 48 N. 13).

Schlechterstellung der öffentlichen Hand mit gewichtigen, auch finanziellen Nachteilen bewirkt würde.⁶⁵

Ausgenommen sind ferner Beschaffungen, bei welchen von der Natur der Sache her gar *kein Wettbewerb* erzeugt werden kann, weil der Anbieter über ein «singuläres» Gut verfügt, welches das Gemeinwesen nur exklusiv bei ihm beschaffen kann (wie z.B. der Erwerb eines Grundstücks, dazu sogleich Ziff. 4.1). Von den Staatsverträgen explizit ausgeschlossen werden aufgrund ihrer Besonderheiten auch individuelle Personalanstellungen oder Verträge über den Kauf von Wasser und über die Lieferung von Energie und Energieträgern.⁶⁶

Nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen sodann, wie bereits gesagt, Auftragsvergaben im Zusammenhang mit kommerziellen Tätigkeiten des Gemeinwesens in Bereichen, in denen wirksamer Wettbewerb herrscht (Ziffer 3.1.3).

Schliesslich statuiert Art. 10 IVöB – in Übereinstimmung mit dem GPA – gewisse *explizite Ausnahmen*, z.B. für Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten oder wenn durch die Auftragsvergabe nach Beschaffungsrecht die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet oder bestehende Schutzrechte verletzt würden oder die Ausnahme zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Mensch, Tieren und Pflanzen notwendig ist.⁶⁷

4. Immobiliengeschäfte der öffentlichen Hand

4.1 Grundsatz: Keine Unterstellung

Das GPA und das bilaterale Beschaffungsabkommen klammern «die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über den Erwerb oder die Miete von Grundstücken, vorhandenen Ge-

bäuden oder anderen unbeweglichen Sachen oder in Bezug auf diesbezügliche Rechte, ungeachtet der Finanzmodalitäten» im Sinne einer Ausnahme ausdrücklich aus ihrem Geltungsbereich aus.⁶⁸ Die erfassten Lieferaufträge sind denn auch ausdrücklich auf die Beschaffung bzw. Lieferaufträge *beweglicher* Güter beschränkt (Ziff. 3.2.2).

Dieser Ausschluss greift aber nicht nur im Anwendungsbereich der Staatsverträge, sondern generell: Immobiliengeschäfte fallen nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Die Ausnahme ist letztlich systemimmanent, da reine Immobiliengeschäfte keinen oder nur sehr beschränkt Wettbewerb zulassen – ein bestimmtes Grundstück kann selbstredend nicht von mehreren Anbietern, sondern nur vom betreffenden Eigentümer angeboten werden.⁶⁹ Keine Rolle spielt die Art des Rechtserwerbs an Immobilien, d.h. ob die Immobilien gekauft, gemietet oder geleast werden oder ob ein Baurecht eingeräumt wird.

Die Ausnahme findet ihre Grenze im Verbot der Rechtsumgehung (Ziff. 3.2.1.c), namentlich hinsichtlich der Regeln über die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen.⁷⁰ Diesbezüglich heikel sind Verknüpfungen und «Paket»-Lösungen von Bauarbeiten und Grundstücksgeschäften (dazu sogleich Ziff. 4.2.1).

4.2 Relativierung der Ausnahme: Umgehung des Beschaffungsrechts

4.2.1 Vorgeschobenes Immobiliengeschäft

Gemäss der vergaberechtlichen Lehre gilt die Ausnahme dann nicht, wenn im Rahmen von Immobilien-Transaktionen – Erwerb oder Miete eines Grundstücks oder eines bestehenden Gebäudes – durch die öffentliche Hand die Regeln des Beschaffungsrechts für öffentliche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge umgangen werden sollen, mithin das vergaberechtsfreie Im-

mobilienwerbengeschäft nur vorgeschoben ist, um die Nichtunterstellung unter das Beschaffungsrecht zu erreichen.⁷¹

Will das Gemeinwesen somit nicht «einfach» ein Grundstück, ein Baurecht oder ein bestehendes Gebäude erwerben und anschliessend die allenfalls notwendigen Bau- bzw. Anpassungsarbeiten im massgebenden Vergabeverfahren vergeben, so ist die Umgehungsproblematik näher zu prüfen. Diese Prüfung beinhaltet eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung des konkreten Geschäfts und muss insbesondere berücksichtigen, ob die geschäftsüblichen Risiken des Verkäufers/Vermieters – Amortisations- und Vermietungsrisiko beim Bau- und Verkauf-/Vermietung eines Gebäudes – auf das Gemeinwesen verschoben werden, so dass der Veräusserer sicher sein kann, dass seine Investitionen in jedem Fall amortisiert werden. Dies kann über langfristige Mietverträge und/oder über Regelungen von Heimfallentschädigungen, allenfalls sogar verbunden mit Konventionalstrafen bei vorzeitigem Ausstieg, u.ä. geschehen.⁷²

Rechtsfolge einer Umgehung der Bestimmungen über das öffentliche Vergaberecht ist, dass das Immobilienwerbengeschäft (Grundstückkauf oder Miete) nicht «vergaberechtsfrei» getätigt werden kann, sondern die öffentliche Hand nach diesen (d.h. den umgangenen) Vorschriften vorzugehen hat.⁷³ Falls bereits privatrechtlich gültig abgeschlossene Verträge bestehen, besteht nach der heutigen Rechtslage allerdings noch grosse Unsicherheit, ob überhaupt und falls ja welche Auswirkungen die Verletzung des Vergaberechts auf diese Verträge hat.

4.2.2 Mögliche Umgehungstatbestände

Nachfolgend soll auf einige Immobiliengeschäfte kurz eingegangen werden, bei denen die Umgehungsfrage auf der Hand liegt und die deshalb vergaberechtlich heikel sind. Es handelt sich stets um Fallgruppen, die über einen reinen Grundstücks- bzw. Gebäudeerwerb hinaus noch ge-

wisse (Bau-)Leistungen des Verkäufers bzw. Vermieters beinhalten.

a. Grundstückskauf mit Unternehmerklausel

In dieser Konstellation kauft das Gemeinwesen ein unbebautes Grundstück, wobei im Grundstückkaufvertrag die Verpflichtung besteht, den Verkäufer oder einen Dritten, d.h. einen konkret bestimmten Architekten oder Bauunternehmer, mit den Planungs- oder Bauleistungen zur Überbauung des Grundstücks zu beauftragen («Unternehmerklausel»).

⁷⁴ Vergaberechtlich problematisch an dieser Verknüpfung ist, dass der Leistungserbringer für die Bau- oder Dienstleistungen ausserhalb eines Vergabeverfahrens ausgewählt wird, mithin der Markt für Mitbewerber geschlossen bleibt. Der Auftrag an den Architekten oder an den Bauunternehmer müsste – ohne gleichzeitigen Grundstückkauf – klarerweise nach den Regeln über die Vergabe von Bau- bzw. Dienstleistungsaufträgen erfolgen. Eine Freihandvergabe ausser Konkurrenz an einen bestimmten Anbieter ist dagegen nur in seltenen Ausnahmesituationen⁷⁵ gestattet. Die Direktvergabe von öffentlichen Aufträgen gestützt auf eine vertraglich vereinbarte Unternehmerklausel kann vergaberechtlich nur in seltenen Fällen, eigentlichen Ausnahme- bzw.

65 Wohl in diesem Sinn: Beyeler, Geltungsbereich N. 93, vgl. auch N. 58 Fussnote 100, S. 105.

66 Vgl. dazu und unter Hinweis auf das GPA Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 S. 79 f. (Personal) und N. 8 S. 69 (Energie).

67 Vgl. dazu Beyeler, Geltungsbereich, N. 18 f. S. 83 f.; Fetz, N. 81 ff.

68 Vgl. Bilaterales Beschaffungsabkommen, Anhang VI, Anmerkung Nr. 3; GPA, Anhang I, Annex 4 Anmerkung Nr. 3.

69 Z.B. Beyeler, Geltungsbereich N. 16 S. 78 f.; Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 120.

70 Zufferey/Le Fort, S. 102.

71 vgl. Zufferey/Le Fort, S. 102 f.; Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 S. 78 Fn. 33 mit weiteren Hinweisen.

72 Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 Fn. 33 S. 78 f.

73 Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 Fn. 33 S. 79;

74 Vgl. SVIT, § 8 N. 14; Stöckli, Unternehmerklausel, S. 137.

75 Zu den Ausnahmetatbeständen vgl. § 9 Abs. 1 VRöB.

Zwangssituationen, zulässig sein. Die Lehre hält dafür, die freihändige Vergabe eines Bau- oder Dienstleistungsauftrages im Rahmen eines Grundstückserwerbs lediglich dann zu gestatten, wenn das Gemeinwesen mit Blick auf die Funktion, die dem Bauprojekt zugeordnet ist, geradezu zwingend auf das Grundstück bzw. diesen Standort angewiesen ist, auf dem die Unternehmerklausel lastet.⁷⁶ Konkret: Das geplante Gebäude der öffentlichen Hand kann nur an diesem Standort die ihm zugeordnete Funktion erfüllen. Ist der Erwerb des Grundstücks ausgeschlossen, ohne auch die Unternehmerklausel zu akzeptieren, so soll die Freihandvergabe der Bauarbeiten gebilligt werden, da ansonsten, wenn überhaupt, nur der Weg der Enteignung bliebe.⁷⁷ Vergaberechtlich kann dieses Vorgehen gestützt auf den in den meisten kantonalen Erlassen zum Vergaberecht enthaltenen Ausnahmetatbestand, wonach eine freihändige Auftragsvergabe möglich ist, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt,⁷⁸ gerechtfertigt werden.

Als Beispiel einer solchen Zwangslage ist etwa Folgendes vorstellbar: Eine Gemeinde will die bestehende Schulanlage um eine neue Dreifachturnhalle ergänzen. Als Standort bietet sich dafür eine noch unüberbaute Parzelle an, die direkt an die Schulanlage angrenzt, sich aber im Eigentum des (verkaufswilligen) lokalen Bauunternehmers befindet und mit einer entsprechenden Unternehmerklausel «bewehrt» ist. Andere unüberbaute Grundstücke in vernünftiger Distanz sind nicht vorhanden oder zumindest bis zum Zeitpunkt, in welchem die Dreifachturnhalle gemäss Schulraumplanung vorhanden sein muss, nicht verfügbar. Der Bau auf einer weit entfernten Gemeindepazelle wäre mit unzumutbaren Nachteilen bezüglich Stundenplanung, Schulwegsicherheit und Synergieeffekten verbunden und eine Verlegung der ganzen Schulanlage an einen anderen Standort unverhältnismässig. Der Gemein-

de ist es somit ausnahmsweise gestattet, das Grundstück zu erwerben und die Bauarbeiten direkt dem lokalen Bauunternehmer in Auftrag zu geben.

Abgesehen von solchen Situationen stellt die Kombination eines vergaberechtsfreien Grundstückskausfs mit einer an sich unterstellten Auftragsvergabe einen klassischen Umgehungsstatbestand dar. In der Praxis folgt daraus, dass das Gemeinwesen den Grundstückskauf scheitern lassen müsste, falls der Verkäufer nicht bereit ist, auf die Unternehmerklausel zu verzichten. Soll das zu erwerbende Grundstück beispielsweise als Standort für Bürogebäude der Verwaltung dienen, so wird kaum je eine Rechtfertigung vorliegen, eine damit verbundene Unternehmerklausel zu akzeptieren. Hier werden mit Blick auf die Funktion des Gebäudes – es spielt für das Funktionieren der Verwaltung keine entscheidende Rolle, wo auf dem Gemeindegebiet sich die Büroräumlichkeiten befinden – in der Regel mehrere Bauparzellen in Frage kommen, so dass ein gewisser Standortwettbewerb stattfinden kann und Parzellen mit Unternehmerklauseln dabei zum Vornherein ausscheiden (müssen). Gewisse Nachteile von «klauselfreien» Alternativstandorten muss das Gemeinwesen dabei in Kauf nehmen, ansonsten liesse sich das öffentliche Beschaffungsrecht bei Immobiliengeschäften sehr leicht aushebeln.

Will das Gemeinwesen nicht in die beschriebene Zwangslage kommen, eine Unternehmerklausel faktisch akzeptieren zu müssen oder allein aufgrund des Bestehens von solchen Exklusivitätsklauseln auf den Erwerb von an sich attraktiven und sehr gut geeigneten Grundstücken verzichten zu müssen, so ist eine langfristige und vorausschauende Standortplanung und –sicherung angezeigt. Die Instrumente dazu stellt nicht das öffentliche Beschaffungsrecht, sondern die Raumplanung bzw. Nutzungsplanung zur Verfügung (Ausscheiden von Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen und Gebieten mit Sondernutzungsplanpflicht, Festlegen von Baulinien, Erlass von Planungszonen nach Art. 27 RPG oder Bausperren, o.ä.).

b. Erwerb eines projektierten oder im Bau befindlichen Gebäudes

Bei dieser Fallgruppe geht es um den Erwerb – Kauf oder Miete – einer «künftigen Sache». Je nach Planungsstadium, in welchem das Gemeinwesen sich für den Erwerb des Gebäudes interessiert, wird somit das Gebäude «ab Plan» (Baubewilligung erteilt) oder im aktuellen Ausführungszustand erworben. Der Grundstück-kaufvertrag kann entweder auch werkvertragliche Elemente enthalten oder aber als reiner Kaufvertrag über ein künftiges Gebäude ausgestaltet sein. Im zweiten Fall verpflichtet sich der (private) Verkäufer des Baulands, dem Gemeinwesen eine durch ihn erst noch zu erstellende Baute zu einem Pauschalpreis zu verkaufen.

Zu dieser Konstellation finden sich in der vergaberechtlichen Lehre und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, keine Hinweise oder Präjudizien. Meiner Auffassung nach kann es auch dem Gemeinwesen nicht zum Vorhinein verwehrt sein, ein Grundstück samt Gebäude ab Plan im Sinne eines «Kaufs einer künftigen Sache» zu erwerben. Darin liegt nicht zwingend eine Umgehung des Vergaberechts.

Der Erwerb eines bestehenden Gebäudes ist, wie gesagt, unbestrittenermassen von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen (Ziff. 4.1). Es kann dabei meines Erachtens keinen Unterschied machen, *wann* der Kaufvertrag durch das Gemeinwesen unterzeichnet wird, d.h. ob zu diesem Zeitpunkt das Gebäude bereits fertig gebaut ist oder ob es sich um ein ausführungsfähiges, baubewilligtes oder sich im Bau befindliches Gebäude handelt. Entscheidend ist vielmehr, ob das Gemeinwesen nur als Käufer einer Immobilie oder aber (auch) als Auftraggeber für Bauarbeiten auftritt. Hat die öffentliche Hand keinen massgeblichen Einfluss auf Konzeption und Ausgestaltung des Gebäudes, wurde dieses nicht auf ihre Bedürfnisse «massgeschneidert» und liegt das Risiko, einen Käufer für die von ihm geplante Baute zu finden und seine Investitionen amortisieren zu können, beim Verkäufer, so besteht kein Grund, eine Umgehung des Vergaberechts

anzunehmen. Wichtige Voraussetzung ist zudem, dass der Eigentumsübergang am Vertragsobjekt (Grundbucheintrag) erst mit der Fertigstellung erfolgt, auch wenn der Kaufvertrag zeitlich vorher abgeschlossen worden ist. Der Verkäufer ist zur Übereignung der künftigen Sache, nicht aber zwingend selber zu deren Herstellung verpflichtet.⁷⁹

An dieser Beurteilung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn kein reiner Kaufvertrag vorliegt, sondern der Vertrag gewisse (untergeordnete) werkvertragliche Elemente enthält, das Gemeinwesen mithin als Besteller von Bau- oder anderen Arbeiten auftritt. Allerdings muss der gleichzeitig mit dem Kauf ausgelöste Bauauftrag umfang- und wertmässig so beschränkt bleiben, dass die Bauarbeiten ein «vernachlässigbares Akzessorium»⁸⁰ darstellen, was etwa anzunehmen ist, wenn Arbeiten im Umfang wie bei einem bei Geschäftsliegenschaften üblichen Mieterausbau ausgelöst werden.⁸¹

Abgesehen davon ist zur Verhinderung von Umgehungen des Beschaffungsrechts jedoch stets eine Einzelfallprüfung erforderlich, um die zulässigen Immobilienbeschaffungen von der unzulässigen Umgehung der Ausschreibung öffentlicher Bauaufträge abzugrenzen. Das jeweilige Geschäft muss im Gesamtzusammenhang mit der Immobilienpolitik des betroffenen Gemeinwesens beurteilt werden. Die Umgehung der Bestimmungen über die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen wäre etwa evident, wenn eine Gemeinde systematisch Gebäude ab Plan kauft und die Unternehmer sich darauf verlassen können, sei es intuitiv oder sogar informell abgesprochen, nach dem aktuellen Bedarf der Gemeinde konzi-

76 Stöckli, Unternehmerklausel, S. 137.

77 Stöckli, Unternehmerklausel, S. 137.

78 So der Wortlaut von § 9 Abs. 1 Bst. c VRöB. Die kantonalen Beschaffungsrechtserlasse enthalten meistens diese oder eine ähnlich formulierte Ausnahme.

79 Vgl. Gauch, N. 126 ff.

80 Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 Fn. 33 S. 79.

81 Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 Fn. 33 S. 79.

pierte Liegenschaften tatsächlich an diese verkaufen zu können. Ebenfalls gesprengt wird der zulässige Rahmen, wenn nach dem Kauf das bestehende Projekt durch grössere Projektänderungen nachträglich auf die öffentliche Hand als Käuferin zugeschnitten würde.

c. Erwerb eines «bestellten», zugeschnittenen Gebäudes

Erwirbt das Gemeinwesen ein Grundstück und vereinbart in diesem Rahmen auch die Erstellung eines nach seinen Vorstellungen konzipierten und ausgestalteten Gebäudes, so liegt darin eine unzulässige Umgehung des öffentlichen Beschaffungsrechts. Das an sich vergaberechtsfreie Immobiliengeschäft wird kombiniert mit einem unterstellten öffentlichen Bauauftrag, der faktisch freihändig vergeben wird, ohne dass in der Regel ein vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand für eine freihändige Vergabe vorliegen würde (Einzelfallprüfung vorbehalten). Zu denken ist beispielsweise an den Kauf oder die Miete eines Gebäudes, an welchem noch erhebliche bauliche Anpassungen gemacht werden müssen oder welches der private Verkäufer auf seinem eigenen Grundstück erst noch errichtet.

Im Gegensatz zum bereits bestehenden oder ausführungsfähigen, baubewilligten Gebäude kann in solchen Fällen das Gemeinwesen auf Konzept und Ausgestaltung der Baute massgeblich Einfluss nehmen. Umgekehrt hat der Verkäufer oder Vermieter bei dermassen zugeschnittenen Gebäuden in der Regel – vertraglich abgesichert – Gewissheit, dass er das Gebäude tatsächlich mit Gewinn verkaufen oder vermieten kann (kein Leerstandsrisiko, Amortisation der Investitionen etc.).⁸²

Wichtiges Indiz für die Annahme einer Umgehung ist beispielsweise ein auf lange Dauer abgeschlossener Mietvertrag, verbunden mit einer Klausel, wonach bei einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages der Vermieter im Umfang des Restbetrages der Baukosten schadlos zu halten ist.⁸³ Gleiches gilt, wenn das Gemeinwesen einem Investor ein Grundstück im Baurecht überträgt und

der Investor darauf ein bestimmtes Gebäude (Infrastrukturbauten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben wie insb. ein Werkhofgebäude) erstellt, das er anschliessend der Gemeinde langfristig vermietet, bevor es nach Ablauf der Baurechtsdauer an die Gemeinde heimfällt (was ein PPP-Konstrukt sein kann; Ziff. 4.3). Ein solches Geschäft untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht.⁸⁴

d. Erwerb eines bestehenden Gebäudes mit untergeordneten Anpassungen

Die Lehre geht schliesslich davon aus, dass untergeordnete Bauarbeiten, die durch den Verkäufer/Vermieter zu Gunsten des erwerbenden Gemeinwesens am Gebäude noch ausgeführt werden, keinen Umgehungstatbestand begründen.⁸⁵

Mietet also die städtische Verwaltung ein Bürogebäude, in welchem gewisse Anpassungen für die Büroarbeitsplätze der Angestellten nach Wünschen der Verwaltung vorgenommen werden, so kann dies ohne Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags direkt durch den Vermieter erfolgen. Dies soll jedenfalls für Anpassungsarbeiten gelten, die sich im Rahmen der geschäftsüblichen Gepflogenheiten bewegen und insgesamt geringfügig sind.⁸⁶ Dass der Käufer noch Einzelheiten – im Sinne eines vernachlässigbaren Akzessoriums⁸⁷ – wie die Farbe der Tapeten oder die Art der Bodenbeläge mitbestimmen kann, ändert meines Erachtens nichts an der Nichtunterstellung. Hingegen wäre ein Mieterausbau – grössere Anpassungsarbeiten, die durch den Mieter in dem vom Vermieter in einem gewissen (Roh-)Zustand zur Verfügung gestellten Gebäude ausgeführt werden, nach den entsprechenden Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts zu vergeben.

4.3 Beschaffungsrechtliche Erfassung von Public Private Partnership (PPP)

Der Begriff «Public Private Partnership» ist wirtschaftswissenschaftlicher Natur. Vereinfacht gesagt ist damit die langfristige Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, typischerweise Bau und Betrieb von Infrastrukturen, mit einer Risikoaufteilung unter den Partnern gemeint. Dabei macht sich das Gemeinwesen das Finanzierungspotential und das Know-how privater Investoren und Promotoren zu Nutze.⁸⁸

Die Kooperation kann verschiedene Formen annehmen. Im Wesentlichen lassen sich für den Zweck des Vergaberechts zwei Modelle unterscheiden, das Gesellschafts- und das Vertragsmodell.⁸⁹ Die beiden PPP unterscheiden sich vor allem in der Art ihrer Begründung:

- **Vertrags-PPP:** Die PPP wird vertraglich begründet. «Es handelt sich um einen synallagmatischen Vertrag zwischen einer öffentlichen Auftraggeberin und einem Unternehmen, wonach der Private eine Bau-, Sach- oder Dienstleistung zu erbringen hat, um damit der staatlichen Auftraggeberin die Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu verbessern».⁹⁰
- **Gesellschafts-PPP:** Im Rahmen einer solchen Zusammenarbeit gründen das Gemeinwesen und ein Privater eine gemeinsame, gemischt-wirtschaftliche Unternehmung.⁹¹

Typische Beispiele sind Hochbau-PPP bzw. Infrastruktur-PPP: In einem auf Dauer angelegten Rechtsgeschäft übernimmt der Private im Auftrag und gegen Entgelt des Gemeinwesens auf eigene Rechnung Bau, Betrieb und Unterhalt einer baulichen Infrastruktur, etwa eines Spitals, eines Strassentunnels oder ähnlichem, und überlässt diese mietweise dem Gemeinwesen. Gleichzeitig übernimmt der Private unter Umständen weitere Aufgaben.⁹² Die strikte Trennung zwischen Staat und Privaten wird im Rahmen von solchen PPP verwischt, was beschaffungsrecht-

liche Fragen aufwirft, da die beiden Partner einander nicht in einer klassischen Beschaffungssituation – Staat als Nachfrager und Privater als Anbieter – gegenüber treten und nicht in einem einfachen, synallagmatischen Leistungsaustausch bezüglich eines einzelnen Geschäfts stehen. Vielmehr handelt es sich häufig um ein komplexes Geflecht von verschiedenen Verträgen und/oder Leistungsflüssen unter den Partnern, teilweise zusätzlich unter Einbezug Dritter. Das PPP nähert sich, je nach Ausgestaltung, einer Aufgabenauslagerung bzw. Privatisierung an.⁹³ Die vergaberechtliche Beurteilung dieser zwei Modelle ist komplex und umstritten. Zusammengefasst und vereinfacht kann Folgendes festgehalten werden:

Im Fall eines vertraglich begründeten PPP muss das Gemeinwesen den Vertragspartner im Rahmen eines Verfahrens nach öffentlichem Beschaffungsrecht suchen und auswählen. Letztlich erbringt der Private in diesen Fällen entgeltlich eine Leistung an den Staat; es liegt im Kern eine öffentliche Beschaffung vor.⁹⁴ Die Realisierung eines Hochbau-/Infrastruktur-PPP stellt deshalb

82 Vgl. So Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 S. 79 Fn. 33; VGE-SZ 817/06 vom 29.08.2006, E. 4.4 und 4.5, zitiert nach Beyeler, Tischmacherhof, Rz. 43 ff.; Esseiva, S. 137.

83 Vgl. So Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 S. 79 Fn. 33; VGE-SZ 817/06 vom 29.08.2006, E. 4.4 und 4.5, zitiert nach Beyeler, Tischmacherhof, Rz. 43 ff.; Esseiva, S. 137.

84 Vgl. VGE-SZ 817/06 vom 29.08.2006, E. 4.4 und 4.5, zit. nach Beyeler, Tischmacherhof, N. 1 ff.

85 Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 S. 78 f. Fn. 33.

86 Beyeler, Geltungsbereich, N. 16 Fn. 33 S. 79

87 So Beyeler, Geltungsbereich, N. 16, S. 78.

88 Vgl. Beyeler, Tischmacherhof, N. 41 und dazu ausführlich Bolz/ Ehrensperger/Oetterli, S. 13 ff.

89 Schneider Heusi/Jost, S. 27; Vgl. zu den verschiedenen Modellen im Allgemeinen: Bolz/ Ehrensperger/ Oetterli, S. 23 ff.

90 Beyeler, Geltungsbereich, Rz. 105.

91 Beyeler, Geltungsbereich, Rz. 107; Schneider Heusi/Jost, S. 29.

92 Vgl. Beyeler, Tischmacherhof, Rz. 42.

93 Schneider Heusi/Jost, S. 27.

94 Vgl. VGE-SZ III 2007 10 vom 06.03.2007, zit. nach Beyeler, Tischmacherhof, Rz. 5; Schneider Heusi/Jost, S. 36 f.

einen unterstellten, ausschreibungspflichtigen Sachverhalt dar.⁹⁵ Im schweizweit bekannten PPP-Projekt zum Bau und Betrieb des Verwaltungszentrums Neumatt in Burgdorf BE (Gebäude für Regionalgericht, kantonale Behörden, Polizei, Regionalgefängnis und weitere Nutzungen) wurde dementsprechend ein (angepasstes) selektives Vergabeverfahren in Form einer Präqualifikation mit dreistufigem Gesamtleistungswettbewerb durchgeführt.⁹⁶

Im Gesellschaftsmodell geht die Auffassung dahin, dass der private PPP-Partner des Gemeinwesens, sofern er kein Entgelt erhält, nicht in einem Vergabeverfahren ausgewählt werden muss, wobei teilweise ein «analoges» Verfahren verlangt wird.⁹⁷ Etwas anderes gilt dann, wenn diese Vorgehensweise als Umgehungstatbestand zu werten ist.⁹⁸

Ist das PPP-Konstrukt einmal gebildet und allenfalls eine entsprechende rein private oder gemischtwirtschaftliche Zweck- bzw. Betreibergesellschaft gegründet, stellt sich die weitere Frage, ob diese Gesellschaft dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht und ihre Beschaffungen nach den entsprechenden Regeln zu tätigen hat. Diese Frage ist nach den Kriterien des subjektiven Geltungsbereichs zu beantworten (Ziff. 3.1).⁹⁹ Zu beachten ist sodann, dass nach schweizerischer Praxis vom sog. Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung auszugehen ist: Wurde ein Vertrags-PPP oder eine Investorensuche nach den vergaberechtlichen Regeln ausgeschrieben und der Partnern somit im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgewählt, so kann dieser Private seinerseits Beschaffungen ohne Beachtung des Vergaberechts tätigen.¹⁰⁰

5. Qualitätsvorgaben im Vergabeverfahren

Die Städteposition CH als Auftraggeberin des Gutachtens möchte wissen, wie die öffentliche Hand in Vergabeverfahren nach öffentlichem Beschaffungsrecht auf die Qualität der Bauten Einfluss nehmen kann.

Zunächst ist festzuhalten, dass für Bauprojekte, bei denen die architektonische Qualität von grosser Bedeutung ist, in jedem Fall ein Architekturwettbewerb durchgeführt werden sollte. Ein solches Vorgehen schliesst ein Vergabeverfahren nicht etwa aus, im Gegenteil lässt sich beides kombinieren: Gemäss § 9 Abs. 1 Bst. j VRöB, der in den meisten kantonalen Beschaffungsgesetzen übernommen wurde, kann die Beschaffungsstelle den Vertrag mit dem Gewinner des Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs freihändig abschliessen, wenn der durchgeführte Wettbewerb den Grundsätzen des Vergaberechts entsprach.

Ausserhalb eines Architekturwettbewerbes kann meines Erachtens mit folgenden Mitteln versucht werden, auf die architektonische Qualität eines Gebäudes Einfluss zu nehmen bzw. diese sicherzustellen:

- Separate Vergabe zuerst eines Architekturauftrages (Dienstleistungsauftrag) mit entsprechenden Anforderungen an die Leistung bzw. Eignung und anschliessend Vergabe des fertigen Projekts als Bauauftrag zur Realisierung, anstatt Ausschreibung einer Gesamtleistung.
- Definition der verlangten Qualität im Leistungsverzeichnis, das zentraler Anforderungskatalog und Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet.
- Formulierung entsprechender Anforderungen an die Eignung der Anbieter (Eignungskriterien), die durch Referenzen nachgewiesen werden müssen (z.B. «Erfahrung mit Bauten an städtebaulich sensibler Lage» oder ähnliches).
- Festlegen eines Zuschlagskriteriums «archi-

tektonische Qualität» oder ähnlich mit einer angemessenen Gewichtung (z.B. 30-40 Prozent). Allerdings scheint mir eine rechtlich einwandfreie Beurteilung eines solchen Zuschlagskriteriums in der Praxis schwierig zu sein, da sich die Frage stellt, wie das Zuschlagskriterium vergaberechtlich korrekt zu bewerten ist (subjektiver Eindruck? Transparenz? Vergleichbarkeit?) und welche Nachweise – wahrscheinlich wiederum Referenzprojekte – die Anbieter einreichen müssen. Im Ergebnis würde ein solches Vorgehen wohl wiederum auf einen Architekturwettbewerb mit einer Jury-Bewertung hinauslaufen, ohne dass hier aber das Verfahren klar und transparent geregelt wäre. Die vergaberechtlichen Risiken eines solchen Zuschlagskriteriums scheinen mir jedenfalls bedeutend zu sein.

6. Verhaltensempfehlungen in vergaberechtlichen Zweifelsfällen

Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrecht ist, wie gesehen, unter gewissen Gesichtspunkten höchst umstritten oder unklar. In der vergaberechtlichen Beratung stellen sich immer wieder Fragen nach der Unterstellung bestimmter Institutionen oder Organisationen mit «Staatsbezug» oder nach der Unterstellung gewisser Auftragsvergaben («Ausschreibungspflicht»). Häufig müssen zudem die Antworten auf diese Fragen zwangsläufig vage ausfallen, weil in der Schweiz zu wichtigen Punkten des Geltungsbereichs Gerichtsentscheide fehlen und man sich lediglich auf (kontroverse) Lehrmeinungen stützen kann.

Die Rechtsunsicherheit in einem Beschaffungsgeschäft kann in der Praxis somit für Beschaffungsstelle und Anbieter gross sein. Aufgrund dieser schwierigen Ausgangslage bleibt für jede Beschaffungsstelle ein gewisses Risiko, falls es sich nicht um einen klaren bzw. «klassischen» Fall ei-

ner dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellten Verwaltungseinheit oder Beschaffung handelt.

Als Faustregel ist vor diesem Hintergrund zu empfehlen, einen Auftrag im Zweifel stets nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts zu vergeben, was die höchste Rechtssicherheit verspricht. Da dies in der Praxis jedoch häufig nicht zu befriedigen vermag, können in Zweifelsfällen folgende Massnahmen empfohlen werden, um die Risiken einzuschätzen und zu minimieren:

- Interne «Rechenschaftsablage»: Die Beschaffungsstelle ist gut beraten, die Entscheidungsgrundlagen für oder gegen die Unterstellung des Geschäfts unter das öffentliche Beschaffungsrecht sauber aufzuarbeiten und zu dokumentieren (Welche Überlegungen sprechen für und gegen das gewählte Vorgehen? Welches sind die rechtlichen Rahmenbedingungen? Wo liegen die rechtlichen, wirtschaftlichen, politischen etc. Risiken?). Diese interne Aktennotiz kann als Grundlage für den Entscheid und zur Rechtfertigung bei später auftauchenden Fragen wertvoll sein.
- Vier-Augen-Prinzip und Erhöhung der Legitimität: Bei grosser Unsicherheiten oder Geschäften von grosser Tragweite (politischer, wirtschaftlicher oder städtebaulicher Bedeutung) empfiehlt es sich, jedenfalls das Vier-Augen-Prinzip unter Einbezug des direkten Vorgesetzten einzuhalten und allenfalls – zur Erhöhung der Legitimität des Entscheides zum

95 Vgl. VGE-SZ 817/06 vom 29.08.2006, zitiert nach Beyeler, Tischmacherhof, Rz. 2.

96 Vgl. dazu den Verein PPP, Erfahrungsbericht, S. 120 ff.

97 Vgl. Beyeler, Geltungsbereich, N. 107 S. 128; Jost/Schneider Heusi, S. 30.

98 Vgl. Beyeler, Geltungsbereich, N. 107 S. 128.

99 Schneider Heusi/Jost, S. 30.

100 Beyeler, Geltungsbereich, N. 50 S. 100; Schneider Heusi/Jost, S. 33; VGE-SZ 817/06 vom 29.08.2006, E. 4.4 und 4.5 sowie VGE-SZ III 2007 10 vom 06.03.2007, beide zit. nach Beyeler, Tischmacherhof, Rz. 1 ff.; Scherler/Schneider Heusi, N. 43, S. 225.

gewählten Vorgehen – die Anhebung des Entscheides auf eine höhere Hierarchiestufe bzw. auf die Ebene des politischen Entscheidungsträgers (auch wenn an sich die formelle Entscheidungskompetenz der Verwaltung gegeben wäre).

- Beizug des Rechtsdienstes oder Einholen einer Expertise: Bei komplexen, bedeutsamen oder besonders heiklen Beschaffungsgeschäften (ausserhalb des «Tagesgeschäfts») ist zumindest der interne Rechtsdienst beizuziehen oder allenfalls ist sogar die Einholung einer externen Expertise angezeigt. Eine Grundsatzabklärung in Form eines externen Gutachtens lohnt sich auch, wenn es darum geht, in stets wiederkehrenden Konstellationen Rechtssicherheit zu schaffen. Unabdingbar erscheinen sodann solche Rechtsabklärungen bei PPP-Projekten.
- Definition qualitätssichernder bzw. standardisierter Prozesse bei Immobiliengeschäften: Reine Immobiliengeschäfte sind, wie gesehen, dem öffentlichen Beschaffungsrecht nicht unterstellt. Dennoch kann die öffentliche Hand bezüglich benötigter Grundstücke einen gewissen Standortwettbewerb lancieren, sofern nicht ein einziger Standort zwingend erscheint. Gleiches gilt für die Einmietung oder den Erwerb von nicht-spezifischen Gebäuden für die Verwaltung (Bürogebäude o.ä.). Da diese Beschaffungen ausserhalb eines Vergabeverfahrens erfolgen, kann es sich lohnen, dennoch ein standardisiertes, qualitätssicherndes Vorgehen für die Suche und Auswahl von Immobilienobjekten zu definieren (z.B. in Form eines Immobilienhandbuchs oder einer «Standort- und Raumpolitik/-planung» o.ä.).
- Beizug von Fachverbänden (z.B. SIA, FSU) zur Mitwirkung bei strategisch bzw. für den öffentlichen Raum wichtigen Immobiliengeschäften oder bei der Festlegung von Standards für die Immobilienbeschaffung.

7. Beantwortung der Fragen

1. Was ist generell dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt?

Das öffentliche Beschaffungsrecht definiert die Regeln, die beim staatlichen «Einkauf» auf dem Markt, d.h. bei der Vergabe von staatlichen Lieferaufträgen für (bewegliche) Güter, Dienstleistungs- und Bauaufträge zu beachten sind. Es steuert die Suche und Auswahl eines geeigneten und wirtschaftlich günstigen Leistungserbringers. Unterstellt sind, unter je besonderen Voraussetzungen alle Auftraggeber, die entweder Teil der Bundes-, Kantons- oder Gemeindeverwaltungen sind oder, unabhängig von der Rechtsform, staatsgebunden oder in bestimmten Sektoren tätig bzw. mehrheitlich subventioniert sind oder zumindest öffentliche Aufgaben erfüllen.

2. Welche Vermögensbestandteile, Bauvorhaben und Immobiliengeschäfte des Gemeinwesens fallen in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts? Im Einzelnen:

a. Welche Auftraggeber sind unterstellt?

In den subjektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fallen, soweit hier interessierend, zunächst Kantone, Gemeinden und dezentrale Verwaltungseinheiten (z.B. Bezirksverwaltung o.ä.), aber auch öffentliche oder private Unternehmen in bestimmten (Infrastruktur-)Sektoren bzw. die mit besonderen, ausschliesslichen Rechten ausgestattet sind. Weiter unterstehen sog. Einrichtungen des öffentlichen Rechts, also Auftraggeber gleich welcher Rechtsform, aber mit eigener Rechtspersönlichkeit, die unter beherrschendem Einfluss des Staates stehen und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen. Schliesslich haben auch Institutionen und Organisationen ihre Beschaffungen nach den vergaberechtlichen Bestimmungen abzuwickeln, die zwar nicht unter staatlicher Beherrschung stehen, aber Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sind sowie Private, sofern die Beschaffung zu mehr als 50 Prozent von der öffentlichen

Hand subventioniert wird. Die Unterstellung entfällt, soweit die genannten Auftraggeber kommerziell tätig, d.h. wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sind.

b. Trifft es zu, dass Bauten des Finanzvermögens vom öffentlichen Beschaffungsrecht nicht erfasst sind?

Diese Aussage ist meines Erachtens zutreffend. Für Tätigkeiten von Kantonen und Gemeinden, die sie im Bereich ihres sog. Finanzvermögens entfalten, muss eine systembedingte Ausnahme von den Beschaffungsrechtsregeln gelten. Vermögensobjekte des Finanzvermögens sind Ertragszielsetzungen unterworfen (Anlagevermögen) und dienen nicht unmittelbar der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben. Das Gemeinwesen muss insofern ohne «Fesseln» des Beschaffungsrechts gleichberechtigt wie Private handeln können.

c. Fällt der Erwerb eines unbebauten Grundstücks, eines Grundstücks mit einer Unternehmerklausel oder eines Grundstücks mit einem bewilligten Bauprojekt oder einem bereits fertiggestellten Gebäude durch das Gemeinwesen unter das öffentliche Beschaffungsrecht?

Grundsätzlich nein. Der Erwerb oder die Miete von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderen unbeweglichen Sachen oder in Bezug auf diesbezügliche Rechte ist, ungeachtet der Finanzierung und des Rechtserwerbs, vom öffentlichen Beschaffungsrecht ausgenommen. Dies muss nach der hier vertretenen Auffassung unter bestimmten Voraussetzungen auch für den Kauf eines Gebäudes ab Plan (Kauf einer künftigen Sache) gelten.

Diese Ausnahme steht jedoch unter dem Vorbehalt des Verbots von Rechtsumgehungen. Das Erwerbsgeschäft muss unter diesem Aspekt einzelfallweise nach einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung geprüft werden, falls das Gemeinwesen nicht nur die Immobilie erhält, sondern der Private gleichzeitig weitere damit verbundenen Dienstleistungen erbringt oder Bauarbeiten ausführt. Heikel ist der kombinierte Kauf eines Grundstücks mit der gleichzeitigen, durch

eine Unternehmerklausel gesteuerten Direktvergabe von Bauarbeiten an den Verkäufer. Solches kann nur in (seltenen) Fällen zulässig sein, in denen das Gemeinwesen mit Blick auf die Funktion des geplanten Gebäudes zwingend auf diesen Standort angewiesen ist. Zulässig sind dagegen die Ausführung von untergeordneten, geringfügigen Bauarbeiten oder Dienstleistungen im Rahmen des Immobiliengeschäfts.

d. Erfasst das öffentliche Beschaffungsrecht die Vergabe von Bauaufträgen für Gebäude und Infrastrukturanlagen, die im Rahmen eines sog. Public Private Partnership (PPP) oder auf ähnliche Weise durch Private geplant, realisiert und allenfalls auch betrieben werden?

In der Regel ja, soweit es um Erstellung und/oder Betrieb von Infrastrukturen und Gebäuden geht. Die PPP-Thematik ist komplex. Das Vertragsgeflecht und die Leistungsflüsse im Rahmen eines PPP zwischen Gemeinwesen und Privaten müssen unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (auch) vergaberechtlich und unter dem Aspekt der Rechtsumgehung jeweils im Einzelfall analysiert werden. Vertraglich begründete PPP mit einem synallagmatischen, entgeltlichen Leistungsaustausch müssen in aller Regel Gegenstand eines Vergabeverfahrens bilden.

3. Kann die öffentliche Hand mit langfristigen Mietverhältnissen die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens umgehen («Miete statt Kauf»)?

Grundsätzlich fällt die Miete von Immobilien nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht und sie stellt auch nicht per se eine Umgehung dar. Erst wenn damit darüber hinausgehende Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauarbeiten des Vermieters zu Gunsten der öffentlichen Hand verbunden sind, kann es sich um eine Umgehung des öffentlichen Beschaffungsrecht handeln. Abgesehen davon schreibt das Vergaberecht dem Gemeinwesen keine bestimmte Immobilienpolitik vor; ob die öffentliche Hand die benötigten Gebäude langfristig mietet oder kauft, ist beschaffungsrechtlich irrelevant.

4. Wie kann die öffentliche Hand in Vergabeverfahren nach öffentlichem Beschaffungsrecht auf die Qualität der Bauten Einfluss nehmen?

Dieses Ziel kann wohl am besten durch einen Architekturwettbewerb erreicht werden. Im Anschluss daran kann dem Gewinner der Auftrag vergaberechtlich zulässigerweise freihändig vergeben werden, wenn die Grundsätze des Vergaberechts im Wettbewerb eingehalten wurden. Die architektonische Qualität bei Bauaufträgen kann überdies durch Auswahl geeigneter Anbieter, d.h. durch entsprechende Eignungskriterien und durch Vorgaben an die Angebote (Qualität als Zuschlagskriterium) erfolgen. Zudem kann die Beschaffungsstelle das Leistungsverzeichnis so formulieren, dass die architektonische Qualität ein wichtiger Bestandteil der Leistungserbringung wird.

5. Können Empfehlungen abgegeben werden dazu, wie eine Gemeinde mit Unsicherheiten bezüglich der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts umgehen soll und wie sie sich in unklaren Fällen absichern kann?

Grundsätzlich gilt die Regel, dass im Zweifelsfall ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Abgese-

hen davon lautet die wichtigste Empfehlung, dass sich die Beschaffungsstelle selber ehrlich Rechenschaft ablegt, aus welchen Gründen und Motiven das Vorhaben nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt werden soll. Der Verfahrensentcheid muss innerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen objektiv und nachvollziehbar, mit sachlich haltbaren Argumenten begründet werden können und dokumentiert werden. In heiklen Fällen lohnt es sich, den Rechtsdienst beizuziehen und/oder eine externe Expertise einzuholen und den Entscheid durch den politischen Entscheidsträger legitimieren zu lassen.



Christoph Jäger,
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Bern

Literaturverzeichnis

- Beyeler Martin, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts. Gedanken zum Begriff des öffentlichen Auftrags, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zürich 2008 (zit. Beyeler, Geltungsbereich)
- Beyeler Martin, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht. Anmerkungen zu Urteil 2C_116/2007 vom 10. Oktober 2007, in: *Jusletter* 7. Januar 2008 (zit. Beyeler, Tischmacherhof)
- Biagini Giovanni, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Thürer Daniel/Weber Karl/Zäch Roger (Hrsg.), *Bilaterale Verträge der Schweiz-EG*, Zürich 2002
- Bolz Urs/Ehrensperger Marc/Oetterli Jörg, Teil 1: Grundlagen, in: Bolz Urs (Hrsg.), *Public Private Partnership in der Schweiz, Grundlagenstudie - Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung*, Zürich 2005
- Bock Christian, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und seine Umsetzung ins schweizerische Submissionsrecht, in: *AJP* 1995 S. 709 ff.
- Clerc Evelyne, Art. 5 LMI, in: Tercier Pierre/Bovet Christian (Hrsg.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce ; commentaire*, Genève Bâle Munich 2002. (zit. CR Concurrence-clerc)
- Cottier Thomas/Wagner Manfred, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), in: *AJP* 1995 S. 582 ff.
- Esseiva Denis, Achat d'un bâtiment (Kauf eines Gebäudes), in: *BR* 1999 S. 137
- Fetz Marco, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XI, 2. Auflage, Basel 2007
- Galli Peter/Lehmann Daniel/Rechsteiner Peter, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996
- Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Clerc Evelyne, *Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone und der Europäischen Union*, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich 2007
- Gauch Peter, *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich 2011

- Jäger Christoph, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. BE, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. Jäger, Vorbefassung)
- Jäger Christoph, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008 (zit. Jäger, Beschaffungsrecht)
- Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft – SVIT (Hrsg.) – Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, Zürich 2005, S. 251-262 (zit. SVIT)
- Kuonen Dominik, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. BE, Bern 2005
- Scherler Stefan/Schneider Heusi Claudia, Wettbewerb und Studienaufträge, die neuen Regeln, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010
- Schneider Heusi Claudia/Jost Felix, Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2006, Sonderheft 06, Zürich/Fribourg 2006
- Stöckli Hubert, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts. System und der Versuch einer Synthese, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008 (zit. Stöckli, Geltungsbereich)
- Stöckli Hubert, Grundstückkauf und Unternehmerklausel/Achat d'un terrain avec clause d'entrepreneur, in: BR 1999, S. 137. (zit. Stöckli, Unternehmerklausel)
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
- Verein PPP Schweiz (Hrsg.), Public Private Partnership (PPP), Praxisleitfaden Hochbau mit Erfahrungsbericht Pilotprojekt Neumat/BE, Zürich 2011 (zit. Verein PPP, Erfahrungsbericht)
- Zimmerli Ulrich, Auswirkungen des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens auf das Vergaberecht insbesondere der Gemeinden, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Berner Tage für die Juristische Praxis BTJP 2002, Die Sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern 2002
- Zufferey Jean-Baptiste/Le Fort Julien, l'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, in: BR 2006, S. 99 ff.

Impressum

Raum & Umwelt VLP-ASPAN:

Materialien zur Raumentwicklung
für Mitglieder der Schweizerischen
Vereinigung für Landesplanung,
erscheint sechsmal jährlich in
deutscher und französischer Sprache

Redaktion: Lukas Bühlmann

Gestaltung: Madeleine Ramseyer

Titelbild: VLP-ASPAN

Druck: Multicolor Print, Baar

Nachdruck von Texten und Bildern:
unter Angabe der Quelle erlaubt

VLP-ASPAN 

Schweizerische Vereinigung
für Landesplanung
Sulgenrain 20, CH-3007 Bern
Tel. +41 (0)31 380 76 76
Fax +41 (0)31 380 76 77
info@vlp-aspan.ch
www.vlp-aspan.ch