Übungsfälle – Lösungsskizze

(Öffentliches Beschaffungsrecht)

1. Die Schwimmbad Althausen AG ist Eigentümerin und Betreiberin des Hallenbads und des Freibads in der Gemeinde Althausen. Sie ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und steht zu 100% im Eigentum der Gemeinde. Der Gemeinderat Sewer, der gleichzeitig Verwaltungsratspräsident der Schwimmbad Althausen AG ist, wendet sich mit verschiedenen beschaffungsrechtlichen Fragen an Sie.

   a) Muss die Schwimmbad Althausen AG nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts einkaufen?

   Zu prüfen ist, ob die Aktiengesellschaft eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 IVöB ist. Falls ja, würde sie in den subjektiven Geltungsbereich der IVöB fallen und müsste beim Einkauf / bei der Vergabe von Aufträgen die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts beachten.

   Es könnte sich bei der Aktiengesellschaft um eine sog. Einrichtung des öffentlichen Rechts (EöR) handeln, weil sie im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben erfüllt und vollständig der Gemeinde gehört bzw. von dieser beherrscht wird (vgl. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Bst. f IVöB). Die privatrechtliche Rechtsform schliesst jedenfalls eine Unterstellung nicht aus. Als Einrichtung des öffentlichen Rechts fällt sie in den Staatsvertragsbereich der IVöB.

   Subsidiär könnte die Schwimmbad Althausen AG auch gemäss Art. 4 Abs. 4 IVöB unterstellt sein, v.a. als Trägerin kommunaler Aufgaben. Diesfalls wäre sie dem Nichtstaatsvertragsbereich unterstellt (d.h. keine Beachtung der spezifisch staatsvertraglichen Pflichten).

   b) Die Schwimmbäder weisen Sanierungsbedarf aus, wobei Kosten von schätzungsweise insgesamt ca. CHF 240'000 entstehen dürften. Die Schwimmbad Althausen AG will die notwendigen Bauarbeiten über zwei bis vier Jahre etappieren. Kann sie so vorgehen und in welchem Vergabeverfahren müssen die (Teil-)Aufträge vergeben werden?

   Die Schwimmbad Althausen AG darf etappiert vorgehen. Diese Etappierung darf aber nicht dazu führen, dass Aufträge mit einem Sachzusammenhang «künstlich» aufgetrennt werden, in der Absicht, ein tieferstufiges Vergabeverfahren, allenfalls sogar eine freihändige Vergabe der Aufträge zu ermöglichen (Zerstückelungsverbot, Verbot der Rechtsumgehung). Für die Verfahrenswahl müssten die Auftragswerte wahrscheinlich aufgrund des sachlichen Zusammenhangs für alle Teilaufträge geschätzt und dann zusammengezählt werden. Dies auf der Grundlage einer seriösen, vorsichtigen Schätzung der erwarteten Kosten. Falls die Schätzung von CHF 240'000 (ohne MWST) diesen Anforderungen entspricht und ein Bauauftrag (Bauhauptgewerbe) vorliegt, könnte somit (noch gerade) ein Einladungsverfahren gewählt werden (Sanitärarbeiten gehören zum Bau<u>nebenge</u>werbe). Ansonsten im Zweifel ein offenes Verfahren.

   c) Die Gemeinde möchte die Schwimmbad Althausen AG beauftragen, auf dem Gemeindegebiet alle Sanitäranlagen, wie öffentliche WC, Duschanlagen der Schulen

etc., zu reinigen, zu unterhalten, Reparaturen auszuführen etc. Darf die Gemeinde so vorgehen und ist dieser Auftrag dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt?

Die Gemeinde darf der Schwimmbad Althausen AG ausserhalb eines Vergabeverfahrens bzw. des öffentlichen Beschaffungsrechts direkt einen solchen Auftrag erteilten, wenn die Voraussetzungen der sog. Quasi-Inhouse-Vergabe erfüllt sind (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. d IVöB: «Diese Vereinbarung findet […] keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen bei Anbietern, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen»).

Diese Voraussetzungen könnten hier erfüllt sein, weil die Gemeinde als Alleineigentümerin die Kontrolle über die AG hat. Diese dürfte aber nicht bzw. nur zu einem unwesentlichen Anteil Aufträge für Dritte ausführen (Gefahr der Wettbewerbsverzerrung). Gemäss dem Sachverhalt kann angenommen werden, dass die AG wohl ausschliesslich diesen Gemeindeauftrag ausführen würde, was somit vergaberechtsfrei zulässig ist.

d) Anschlussfrage zu c): Dem ortsansässigen Sanitärbetrieb sind die Absichten der Gemeinde ein Dorn im Auge; er fürchtet, die lukrativen Aufträge der Gemeinde inskünftig zu verlieren. Kann der Sanitärbetrieb gegen die Gemeinde vorgehen, wann und unter welchen Voraussetzungen?

Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Verfassung verleiht keinen Anspruch darauf, staatliche Aufträge zu erhalten. Das Beschaffungsrecht regelt sodann nur, «wie» staatliche Aufträge am Markt zu vergeben sind, gibt aber ebenfalls keinen Anspruch auf den Auftrag (keine Kontrahierungspflicht der öffentlichen Auftraggeberin).

Der Sanitärbetrieb könnte indessen versuchen, gegen die Auftragsvergabe eine Beschwerde einzureichen mit der Rüge, die vergaberechtsfreie Auftragsvergabe an die Schwimmbad Althausen AG verletze das Beschaffungsrecht, weil der Auftrag dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen würde (z.B. weil die Voraussetzungen der Quasi-inhouse-Ausnahme <u>nicht</u> erfüllt seien). Zusätzlich müsste der Sanitärbetrieb aber wohl auch argumentieren, dass die Auftragswertschätzung zu tief erfolgt sei, der Auftragswert realistischerweise höher wäre, sodass ein offenes Verfahren hätte gewählt werden müssen. Grund: Der Sanitärbetrieb hat keinen Anspruch auf Einladung zur Offertstellung im Einladungsverfahren; nur im offenen Verfahren kann er auf jeden Fall eine Offerte einreichen.

Das geschilderte Vorgehen ist beschaffungsrechtlich denkbar bzw. möglich, aber in der Praxis nicht ganz einfach umzusetzen. Falls die Gemeinde den Auftrag direkt – ausserhalb des Vergaberechts – an die AG vergibt, ist fraglich, wie und wann der Sanitärbetrieb überhaupt von dieser Vergabe Kenntnis erhält und ob und bis zu welchem Zeitpunkt er gegen welches Anfechtungsobjekt eine Submissionsbeschwerde erheben könnte. Ab tatsächlicher Kenntnis müsste der Sanitärbetrieb jedenfalls handelt und entweder direkt eine Beschwerde einreichen oder zumindest eine anfechtbare Verfügung verlangen. Gleichzeitig müsste er zum einen seine Beschwerdelegitimation glaubhaft machen, d.h. seine Fähigkeit und sein Wille, die Sanitärarbeiten auszuführen und insofern auch, dass er Chancen auf den Zuschlag des Auftrags hätte (in einem offenen Verfahren). Zum anderen müsste er seine materiellen Rügen (keine vergaberechtsfreie interne Vergabe, falsche Auftragswertermittlung und damit falsche Verfahrenswahl) darlegen.

2. Die bernische Gemeinde Musterhausen beabsichtigt, das Verwaltungsgebäude «Zeughausplatz» einer Gesamtsanierung zu unterziehen. Sie schrieb den Bauauftrag, aufgeteilt in Lose nach den verschiedenen Arbeitsgattungen, im offenen Verfahren auf der Beschaffungsplattform simap.ch aus. Auf das Los «Fenster aus Holz» gingen 11 Offerten ein. Die Firma X. mit Sitz in Polen offerierte mit Abstand den günstigsten Preis für den Fenstererersatz. Im Selbstdeklarationsformular beantwortete X. die Frage «Halten Sie im Rahmen der Produktion die schweizerische und bernische Umweltgesetzgebung ein?» mit «Nein», wobei sie handschriftlich anfügte, sie halte die Umweltschutzgesetzgebung der Europäischen Union (EU) ein. Die Gemeinde G. schloss mit der Zuschlagsverfügung die Firma X. wegen fehlender Eignung vom Vergabeverfahren aus und erteilte den Zuschlag für die Lieferung und Montage der Fenster der zweitplatzierten Schweizer Firma Y.

   a) Kann sich die Firma X. gegen dieses Vorgehen zur Wehr setzen? Wie und unter welchen Voraussetzungen? Wie ist der Rechtsmittelweg?

      Ja, als unterlegene bzw. ausgeschlossene Anbieterin kann sie grundsätzlich Beschwerde führen. Die Beschwerdelegitimation der Firma X. hängt auch von den Zuschlagschancen ab, welche wohl aber bejaht werden können (ohne Ausschluss wäre es das preislich günstigste Angebot, zur Qualität gibt der Sachverhalt keine Anhaltspunkte). Der Rechtsmittelweg führt gemäss Art. 6 IVöBG zunächst an das zuständige Regierungsstatthalteramt und dann in zweiter Instanz an das bernische Verwaltungsgericht. Es gilt jeweils eine Beschwerdefrist von 20 Tagen.

   b) Welche Rechtsbegehren (Anträge) würden Sie als Anwältin/Anwalt für die Firma X. stellen?

      Wichtig ist zu bemerken, dass hier <u>zwei</u> Beschwerdeobjekte vorliegen und die Firma X. sowohl gegen den Ausschluss als auch gegen den Zuschlag Beschwerde führen muss, ansonsten ist sie u.U. nicht beschwerdelegitimiert (falls sie nur den Ausschluss anfechten würde).

      Die Anträge in der Sache lauten auf Aufhebung der Ausschlussverfügung und der Zuschlagsverfügung und Erteilung des Zuschlags an die Firma X., eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung und zu einem neuen Zuschlag im Sinne der Erwägungen.

      Wichtig ist sodann auch, Anträge zum Verfahren zu stellen. Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung; es muss ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden. Häufig wird zudem auch Akteneinsicht verlangt und die Einräumung der Möglichkeit, die Beschwerde danach ergänzen bzw. erneut Stellung nehmen zu können.

   c) Wie würden Sie die Beschwerde materiell begründen und wie schätzen Sie die Erfolgschancen ein?

      Hauptargument dürfte sein, dass der Ausschluss diskriminierend ist und gegen die Staatsverträge im öffentlichen Beschaffungswesen verstösst, weil die Umweltschutzgesetzgebung der EU materiell gleichwertig ist wie die schweizerische und bernische Gesetzgebung (Grundsatz der Inländerbehandlung, Verbot von Protektionismus, Leistungsortsprinzip u.ä.), Zudem fragt sich, was mit «bernischer» Umweltgesetzgebung überhaupt gemeint ist, da in der Schweiz ja hauptsächlich der Bund Umweltvorschriften erlässt und in diesem Bereich zuständig ist (Art. 74 BV).

      Zudem: Formelle Argumente gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses. Argument: Der Ausschluss ist überspitzt formalistisch und unverhältnismässig. Es hätte, wenn schon, vor dem Ausschluss nachgefragt werden müssen (z.B. Erklärung/Erläuterung einholen, weshalb die schweizerischen Vorschriften eingehalten sind).

Weitere Überlegungen/Risiken für die Beschwerdeführerin: Hat die Beschwerdeführerin die Rüge der materiellen Unzulässigkeit dieser Anforderung im Rahmen der Zuschlagsanfechtung verwirkt? Mehrstufigkeit des Rechtsschutzes: Die Rüge hätte womöglich durch Anfechtung der Ausschreibung vorgebracht werden müssen und ist im Zeitpunkt der Beschwerde gegen den Ausschluss/Zuschlag verwirkt. Allerdings durfte die Beschwerdeführerin im Rahmen der Ausschreibung ev. davon ausgehen, dass diese Anforderung auch dann als erfüllt betrachtet werde, wenn die EU-Normen im Umweltbereich bestätigt werden.

Ergebnis: Der Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens ist offen. Die formellen Überlegungen sprechen eher gegen einen Beschwerdeerfolg (v.a. Risiko der Verwirkung der Rüge). Die materiellen Einwände gegen den Ausschluss sind aber nicht von der Hand zu weisen (Verletzung übergeordneten Rechts).

Normtexte:

- *Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019; BSG 731.2-1)*
- *Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Juni 2021 (IVöBG; BSG 731.2)*
- *Verordnung zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. November 2021 (IVöBV; BSG 731.21)*