

# Workshop III: Regeln und Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte und für nicht erfasste Auftragsvergaben

*RA Daniela Lutz, Lindtlaw Anwaltskanzlei, Kreuzlingen/Zürich*  
*RA Romeo Minini, AGM, Zürich und Thun*

Der Workshop zu Regeln und Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte und für nicht erfasste Auftragsvergaben befasst sich zunächst mit der Darstellung der rechtlichen Grundlagen in Bund und Kantonen und möchte aufzeigen, wo sich spezielle Fragen zu Abgrenzungen und Verfahren stellen. Praxisbeispiele dienen dabei der Erläuterung und als Diskussionsgrundlage für die Teilnehmenden.

Am Anfang gilt es, das Thema des Workshops näher zu umschreiben und die im Titel verwendeten Begriffe näher zu definieren. Die *unterschwellige Vergabe* ist eine öffentliche Beschaffung, die den Schwellenwert für ein formalisiertes Verfahren nicht erreicht. *Nicht erfasste Auftragsvergaben* fallen entweder nicht in den sachlichen oder persönlichen Geltungsbereich des jeweiligen Gesetzes (z.B. Inhouse-Beschaffungen) und gelten somit nicht als öffentliche Beschaffungen, oder sie beruhen auf einer positivgesetzlich geregelten sog. „Unterstellungsausnahme“ (z.B. die freihändige Vergabe aufgrund unvorhersehbarer Dringlichkeit, vgl. Art. XV Abs. 1 lit. c GPA).

In diesen Fällen sehen die Beschaffungsgesetze keinen Rechtsschutz vor. Die Beschwerdemöglichkeiten erschöpfen sich in der Geltendmachung krasser Verletzungen allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze.

## **Rechtslage im Bund (R. Minini)**

Die gesetzlichen Grundlagen für Beschaffungen des Bundes finden sich primär in den Staatsverträgen, dem BoeB und der VoeB. Daneben sind auch Spezialgesetze zu beachten (BGBM, KG, UWG, ATG, NSG/NSV). Die dem Gesetz unterstellten Auftraggeberinnen sind in Art. 2 BoeB aufgeführt. Gemäss Art. 2 Abs. 3 BoeB kann der Bundesrat das Gesetz auf weitere Tatbestände anwendbar erklären. Die VoeB regelt zusätzlich die übrigen Beschaffungen des Bundes. Für diese übrigen Beschaffungen des Bundes ist - im Gegensatz zu den BoeB Beschaffungen - der Rechtsschutz ausdrücklich ausgeschlossen.

Auftraggeberinnen des Bundes oder vom Bund beherrschter öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationen sind bei bestimmten Tätigkeiten und bei Überschreitung der Schwellenwerte somit dem Gesetz unterstellt. Dies gilt ebenfalls für privatrechtliche Organisationen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen.

Das Gesetz scheint also auf den ersten Blick klar zu regeln, welche Einheiten und welche Art von Leistungen ihm unterstellt sind. Dieser erste Blick täuscht: So kann insbesondere in den Bereichen Informationstechnologie und Telekommunikation bereits die Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Lieferauftrag komplexe Fragen aufwerfen. In Zweifelsfällen muss das GPA konsultiert werden, wo im Anhang I eine ausführliche Liste von Ausnahmen und Gegenausnahmen zur Unterstellung aufgeführt werden. Zu beachten bleibt ausserdem, dass das UVEK gestützt auf Art. 2b VoeB - konkretisiert in der Verordnung über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht vom 18. Juli 2002 (SR 172.056.111) - Auftraggeberinnen für gewisse (Teil-)Bereiche vom Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts ausnehmen kann (sog. Ausklinkklausel).

Beim Prozess der Beschaffung sind als Kernpunkte immer auch die allgemeinen Maximen des Beschaffungsrechts und des Verwaltungsverfahrens einzuhalten: Das Vergabeverfahren muss transparent gestaltet sein, es muss einen Wettbewerb der Anbieter ermöglichen, die An-

bieter haben einen Anspruch auf Gleichbehandlung und die Vergabe muss nach fairen Kriterien erfolgen. Bei all diesen Punkten können sich heikle Fragen stellen. Beispielsweise kommt gerade in hochqualifizierten Wettbewerbsbereichen häufig nur eine einzige Firma als Anbieterin in Betracht (z.B. bei Informatik-Produkten). Falls der Auftraggeberin während des Verfahrens ein Fehler unterlaufen ist, stellt sich die Frage, ob die anderen Anbieter einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht haben. Schliesslich soll die öffentliche Hand im Sinne einer fairen Vergabe ihre dominierende Marktstellung auf der Nachfrageseite nicht dazu missbrauchen, um von den Anbietern unzumutbare Konzessionen einzufordern.

Zusammenfassend muss betont werden, dass selbst wenn eine Beschaffung anscheinend klar unter das Gesetz fällt, zuerst immer die völkerrechtlichen Bestimmungen und die Verordnungen des Bundes zu konsultieren sind. Im Beschaffungsverfahren sind auch die allgemeinen in Verfassung und Verwaltungsgesetzen statuierten Grundsätze einzuhalten. Die Vergabestellen sollten in diesem Bereich vermehrt sensibilisiert werden. Sie müssen die Beschaffung als Prozess erkennen, den es von Anfang an zu planen gilt. Dies beginnt mit einer detaillierten internen Abklärung über den Beschaffungsgegenstand und den zeitlichen Horizont (Dringlichkeit kann bei falscher Planung auch hausgemacht sein).

### **Ablauf einer sorgfältigen Beschaffungsplanung**

Als erster Schritt einer Beschaffung muss die Auftraggeberin sorgfältig abklären, ob ihre Einheit dem Vergaberecht unterstellt ist. Bereits in diesem frühen Stadium der Beschaffung droht ein Sammelsurium von Fallstricken und Stolpersteinen. Die heutige Regelung ist immer dann kompliziert, wenn es sich um öffentlich-rechtliche Organisationen handelt, die unter Kontrolle des Bundes stehen oder von diesem dominiert werden. Zukünftig sollen solche Abgrenzungen einfacher werden. Es ist geplant, ausschliesslich auf die Mehrheitsbeteiligung des Bundes abzustellen.

Als zweiter Schritt muss als zentrale Frage der finanzielle Umfang des Beschaffungsvorhabens abgeklärt werden. Als einfache Richtschnur lässt sich dieser wie folgt definieren: Es handelt es sich um den Betrag in Franken, den man auszugeben gedenkt. Die Praxis der Rekurskommission verlangt dabei eine grosszügige Kalkulation. Der Betrag ist ohne Einbezug der Mehrwertsteuer zu berechnen und darf nicht künstlich zerstückelt werden, um damit unter den Schwellenwerten zu bleiben. Liegt die ermittelte Gesamtsumme über den Schwellenwerten, so ist es hingegen trotzdem zulässig, für einzelne Teilbereiche ein eigenes Vergabeverfahren durchzuführen. Beinhaltet das Beschaffungsvorhaben eine Option auf spätere Berücksichtigungen, so wird der massgebliche Gesamtbetrag aus der Summe von Betrag und Option errechnet. Liegt der korrekt ermittelte Gesamtbetrag über den Schwellenwerten, so ist auftragsbezogen zu prüfen, ob als Korrekturmassnahme eine Anwendung der Ausklinkklausel (siehe oben) in Betracht fällt. Bei dieser Frage stehen wettbewerbspolitische Aspekte im Zentrum und dem Gutachten der Wettbewerbskommission kommt damit eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung durch das UVEK zu (vgl. Art. 3 Abs. 2 der UVEK-Verordnung vom 18. Juli 2002).

### **Fallbeispiel<sup>1</sup>**

Der vorliegende Entscheid der eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) illustriert anschaulich, wie die oben erwähnten Abgrenzungsschwierigkeiten und gesetzlichen Verweise die Beschaffung in einem Einzelfall komplizieren können.

#### *Sachverhalt*

Die SBB AG beabsichtigte, ihre Standorte und Strecken (Bahnhöfe, Perrons, Office-Bereich, SBB-Begegnungszonen, Zugdepots, Rollmaterial, Strecken) mit einem öffentlichen drahtlo-

---

<sup>1</sup> Entscheid der BRK vom 30. Nov. 2004, BRK 2004-012 (PWLAN-Netz in öffentlichen SBB-Arealen).

sen Internet-Zugang (Public Wireless Local Area Network, PWLAN) auszurüsten. Einerseits sollte der schnelle Internetzugang den Bahnreisenden angeboten werden, andererseits plante die SBB das Netz für den Eigenbedarf nutzen. Die SBB wollte nicht selber als Betreiberin dieses Netzes auftreten, sie suchte deshalb eine längerfristige Partnerschaft mit einem PWLAN-Betreiber, dem sie gegen Bezahlung den kontrollierten Zugang zu ihren Standorten und die Vernetzung aller Antennenstandorte anbot. Ein nicht berücksichtigter Anbieter erhob Beschwerde gegen den Zuschlag.

### *Entscheid*

Zuerst klärt die BRK ab, ob die SBB im vorliegenden Fall überhaupt als Nachfragerin von Leistungen auftritt und damit ein Beschaffungstatbestand gegeben ist. Diese Frage wird für den Bereich PWLAN für Bahnkunden verneint mit dem Hinweis, dass die SBB ihrerseits Leistungen gegen Entschädigung (Gebühren und Umsatzbeteiligung) an einen privaten Interessenten anbietet, der als eigenständiger Betreiber der PWLAN-Dienste in Erscheinung tritt. Andererseits beabsichtigt die SBB, mobile Datenübertragungskapazität für ihren Eigenbedarf zu beziehen. Im Bereich der Eigennutzung tritt die SBB somit als Kundin, d.h. als Nachfragerin von Kommunikationsdienstleistungen auf. Nur in diesem Bereich liegt somit ein öffentliches Beschaffungsgeschäft vor.

In einem nächsten Schritt untersucht die BRK, ob die nachgefragten Leistungen von der Unterstellung unter das BoeB ausgenommen sind. Laut Anhang der Verordnung ist der Teilbereich des mobilen Internet-Zugangs von der Unterstellung befreit. Allerdings kommt die BRK zum Schluss, dass die mobile Breitbandverbindung zumindest teilweise für verschiedene Bahnanwendungen (z.B. Kunden-Informationssystem, Video-Überwachung, automatische Fahrgastzählung) vorgesehen ist. Die zu vergebenden Dienstleistungen stehen somit jedenfalls teilweise in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb. Damit bleibt das Beschaffungsgeschäft dem BoeB unterstellt.

In einem weiteren Schritt nimmt die BRK an, dass der für eine Unterstellung unter das BoeB massgebende Schwellenwert erfüllt ist.

Da es sich vorliegend um einen Dienstleistungsauftrag handelt, muss sodann geprüft werden, ob sich die nachgefragte Dienstleistung in eine auf der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB abschliessend genannten Dienstleistungskategorien einordnen lässt. Nur dann fällt die Beschaffung in den Geltungsbereich des BoeB. In einer ausführlichen Prüfung analysiert die BRK, in welche Produktklasse die Dienstleistung einzuordnen ist und kommt am Ende zum Schluss, dass sie in die Unterklasse 75260 "Integrated Telecommunications Services" fällt. Diese Klasse ist gemäss Ziffer 5 Anhang 1 zur VoeB bzw. Anhang 1 Annex 4 GPA ausdrücklich von der Unterstellung unter das BoeB bzw. das GPA ausgenommen. Die BRK stellt somit fest, dass es sich vorliegend weder um einen Dienstleistungsvertrag i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB noch um eine "Dienstleistung" i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VoeB handelt, sondern um eine sogenannte "übrige Beschaffung" gemäss Art. 1 Bst. b VoeB respektive um einen Auftrag im Sinne von Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VoeB, der aus "anderen Gründen" nicht unter das Gesetz fällt.

Zusammenfassend ergibt sich, dass es sich bei den ausgeschriebenen PWLAN-Dienstleistungen nicht um eine in den Geltungsbereich des BoeB fallende Beschaffung handelt. Somit entfällt auch die sachliche Zuständigkeit der Rekurskommission als Beschwerdeinstanz gemäss Art. 27 BoeB und die BRK tritt auf die Beschwerde nicht ein.

## **Verfahrensregeln bei Einladungsverfahren**

Bei Beschaffungen innerhalb des Schwellenwerts für die freihändige Vergabe erweist sich das Einladungsverfahren regelmässig als besonders zweckmässiges Instrument zur Beschaffung. Allerdings darf das Einladungsverfahren nicht dazu missbraucht werden, um etwaige Verfahrensfehler in einem anderen Verfahren auszubügeln.

Auch in diesem Verfahren müssen Spielregeln eingehalten werden. Somit gilt es auch im Einladungsverfahren die Beschaffung sorgfältig zu planen, um Fehler zu vermeiden. So sind alle Formvorschriften einzuhalten, Zuschlags- oder allenfalls sogar Eignungskriterien zu definieren, mindestens drei geeignete Anbieter einzuladen und die Verfügungen sind mit Rechtsmittelbelehrungen zu versehen. Auch die allgemeinen Verfahrensgrundsätze (Transparenz, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung) müssen eingehalten werden.

### **Abgrenzungsfragen bei Konzessionen**

Nach heutiger herrschender Lehre stellt die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit (Konzession) keinen Beschaffungstatbestand dar. Allerdings ist absehbar, dass sich diese Auffassung ändern wird, denn die mit der Vergabe von Konzessionen verbundenen grossen wirtschaftlichen Implikationen verlangen nach einem transparenten, formalisierten Verfahren mit Rechtsschutz. Heute behilft man sich damit, dass das Verfahren zur Konzessionsvergabe analog zum Beschaffungsverfahren ausgestaltet wird und dessen Anforderungen standhalten muss. Die Konzessionsvergabe muss somit das Wettbewerbsprinzip gewährleisten, den Grundsatz der Gleichbehandlung einhalten und in allen Phasen diskriminierungsfrei und transparent durchgeführt werden. Nicht vergessen werden darf, dass das Binnenmarktgesetz auch auf den Tatbestand der Konzessionsvergabe anwendbar ist.

### **Exkurs: Public Private Partnership**

Als Public Private Partnership (PPP) wird eine qualifizierte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten bezeichnet. In der Schweiz ist diese partnerschaftliche Zusammenarbeit weit verbreitet, oftmals ohne dass diese als eigentliche PPP erkannt wird. Wenn ein Privater gegen Entgelt Leistungen gegenüber dem Gemeinwesen erbringt, dann untersteht diese Zusammenarbeit - unter Voraussetzung einer gewissen Dauer und einem Entgelt - grundsätzlich dem Beschaffungsrecht. In diese Richtung verläuft die Diskussion in der EU und den Nachbarländern und so soll es auch im revidierten BoeB statuiert werden.

Kein Beschaffungstatbestand liegt vor, wenn die Zusammenarbeit in der Form einer gemeinsamen Gesellschaft erfolgt, welche wiederum Leistungen gegenüber dem Gemeinwesen erbringt. Auch die Suche nach einem Geschäftspartner oder Investor bei der Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe (Beleihung) fällt nicht unter das Beschaffungsrecht. Trotzdem geht die Tendenz in die Richtung, auch in diesen Fällen die beschaffungsrechtlichen Prinzipien einzuhalten. Dies bedeutet, dass das Verfahren möglichst analog zum Beschaffungsverfahren auszugestalten ist und die entsprechenden allgemeinen Grundsätze eingehalten werden.

Bei der Vergabe im Zusammenhang mit PPP sind einige Besonderheiten zu beachten. So kommt bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben in derselben Sache das Vergabeverfahren nur einmal zur Anwendung (Prinzip der Einmaligkeit, analog zu TU/GU-Vergaben).

Unter Wettbewerbsaspekten kann sich eine PPP-Vergabe als problematisch erweisen. Bei umfangreichen und langfristigen Vergaben besteht die Gefahr, dass wirksamer Wettbewerb verhindert wird. Werden umfangreiche und komplexe Leistungen ausgeschrieben, so kann der wirksame Wettbewerb gefährdet sein, wenn nur wenige Unternehmen überhaupt als Anbieter in Frage kommen. Auch bei Verträgen, die sich automatisch erneuern, ist Vorsicht geboten. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob die nachgefragten Leistungen sinnvoll aufgeteilt oder zeitlich eingeschränkt werden können, um sie dann in separaten Verfahren zu vergeben oder nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne erneut auszuschreiben. Es sollte in jedem Fall sichergestellt sein, dass Konkurrenten zu einem späteren Zeitpunkt wieder Gelegenheit erhalten, um offerieren können. Das Gemeinwesen riskiert bei Nichtbeachtung dieser Prinzipien, dass nicht berücksichtigte Anbieter Beschwerde erheben oder dass die Wettbewerbskommission auf der Grundlage des revidierten Binnenmarktgesetzes eingreift (vgl. Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM).

## **Rechtslage in den Kantonen (D. Lutz)**

### **Rechtsschutz im Binnenmarktgesetz**

Für die Rechtslage in den Kantonen ist zunächst einmal das Bundesgesetz über den Binnenmarkt von Bedeutung. Dieses regelt im Verhältnis der Kantone untereinander den offenen und freien Marktzugang. Das BGBM verpflichtet dementsprechend auch nur die Kantone. Es ist direkt anwendbar. Für das öffentliche Beschaffungswesen von Bedeutung ist zum Einen Art. 5 BGBM, der Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben dazu verpflichtet, umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen auszuschreiben und den entsprechenden staatsvertraglichen Regelungen zu unterstellen. Bei der Formulierung fällt insbesondere auf, dass das Gesetz nicht auf die Rechtsform der Auftraggeberin abstellt.

Art. 9 BGBM sieht zum Andern vor, dass bei allen Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt ein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung besteht und der Rechtsschutz somit gewährleistet sein muss. Die Auslegung und damit die Reichweite dieses Artikels ist umstritten, was insbesondere bei freihändigen Vergaben zu Fragestellungen führt.

### **Rechtsweggarantie der Bundesverfassung**

Zur Zeit noch unklar unter dem Blickwinkel des Rechtsschutzes im Beschaffungswesen präsentiert sich die Rechtslage nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie des Art. 29a BV zu Beginn dieses Jahres. Die Auswirkungen auf das öffentliche Beschaffungswesen sind schwierig abzuschätzen. Es ist zu vermuten, dass der Rechtsschutz eher ausgeweitet wird und dies in etlichen Kantonen zu Anpassungen führen könnte. Insbesondere scheinen die heutigen kantonalen Beschaffungsgesetze zu wenig klare Bestimmungen zu enthalten, um ausdrücklich gesetzliche Ausnahmen vom Anspruch auf richterliche Beurteilung ableiten zu können (z.B. bei Vergaben unter dem Schwellenwert). Art. 29a BV statuiert nämlich, dass ein Verzicht auf die Rechtsweggarantie nur in (klar geregelten) Ausnahmefällen zulässig ist. Zum heutigen Zeitpunkt ist noch kein Entscheid zur Rechtsweggarantie im öffentlichen Beschaffungswesen ergangen und die Praxis wartet gespannt auf den ersten Präzedenzfall.

### **Unterschwellige Vergaben**

Für den Rechtsschutz im Vergabewesen spielt die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) eine tragende Rolle. Sie setzt für die Kantone die Verpflichtungen aus dem BGBM und den Staatsverträgen um. Sie vereinheitlicht z.B. in den Kantonen über Art. 12 IVöB die zugelassenen Verfahrensarten. Speziell erwähnenswert ist dabei im genannten Artikel ausdrücklich geregelte Einladungsverfahren, das – weil es den Wettbewerb von Beginn weg einschränkt - trotz eines Spannungsverhältnisses zu Art. 9 BGBM von der Wettbewerbskommission für zulässig erklärt worden ist. Von Bedeutung ist sodann, Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> IVöB, in dem sich eine abschliessende Auflistung dazu findet, welche Handlungen der Vergabestelle als anfechtbare Verfügungen gelten. Nach diesen Regeln (deren Verhältnis zu Art. 9 BGBM natürlich zu Diskursen Anlass gibt!) gewährt die IVöB somit e contrario für unterschwellige Vergaben im freihändigen Verfahren grundsätzlich keinen Rechtsschutz, denn die direkte Auftragsvergabe stellt keinen Zuschlag i.S.v. Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. e IVöB dar.

Der Bereich der unterschweligen Vergaben ist aber gemäss der gerichtlichen Praxis dennoch kein rechtsfreier Raum. Ausnahmsweise bejahen die Gerichte eine Anfechtungsmöglichkeit dennoch, nämlich immer dann, wenn die öffentliche Hand die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze (insb. Willkürverbot, Transparenz) und fundamentalen Prinzipien im öffentlichen Beschaffungsrecht nicht eingehalten hat. So sind z.B. die falsche Verfahrenswahl

(freihändiges statt offenes Verfahren) oder eine systematische Diskriminierung auch im freihändigen Verfahren (und im Einladungsverfahren) anfechtbar<sup>2</sup>.

## **Nicht erfasste Auftragsvergaben**

Ein Anspruch auf beschaffungsrechtlichen Rechtsschutz durch die Gerichte kann nur dann bestehen, wenn die Auftragsvergabe vom Gesetz als öffentliche Beschaffung gewertet wird. Hierzu besteht mittlerweile eine gefestigte Praxis des Bundesgerichts. Gemäss dieser liegt eine öffentliche Beschaffung immer und nur dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin (Käuferin) von Sachen oder Dienstleistungen auftritt und dafür Entgelt leistet<sup>3</sup>. Die eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen übernahm diese Definition im Entscheid BRK 2004-012 (PWLAN-Netz in öffentlichen SBB-Arealen, siehe Fallbeispiel oben) und glich die Praxis für Beschaffungen des Bundes somit der bundesgerichtlichen Praxis für das kantonale Beschaffungswesen an. So werden z.B. Ausgliederungen, Privatisierungen oder Inhouse-Beschaffungen von der Definition nicht erfasst und sind demzufolge nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren.

## **Fallbeispiel<sup>4</sup>**

Der vorliegende Entscheid verdeutlicht bezeichnend die Abgrenzungsprobleme, die sich in konkreten Fällen in der Praxis stellen können.

### *Sachverhalt*

Die Verkehrspolizei der Stadt Zürich schrieb die Aufträge für das Abschleppen von falsch parkierten Fahrzeugen sowie von Pannen- und Unfallfahrzeugen auf dem Gebiet der Stadt Zürich aus.

### *Entscheid*

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich untersucht die verschiedenen ausgeschriebenen Leistungen getrennt daraufhin, ob sie eine öffentliche Beschaffung darstellen. Bei Abschleppaufträgen von falsch parkierten Fahrzeugen tritt die Verkehrspolizei bei Erfüllung ihrer hoheitlichen Funktion als Auftraggeberin auf und entrichtet dem Abschleppunternehmen dafür Entgelt, es liegt somit eine öffentliche Beschaffung vor.

Im Falle der Abschleppdienste für Pannen- und Unfallfahrzeuge muss demgegenüber differenziert werden: Bei direkter Erteilung des Abschleppauftrages durch den Fahrzeuginhaber persönlich (auf Empfehlung der Polizei) oder in direkter Stellvertretung (Art. 32 Abs.1 OR) durch die Polizeiorgane entsteht die unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Fahrzeughalter oder -führer und dem Abschleppunternehmen. In dieser Konstellation übt die Verkehrspolizei eine reine Vermittlerrolle aus und tritt nicht als Abnehmerin von Leistungen auf. Der Abschleppdienst für Pannen- und Unfallfahrzeuge stellt trotz eines öffentlichen Interesses an einer raschen Beseitigung der Fahrzeuge und an der Auswahl von geeigneten Abschleppdiensten keine Erfüllung einer staatlichen Aufgabe dar. Folglich sind diese Vermittlerdienste nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren. Diese Vermittlerdienste haben vielmehr eine gewisse Ähnlichkeit zu Dienstleistungskonzessionen.

Kann der Halter nicht selber aktiv werden, so handeln die Polizeiorgane als (vollmachtlose) Stellvertreter oder in (echter) Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 OR). In beiden Fällen erwächst dem Abschleppunternehmen zunächst ein Anspruch aus Art. 38f. OR gegenüber der Verkehrspolizei. Die Abschleppaufträge für Pannen- und Unfallfahrzeuge, welche die Polizei ohne vorgängige Ermächtigung der Fahrzeuginhaber erteilt, sind daher als öffentliche Be-

---

<sup>2</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Juli 2003, VB 2003.00009 (Schularchiv).

<sup>3</sup> BGE 125 I 209 (Plakataushang Genf).

<sup>4</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2005, VB.2005.00155 (Abschleppdienste Stadt Zürich).

schaffung für eigene Bedürfnisse zu qualifizieren - unabhängig davon, ob diese Aufträge nachträglich vom Fahrzeuginhaber genehmigt werden.

#### *Folgen des Entscheids*

Das Gericht hiess die Beschwerde des unberücksichtigten Anbieters gut. In der zwischenzeitlich erfolgten, noch pendenten Neuausschreibung setzte die Stadt Zürich den Entscheid des Verwaltungsgerichtes um. Einerseits wurden nur noch die gemäss Entscheid dem Beschaffungsrecht unterstehenden Direktaufträge der Polizeiorgane gemäss Submissionsverordnung ausgeschrieben. Andererseits wurde für den Bereich der Vermittlungstätigkeit ein dem öffentlichen Beschaffungswesen angeglichenes Verfahren, aber ohne Rechtsschutz durchgeführt.

### **Generelle Ausnahmen von der Unterstellung**

Die IVöB nimmt in Art. 10 eine Reihe von Beschaffungsvorgängen von der Anwendbarkeit aus. So ist die IVöB u.a. für Aufträge an Behinderteninstitutionen und Strafanstalten, staatliche Massnahmen im Rahmen von Agrar- und Ernährungsprogrammen oder für die Beschaffung von Waffen und Munition nicht anwendbar (Art. 10 Abs. 1 IVöB). Art 10 Abs. 2 IVöB gibt die Unterstellungsausnahmen des GPA zusammenfassend wieder. Ist eine Beschaffung in den Ausnahmekatalog gemäss Art. 10 IVöB einzuordnen, so entfallen selbstredend auch deren Rechtsschutzgarantien.

### **Fallbeispiel zum Rechtsschutz im freihändigen Verfahren<sup>5</sup>**

#### *Sachverhalt*

Die Gemeinde Sigriswil BE lud drei Unternehmungen zur Einreichung einer Offerte für die Kücheneinrichtung eines Altersheims ein. Nachdem die Gemeinde zunächst beschlossen hatte, den Auftrag an X. zu vergeben, erfuhr sie, dass dieser Steuerausstände hatte und schloss diesen daher von der Vergabe aus. Das Auftragsvolumen lag klar unterhalb der massgeblichen Schwellenwerte, das anwendbare kantonale Recht schloss den Rechtsschutz deswegen ausdrücklich aus. X. gelangte in der Folge an das Bundesgericht mit dem Argument, Art. 9 Abs. 2 BGBM verleihe ihm einen bundesrechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz.

#### *Entscheid*

Das Bundesgericht befasst sich im Entscheid intensiv mit der Auslegung des Art. 9 BGBM. Es stellt einleitend fest, dass das BGBM den Kantonen einen eigenen Spielraum bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes überlässt. Das BGer zählt in der Folge eine Reihe gewichtiger Gründe auf, die für die Zulässigkeit der vom bernischen Gesetzgeber gewählten Regelung – die einen Rechtsschutz ausschliesst - sprechen.

Von Bedeutung ist zunächst, dass der Bundesgesetzgeber für die öffentlichen Beschaffungen des Bundes selber eine analoge Beschränkung des Rechtsschutzes vorgesehen hat (vgl. Art. Art. 6 BoeB i.V.m. Art. 26ff. BoeB). Es ist nicht einsehbar, weshalb die Kantone eine strengere Rechtskontrolle vorsehen müssten.

Sodann erweist sich eine Anfechtungsmöglichkeit grundsätzlich nur dort als sinnvoll, wo das einschlägige Vergaberecht ein formalisiertes Vergabeverfahren vorsieht. Die freihändige Vergabe ist kein derartiges Verfahren. Zudem ist zwischen dem Verfahrensaufwand und der Bedeutung des zu vergebenden Auftrages ein vernünftiges Verhältnis zu fordern. Dies kommt auch in Art. 5 Abs. 2 BGBM zum Ausdruck, wonach nur „umfangreiche“ Beschaffungsvorhaben amtlich zu publizieren sind.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass Art. 9 BGBM dem kantonalen Gesetzgeber erlaubt, das Verfahren von der Höhe des Beschaffungsvolumens abhängig zu machen. Für Bagatellaufträge muss kein förmliches Verfahren vorgesehen werden. Sinn und Zweck der freihändigen Vergabe ist es gerade, bei niedrigen Beträgen eine formlose und rasche Abwicklung der betreffenden Beschaffung zu ermöglichen. Ein Rechtsmittel würde im Ergebnis zu

---

<sup>5</sup> BGE 131 I 137 (Sigriswil).

einem nachträglichen Submissionsverfahren führen und den Sinn und Zweck der freihändigen Vergabe dadurch vereiteln. Der Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit hält damit vor dem BGBM und der Verfassung stand.

In einem obiter dictum befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, in welchen Fällen ein direkt auf Art. 9 BGBM abgestützter Anspruch auf Rechtsschutz bestehen könnte. So dürfte zunächst eine solche Beschwerdemöglichkeit dann bestehen, wenn bei einer freihändig durchgeführten Vergabe ein interessierter Unternehmer geltend machen will, dass die betreffende Vergabe nur aufgrund eines Submissionsverfahrens hätte erfolgen dürfen (falsche Verfahrenswahl).

Ohne Grundlage im kantonalen Verfahrensrecht kann wohl weiter auch Beschwerde erhoben werden, wenn eine zulässige freihändig erfolgte Vergabe offensichtlich auf gegen das BGBM verstossenden Vorschriften beruht oder wenn dieses Verfahren erklärermassen oder mittelbar durch die behördliche Praxis auf den Ausschluss ortsfremder Anbieter ausgerichtet ist (Verletzung des Diskriminierungsverbots).

#### *Fazit zum Entscheid*

Der Entscheid dürfte die Gründe nicht abschliessend auflisten, aufgrund derer unabhängig von den Schwellenwerten ein unmittelbar auf Art. 9 BGBM gestützter Anfechtungsgrund vorliegt. Neben den im Entscheid erwähnten Gründen der falschen Verfahrenswahl und eklatanten Verstössen gegen das Diskriminierungsverbot dürften weitere Handlungen der Behörden anfechtbar sein. Zu denken ist dabei an den Ausschluss von künftigen Verfahren als Strafaktion gegen beschwerdeführende Anbieter oder die willkürliche Aufnahme resp. Streichung von Anbietern auf der ständigen Liste.

Keine abschliessende Klärung bringt der Entscheid auch mit Bezug auf die Frage, ob bei einer Vergabe, die aufgrund des Auftragswertes freihändig erfolgen kann, aber „freiwillig“ mehrere Anbieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, automatisch sämtliche Regeln des Einladungsverfahrens zu befolgen sind.

Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht in einem zukünftigen Entscheid eine definitive Klärung dieser Fragen vornehmen kann.

## **Rechtsschutz im Einladungsverfahren**

Beim Einladungsverfahren wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob ein Anspruch auf Einladung besteht und wie Beschwerde gegen die Nichteinladung erhoben werden kann. Hierzu liegt je ein interessanter Entscheid aus dem Kanton Aargau und aus dem Kanton Zürich vor.

### **Fallbeispiel aus dem Kanton Aargau<sup>6</sup>**

Im Aargauer Fall geht es zunächst um die Frage, ob bei einer Nichteinladung überhaupt eine beschwerdefähige Verfügung vorliegt, da zu diesem Zeitpunkt (noch) kein förmlicher Vergabeentscheid ergangen ist. Das Gericht erblickt in der Nichteinladung eine Beschränkung des Zugangs zum freien Markt, die nach Art. 9 Abs. 1 BGBM in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen ist. Der Beschluss der Vergabestelle, drei Unternehmen - nicht aber den Beschwerdeführer - zur Offerteingabe einzuladen, ist demnach als anfechtbare Verfügung zu qualifizieren. Da die Verfügung nie formell eröffnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen wurde, beginnt der Fristenlauf erst mit der Kenntnisnahme der Tatsache, dass ein Vergabeverfahren durchgeführt wurde.

Das Verwaltungsgericht befasst sich im materiellen Teil des Entscheids mit der Frage, ob das anwendbare Recht dem Anbieter einen Anspruch auf Einladung vermitteln kann. Es verneint die Frage im Grundsatz. In Ausnahmefällen könnte aber ein Anspruch aus der BV und dem

---

<sup>6</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Januar 2003, AGVE 2003, S. 239 (Schafisheim).

BGBM entstehen, nämlich im Falle der gezielten Diskriminierung eines Anbieters über einen langen oder zumindest längeren Zeitraum hinweg. Sieht die Vergabestelle also ohne sachliche Gründe konsequent davon ab, einen bestimmten Anbieter zum Einreichen eines Angebots einzuladen, dann könnte dem übergangenen Unternehmer ein Anspruch auf Einladung erwachsen. Mit der Möglichkeit des Einladungsverfahrens wurde der Vergabebehörde allerdings bewusst ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, eine Diskriminierung darf deshalb nicht leichthin, sondern nur unter sehr strengen Voraussetzungen angenommen werden.

### **Fallbeispiel aus dem Kanton Zürich<sup>7</sup>**

Im Zürcher Fall ging es um eine Beschaffung im Einladungsverfahren, bei der nach der Beschwerde eines eingeladenen Unternehmens ein erstes Verfahren aufgrund diverser Rechtsverletzungen abgebrochen worden war. Bei der Wiederholung des Verfahrens wurde die Beschwerdeführerin des vorherigen Verfahrens nicht mehr zur Offerteinreichung eingeladen. Sie focht die Nichteinladung an.

Das Verwaltungsgericht bestätigt die grundsätzliche Freiheit der Vergabebehörde, auch bei der Wiederholung des Verfahrens die Auswahl der einzuladenden Anbieter frei zu bestimmen. Im vorliegenden Fall erkennt es aber, dass besondere Umstände vorliegen, die eine Ausnahme rechtfertigen: Wenn die Wiederholung auf die erfolgreiche Beschwerde eines Anbieters der ersten Vergabe zurückzuführen ist, dann kann die Behörde nicht ohne triftige Gründe darauf verzichten, diesen Anbieter auch im neuen Verfahren wieder zum Angebot einzuladen. Sie hätte es sonst in der Hand, den Erfolg der Beschwerde nachträglich zunichte zu machen und den Beschwerdeführer für die Anfechtung des ursprünglichen Vergabeentscheids zu bestrafen. Beschwerden gegen das Ergebnis eines Einladungsverfahrens würden damit ihrer Wirksamkeit weit gehend beraubt.

### **Fazit zum Einladungsverfahren**

Im Einladungsverfahren ist die Vergabebehörde bei der Auswahl der eingeladenen Unternehmen frei, es besteht kein Rechtsanspruch auf Einladung. Eine Nichteinladung kann nur bei qualifizierter Diskriminierung oder bei einer eigentlichen Bestrafungsaktion durch die Behörden angefochten werden. Den öffentlichen Auftraggebern ist bei Einladungsverfahren zu empfehlen, zur rechtlichen Absicherung eher fünf als drei Unternehmen anzufragen und darunter zumindest einen ortsfremden Anbieter einzuladen. Weiter sollte vermieden werden, über eine längere Zeitdauer immer ausschliesslich die selben Unternehmen zur Offertstellung einzuladen.

### **Spezialfragen zum Verfahrenswechsel**

Spezielle Fragen stellen sich, wenn die Vergabebehörde während eines laufenden Vergabeverfahrens feststellt, dass die Verfahrensart gewechselt werden muss. So kann es z.B. vorkommen, dass alle eingereichten Angebote die gestellten Anforderungen nicht erfüllen oder alle deutlich über dem geschätzten Auftragswert liegen, die einen Verfahrensabbruch und/oder einen Verfahrenswechsel als sinnvoll erscheinen lassen. Auch wenn kein einziges marktgerechtes Angebot eingeht, kann u.U. eine zusätzliche Angebotseinholung angezeigt sein. Hat die Vergabestelle berechtigten Grund zur Annahme, dass die Offerte innerhalb eines freihändigen Verfahrens keine marktgerechten Preise enthält, so darf sie zum Einladungsverfahren wechseln und weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe einladen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erklärte dieses Vorgehen ausdrücklich für zulässig<sup>8</sup>. Schliesslich ist ein Verfahrenswechsel ins Auge zu fassen, wenn die Ausschreibungsunterlagen nachträg-

---

<sup>7</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Februar 2004, VB.2003.00058 (Verkehrsleit-zentrale Letten).

<sup>8</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. April 2001, VB.2000.00206 (Treppenweg).

lich wesentlich geändert werden oder wenn der Auftragsumfang erheblich von den ursprünglichen Angaben abweicht.

### **Zusammenfassung und Ausblick**

Sowohl im Rahmen der EU als auch im schweizerischen Recht ist eine Tendenz feststellbar, den Rechtsschutz kontinuierlich auszudehnen. Dies zeigt sich speziell im Bereich des Einladungsverfahrens und der freihändigen Vergabe. Von der bevorstehenden Revision des BoeB ist zu erwarten, dass gewisse Bestimmungen vereinheitlicht werden und dass insbesondere der Katalog der mit Beschwerde selbständig anfechtbaren Verfügungen ausgebaut wird. Rechtspolitisch ist zu fordern, dass den Kantonen genug Spielraum für eigene Regeln gelassen wird und dass für volkswirtschaftlich unbedeutende Bagatellaufträge weiterhin auf Rechtsschutzmöglichkeiten verzichtet werden soll. Für die Vergabe von Konzessionen sollte die Einführung klarer gesetzlicher Grundlagen in Betracht gezogen werden.