

VergabeNews Nr.

5

Personalverleih untersteht nicht dem BöB. Dienstleistungen, die im Rahmen eines Personalverleihs von einer Vergabestelle beschafft werden, unterstehen nicht dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage in einem kürzlich publizierten Urteil entschieden und dabei festgehalten, dass es für die (Nicht-)Unterstellung auf die konkrete Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Zuschlagsempfänger und Vergabestelle ankomme.

walderwys **rechtsanwälte**

Personalverleih untersteht nicht dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen



Von **Julia Bhend**
lic. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 44 498 95 55
julia.bhend@walderwyss.com

Dienstleistungen, die im Rahmen eines Personalverleihs von einer Vergabestelle beschafft werden, unterstehen nicht dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage in einem kürzlich publizierten Urteil entschieden und dabei festgehalten, dass es für die (Nicht-) Unterstellung auf die konkrete Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Zuschlagsempfänger und Vergabestelle ankomme.

Mit Urteil vom 21. Juni 2011 (B-1687/2010, noch nicht rechtskräftig) trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerden einer Anbieterin gegen drei Zuschlagsverfügungen für die Beschaffung von Informatik-Dienstleistungen nicht ein. In den drei betreffenden Losen wurden externe Fachkräfte im Informatikbereich mit je einem unterschiedlichen Profil («Profil Information Systemarchitekt als technischer Projektleiter», «Profil Programm-Manager» und «Profil Projekt-Manager Applikationsmigration») für die Führungsunterstützungsbasis («FUB») des VBS gesucht. Die Beschaffung erfolgte im offenen Verfahren, wurde im SHAB publiziert und sowohl die Ausschreibung als auch der Zuschlag wurden mit einer Rechtsmittelbelehrung gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen («BöB») versehen.

Im Beschwerdeverfahren machte die Vergabestelle geltend, auf die Beschwerden und die Gesuche um aufschiebende Wirkung sei nicht einzutreten. Es handle sich bei der Beschaffung um den Verleih von Fachkräften, der nicht dem BöB unterstehe. Die Vergabestelle sei lediglich aus Gründen der Vorsicht von einer dem BöB unterstellten Tätigkeit ausgegangen. Wenn (beziehungsweise: da) das BöB nicht anwendbar sei, bestehe auch keine Beschwerdemöglichkeit. Während das Bundesverwaltungsgericht noch in

einem Zwischenentscheid die objektive Unterstellung der ausgeschriebenen Leistungen prima facie bejahte, kam es im Endentscheid zu einem anderen Resultat.

Hintergrund

Es ist unbestritten, dass die Einstellung von Personal kein öffentlicher Auftrag ist, der dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht; sog. «Make»-Entscheidungen sind (im Gegensatz zu «Buy»-Entscheidungen) nicht auszuschreiben. Nicht ganz so klar ist die Situation mit Bezug auf Dienstleistungen, die von externen Fachkräften für öffentliche Auftraggeber erbracht werden. Dienstleistungen unterstehen nur dann dem Anwendungsbereich des BöB, wenn sie einer der unterstellten Kategorien in der Liste in Appendix 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) zugeordnet werden können, welche auf die Referenz-Nummern gemäss der provisorischen Zentralen Produktklassifikation der UNO verweist («provCPC»). Während beispielsweise Informatik-Dienstleistungen (provCPC Kategorie 84) oder technische Beratung und Analysen (provCPC Kategorie 867) dem BöB unterstellte Dienstleistungen sind, ist die leihweise Beistellung von Personal gemäss provCPC Kategorie 872 («Services de placement et de fourniture de personnel») nicht in dieser Positivliste enthalten und fällt entsprechend nicht in den Anwendungsbereich des BöB.

In der Praxis können gleichartige Leistungen sowohl im Rahmen eines Personalverleihs als auch in der Form eines von der Positivliste erfassten Auftrags oder Werkvertrags erbracht werden. Je nach Auftragsbeschreibung und Vertragsredaktion ändern die CPC-Klassierung. Dass die Abgrenzung nicht einfach ist, hat sich im vorliegenden Fall gezeigt.

Pikant an dieser Frage sind die Folgen, welche eine Unterstellung von Personalverleihdienstleistungen unter das öffentliche Beschaffungsrecht auf den Arbeitsvermittlungsmarkt in der Schweiz hätte. Das Arbeitsvermittlungsgesetz verbietet den Personalverleih vom Ausland in die Schweiz (Art. 12 Abs. 2 AVG). Entsprechend wurde der Personalverleih nicht in die Marktzugangs- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen der Schweiz im Rahmen des General Agreement on Trade in Services (GATS) aufgenommen. Würden nun Dienstleistungen im Rahmen von Personalverleih nach GPA und damit nach BöB ausschreibungspflichtig, müsste ausländischen Personalvermittlern diskriminierungsfrei Zugang zu solchen Beschaffungen in der Schweiz gewährt werden. Es entstünde ein Konflikt zwischen dem freien Marktzugang nach GPA und nach GATS.

Personalverleih untersteht nicht dem BöB

Das Bundesverwaltungsgericht ging in den Zwischenentscheiden vom 19. Juli 2010 prima facie noch davon aus, dass das BöB anwendbar sei. Bei der strittigen Beschaffung handle es sich um eine Dienstleistung. Die gesuchten Mitarbeiter würden für die Vergabestelle gegen Entgelt Arbeitsleistungen im Informatikbereich erbringen. Die Zuordnung solcher Dienstleistungen zur CPC Kategorie 84 «Informatik und verbundene Tätigkeiten» sei (prima facie) sachgerecht, womit die Beschaffung dem BöB unterstehe.

Die Unterstellung unter das BöB bildete auch Gegenstand des Hauptverfahrens. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) als Aufsichtsbehörde über die Arbeitsvermittlung liess sich im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht vernehmen und vertrat die Ansicht, eine Unterstellung von Dienstleistungen, die im Rahmen eines Personalverleihs erbracht werden, unter das GPA und das BöB sei ausgeschlossen, da ein ausländischer Anbieter nicht über das Beschaffungsrecht Zugang zum schweizerischen Markt erlangen könne.

Diese Schlussfolgerung greift wohl zu kurz. Ein Konflikt zwischen zwei Staatsverträgen (GPA und GATS) müsste aufgrund der allgemeinen Auslegungs- und Kollisionsregeln (insb. gemäss Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge) gelöst werden. Dabei wäre auch die Anmerkung Nr. 6 der

Schweiz in den «Notes générales» zu Appendix 1 des GPA zu berücksichtigen, wonach sich die Schweiz unter dem GPA in Bezug auf die Marktöffnung für Dienstleistungen nicht weiter verpflichten wollte als unter den Erstverpflichtungen gemäss der Schlussofferte zum GATS.

Zur Anwendung von Kollisionsregeln kam es jedoch nicht. Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Urteil vom 21. Juni 2011 zwar fest, dass Personalverleih grundsätzlich eine Beschaffung im Sinne des BöB darstelle. Unter die nicht unterstellte Dienstleistungskategorie provCPC 872 falle jedoch der Personalverleih generell, also auch im Informatik-Bereich. Da diese Kategorie nicht auf der Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA erscheine, unterstehe sie nicht dem WTO-Vergaberecht und damit auch nicht dem BöB.

Für die Unterstellung unter das BöB entscheidend ist also in erster Linie nicht der Tätigkeitsbereich, in welchem die externe Fachkraft eingesetzt wird, sondern die rechtliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses. Für die Abgrenzung massgebend ist, ob es sich bei der betreffenden Beschaffung um einen nicht unterstellten Personalverleihvertrag oder um einen unterstellten Dienstleistungsvertrag handelt.

Abgrenzung zwischen Personalverleih und Auftrag/Werkvertrag ist entscheidend

Das Bundesverwaltungsgericht kam aufgrund der Analyse von Pflichtenheft und des mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossenen Vertrags zum Schluss, dass die ausgeschriebenen Leistungen als Personalverleih im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes und der provCPC Kategorie 872 zu qualifizieren sind und daher nicht dem GPA unterstehen.

Ausschlaggebend waren einerseits die Eingliederung der Fachkräfte in die Hierarchie der FUB und andererseits die Risikoverteilung zwischen Anbieter und Beschaffungsstelle. Die gesuchten «Profile» unterstehen dem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht der FUB und nicht des Zuschlagsempfängers und nehmen auch selbst Vorgesetztenfunktion innerhalb der FUB wahr. Das Weisungsrecht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer geht weniger weit und bezieht sich nur auf die konkrete Besorgung des übertragenen Geschäfts. Wesentlicher Unterschied ist sodann die Risikoverteilung für mangelhafte Leistung und beim Ausfall der Arbeitskraft: während der Auftragnehmer für ein sorgfältiges Tätigwerden bzw. im Werkvertrag für den vereinbarten Erfolg

einstehen muss, haftet der Personalverleiher nur für die sorgfältige Suche, Auswahl und Instruktion des Arbeitnehmers. Der Einsatzbetrieb trägt beim Personalverleih neben dem Risiko der mangelhaften Arbeitsleistung auch das Risiko des Ausfalls der Arbeitskraft. Hinzu kam in den beurteilten Fällen, dass die ausgeschriebenen Profile generelle Bedürfnisse der FUB abdecken sollen und sich nicht bestimmten Projekten zuordnen liessen, bei Bedarf bis zu 100% ihrer Arbeitszeit der FUB zur Verfügung stehen müssen und die Arbeitszeiten für das Bundespersonal gelten. All dies sprach für die Zuordnung zum Personalverleih.

Bei der Beschaffung von Dienstleistungen im Rahmen eines Personalverleihs ist damit im Einzelfall zu prüfen, ob die Beschaffung dem GPA untersteht oder nicht. Nur wenn aufgrund der konkreten Ausgestaltung tatsächlich ein Personalverleihvertrag vorliegt, untersteht die Beschaffung nicht dem BöB. Der latenten Umgehungsgefahr ist Rechnung zu tragen. Die Nichtunterstellung unter das BöB ist jedoch nicht gleichzusetzen mit fehlender Ausschreibungspflicht. Dienstleistungen im Rahmen des Personalverleihs unterstehen als sogenannte «übrige Beschaffungen» dem 3. Kapitel der VöB, für die keine Beschwerdemöglichkeit besteht, bzw. in den Kantonen dem nicht von den Staatsverträgen erfassten Bereich gemäss Art. 6 Abs. 2 IVöB. Der diskriminierungsfreie Marktzugang für ausländische Personal-

verleiher gilt in diesen Fällen nur, soweit der betreffende Staat Gegenrecht gewährt (Art. 33 VöB) und dieses Gegenrecht dem Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz vorgeht.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2011 ist auf der Website des Bundesverwaltungsgerichts abrufbar (<http://www.bundesverwaltungsgericht.ch>). Es ist noch nicht rechtskräftig.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (VergabeNews@walderwyss.com) mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2011

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
8034 Zürich
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98
Fax + 41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Bubenbergplatz 8
Postfach 8750
3001 Bern
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98
Fax + 41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com