

Vergabe News Nr.

27

Die Unterstellung von Sektorenauftraggeberinnen im revidierten Beschaffungsrecht – Überblick



Von Daniel Zimmerli
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Counsel
Telefon +41 58 658 55 33
daniel.zimmerli@walderwyss.com

Am 1. Januar 2021 treten das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (**revBöB**; AS 2020 641) und die ebenfalls revidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (**revVöB**; AS 2020 691) in Kraft. Ebenfalls totalrevidiert wurde die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**revIVöB**). Die **revIVöB** wird in Kraft treten, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind (Art. 65 Abs. 1 **revIVöB**). Dank diesen Schritten wird das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungsrecht von 2012 (**GPA 2012**) endlich ins schweizerische Recht überführt. Für einen allgemeinen Überblick über die Revision vgl. Walder Wyss Vergabe News [Nr. 19](#) und [Nr. 23](#).

Das revidierte Beschaffungsrecht schafft insbesondere eine neue und transparente Ordnung für die subjektive Unterstellung von sog. Sektorenauftraggeberinnen, also von öffentlichen und privaten Unternehmen, die in bestimmten Infrastruktursektoren «öffentliche Dienstleistungen» erbringen. Dieser Newsletter bietet einen Überblick über das neue Unterstellungsregime für Sektorenauftraggeberinnen.

Sektorenauftraggeberinnen

Sektorenauftraggeberinnen sind «öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und mit ausschliesslichen und besonderen Rechten ausgestattet sind» (Art. 4 Abs. 2 **revBöB** / **revIVöB**). Sektorenauftraggeberinnen sind dem Beschaffungsrecht subjektiv nur *teilunterstellt*. Das bedeutet, sie unterstehen dem Beschaffungsrecht nur «bei Beschaffungen für den [in Art. 4 Abs. 2 **revBöB** / **revIVöB**] beschriebenen [Sektoren-] Tätigkeitsbereich, nicht aber für ihre übrigen Tätigkeiten» (Art. 4 Abs. 3 **revBöB** / **revIVöB**).

Dieses Konzept hängt mit den besonderen Verhältnissen auf den Sektorenmärkten zusammen. Auf diesen Märkten herrscht eine Gemengelage aus staatlichem Einfluss, gemeinwirtschaftlichen Versorgungsleistungen des «Service Public», Monopolen, weiteren ausschliesslichen und besonderen Rechten für gewisse Akteure sowie Wettbewerb. Die staatlichen Einflussmöglichkeiten auf die Sektorenauftraggeberinnen und ihre Leistungserbringung sind zudem oft intransparent, und die Liberalisierung in diesen Sektoren ist rechtlich sowie tat-

sächlich unterschiedlich fortgeschritten. Entsprechend ist der Wettbewerb in vielen Sektorenmärkten nicht wirksam im Sinne des Kartellgesetzes (**KG**) oder gar inexistent.

Aus diesen Gründen soll das öffentliche Beschaffungsrecht die Sektorenauftraggeberinnen bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Sektoraufgaben zu einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel zwingen. Denn diese Mittel stammen letztlich aus der öffentlichen Sphäre – nämlich von den Destinatären der Sektorenleistungen –, und diese Destinatäre haben keine oder nur ungenügende Alternativen zu den Leistungen der Sektorenauftraggeberinnen.

Unterstellung im geltenden Recht

Im geltenden Beschaffungsrecht sind Sektorenauftraggeberinnen nach einem umständlichen, historisch gewachsenen und wenig kohärenten System unterstellt. Dieses System setzt die Vorgaben des **GPA 1994** (Anhang I Annex 3) und des Bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens von 1999

(**BilatAbk**) um: Zunächst erfasst Art. 2 Abs. 1 lit. d BöB auf Grundlage des GPA 1994 die Post für Wettbewerbsdienste sowie für den Personentransport; die Post war gemäss GPA 1994 «Bundesbehörde» und erschien auf der Positivliste von GPA 1994 Anhang I Annex 1. Sodann unterstellte der Bundesrat Unternehmen unter der Kontrolle des Bundes sowie private Unternehmen mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten dem Beschaffungsrecht, soweit sie im Telekommunikationsbereich, im Eisenbahnsektor oder im Elektrizitätsbereich tätig sind (Art. 2a VöB i.V. mit Art. 2 Abs. 2 BöB). Er vollzog damit die Vorgaben des BilatAbk (Art. 3 und Anhänge je nach Sektor) und des GPA 1994 (Anhang I Annex 3). Die IVöB 1994/2001 erfasste Sektorenternehmen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB 1994/2001).

Allerdings regelten das GPA 1994 und das BilatAbk die Unterstellung von Sektorauftraggeberinnen nicht deckungsgleich. Zudem enthalten das GPA 1994 und das BilatAbk zahlreiche sektorspezifische Ausnahmen. Diese machten es anspruchsvoll, genau nachzuvollziehen, wofür und auf welcher Grundlage genau Sektorauftraggeberinnen in der Schweiz dem Beschaffungsrecht unterstellt waren. Ein Blick in das BöB, die VöB und die IVöB 1994/2001 schaffte deshalb ohne eingehendes Studium des GPA 1994 und des BilatAbk (sowie der verschiedenen Anhänge) kaum Klarheit, sondern verursachte eher Kopfschmerzen.

Praktisch relevant war das asynchrone Nebeneinander von GPA 1994 und BilatAbk auch für die Frage, welche Sektorauftraggeberinnen der Bundesrat aus dem Beschaffungsrecht «ausklinken» konnte, sobald ein Sektor wirksamem Wettbewerb ausgesetzt war (Art. 2b VöB). Da nur das BilatAbk eine «Ausklischung» vorsah (Art. 3 Abs. 5 BilatAbk), nicht aber das GPA 1994, konnten nur Sektoren ausgeklinkt werden, die das BilatAbk dem Beschaffungsrecht

unterstellt hatte – d.h. nur die Sektoren Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung (mit Ausnahme der Stromversorgung). Zudem konnten die *privat* (nicht aber die staatlich) beherrschten Unternehmen in den Bereichen Trinkwasserversorgung, Stromversorgung, Verkehrsendeinrichtungen und städtischer Nahverkehr (Art. 3 Abs. 2 lit. f BilatAbk) ausgeklinkt werden. Wäre aber etwa der schweizerische Stromversorgungsmarkt vollständig liberalisiert worden und hätte sich darauf wirksamer Wettbewerb entwickelt, hätten Kantons- und Gemeindewerke *nicht* von der öffentlichen Ausschreibungspflicht befreit werden können, da sie aufgrund von GPA 1994 Anhang I Annex 3 unterstellt waren. Nur *private* Stromversorger hätten «ausgeklinkt» werden können. Private Stromversorger spielen jedoch auch heute noch keine bedeutende Rolle im schweizerischen Strommarkt, da dieser grösstenteils (entweder direkt oder indirekt) staatlich beherrscht wird.

Unterstellung im revidierten Recht

Öffentliche und private Unternehmen

Sektorauftraggeberinnen können öffentliche oder private Unternehmen sein. Unterscheidungskriterium bildet die Staatsgebundenheit. Von einem «**öffentlichen Unternehmen**» ist die Rede, wenn es über Rechtspersönlichkeit verfügt und unter rechtlicher oder faktischer Kontrolle (direkt oder indirekt) eines Gemeinwesens steht; es genügt, wenn das Gemeinwesen über die blosser Möglichkeit verfügt, diese Kontrolle auszuüben. Die Legaldefinition des «öffentlichen Unternehmens» (Art. 3 lit. b revBöB / revIVöB) geht von einem faktischen Kontrollbegriff aus, der aus dem KG bekannt ist und auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise beruht. Anders als Einrichtungen des öffentlichen Rechts (**EöR**) müssen öffentliche Unternehmen nicht zusätzlich im Allgemeininteresse und «nichtgewerblich» tätig sein (zur Legaldefinition der EöR vgl. Art. 3 lit. f revIVöB).

EöR und andere Auftraggeberinnen, die subjektiv von Art. 4 Abs. 1 BöB (auf Bundesebene; Positivliste von GPA 2012 Anhang I Annex 1) oder Art. 4 Abs. 1 revIVöB (auf kantonaler Ebene; funktionaler Auftraggeberbegriff) erfasst werden, können zwar auch Sektorentätigkeiten entfalten (z.B. Gemeindewerke im Strom- oder Wasserversorgungsbereich oder städtische Verkehrsbetriebe, die als Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts konstituiert sind; vgl. GPA 2012 Anhang I Annex 3, der neben «öffentlichen Unternehmen» [*«entreprises publiques»*] auch «staatliche Behörden» [*«pouvoirs publics»*] nennt). Die «staatlichen Behörden» fallen als Einheiten der zentralen oder dezentralen Verwaltung aber ohnehin integral unter das Beschaffungsrecht. Vergeben solche Verwaltungseinheiten Sektoraufträge, sind allerdings die Verfahrensbestimmungen des Sektorenbeschaffungsrechts anwendbar (z.B. die speziellen Schwellenwerte von Anhang 4 revBöB und Anhang 1 revI-VöB).

Private Unternehmen werden unterstellt, weil und soweit sie in bestimmten Sektoren mit ausschliesslichen und besonderen Rechten ausgestattet sind, welche Konkurrenz ausschliessen oder erschweren. Zu denken ist an Monopolkonzessionen oder an andere öffentlich-rechtliche Vorzugsrechte, welche sich auf die rechtliche Befugnis – und nicht bloss die faktische Möglichkeit – beziehen, eine Sektorentätigkeit auszuüben, und gleichzeitig eine Exklusivstellung einräumen. Aufgrund solcher Vorzugsrechte erbringen private Unternehmen «öffentliche Dienstleistungen» resp. erfüllen öffentliche Aufgaben, die ihnen das Gemeinwesen zuweist. Für diese Vorzugsrechte können sich Konkurrenten sachlich, räumlich und zeitlich grundsätzlich nicht qualifizieren (was bei reinen Polizeibewilligungen aber möglich wäre). Entsprechend haben die Destinatäre der jeweiligen Leistungen keine Alternativen zu den Leistungen, welche sie von den privaten Sektorauftraggeberinnen – gleich wie von öffentlichen Unternehmen – beziehen.

Ausschreibungspflichtig sind nur Aufträge, die den Kerntätigkeiten dienen

Sektorenauftraggeberinnen sind dem Beschaffungsrecht wie eingangs erwähnt lediglich teilunterstellt. Um das Ausmass der Unterstellung zu ermitteln, wird die jeweilige *Tätigkeit* der Sektorenauftraggeberin betrachtet, für die eine Beschaffung durchgeführt wird. Dies bedeutet folgendes: (i) Die Art des Auftrags (an sich eine Frage des objektiven Geltungsbereichs) bestimmt, ob und wie weit eine Sektorenauftraggeberin subjektiv dem Beschaffungsrecht unterstellt ist. (ii) Dabei interessieren die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt, auf welchem die betreffende Sektorentätigkeit stattfindet. (iii) Entsprechend sind die formalrechtlichen Eigenheiten der Vergabestelle irrelevant.

Diese Rechtsauffassung ist zwar nicht völlig neu. Sie war in der Vergangenheit aber oft Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten in der Lehre, und sie wurde von der Rechtsprechung unterschiedlich umgesetzt. Jetzt halten Art. 4 Abs. 3 revBöB / revIVöB in erfreulicher Klarheit fest: Nur Aufträge, die der *Kerntätigkeit* dienen, für die eine Sektorenauftraggeberin gesetzlich abschliessend dem Beschaffungsrecht unterstellt ist (Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB), müssen öffentlich ausgeschrieben werden. Eine Beschaffung erfolgt «für» den «Tätigkeitsbereich» (vgl. Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB), wenn der öffentliche Auftrag in einer funktionalen Beziehung zur gesetzlich erfassten Sektorentätigkeit steht, diese also ermöglicht, fördert, erleichtert oder effizienter gestaltet. In dieser Hinsicht kann die bisherige Rechtsprechung weiterverwendet werden, die sich zu einem grossen Teil im Zusammenhang mit Ausschreibungen der SBB für den Betrieb des Eisenbahnverkehrs (inklusive Netzinfrastruktur) entwickelt hatte.

Präponderanzmethode – Abschied von der Infektionstheorie

Das Konzept der «Teilunterstellung» gemäss Art. 4 Abs. 3 revBöB / revIVöB klärt auch die Frage, wie mit Beschaffungen umzugehen ist, die sowohl der Kerntätigkeit als auch einer «übrigen» Tätigkeit einer Sektorenauftraggeberin dienen («Zweckvermischung», im Gegensatz zur «Leistungsvermischung» im Falle gemischter Aufträge im Sinne von Art. 8 Abs. 3 revBöB / revIVöB). In solchen Fällen ist nach der sog. Präponderanzmethode (auch als «Schwergewichtsmethode» bezeichnet) zu entscheiden, ob der gesamte Auftrag öffentlich auszuschreiben ist oder nicht. Dient das Hauptvolumen des Auftrags der Sektorentätigkeit, so muss der gesamte Auftrag öffentlich ausgeschrieben werden – und umgekehrt. Die Präponderanzmethode ist im revBöB an mehreren Stellen verankert und bildet das zentrale Zuweisungskriterium, wenn Aufträge mehrere Komponenten aufweisen, die beschaffungsrechtlich je unterschiedlich zu qualifizieren sind (z.B. bei gemischten Aufträgen: Art. 8 Abs. 3 revBöB / revIVöB; bei der Bestimmung des anwendbaren Beschaffungsrechts: Art. 5 Abs. 1 revBöB / revIVöB).

Die langjährige Kontroverse, ob bei solchen «Zweckvermischungen» eines öffentlichen Auftrags je nach rechtlicher Eigenschaft einer Sektorenauftraggeberin (z.B. EöR oder öffentliches Unternehmen) oder je nach der völkerrechtlichen Grundlage, welche die Auftraggeberin unterstellt (GPA oder BilatAbk), die Präponderanz- oder die sog. Infektionstheorie anzuwenden sei, ist unter dem revidierten Recht obsolet. Zur Erinnerung: Nach der Infektionstheorie «infizieren» die ausschreibungspflichtigen Komponenten eines Auftrags den gesamten Auftrag, selbst wenn sie im Einzelfall nur marginal sind. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hatte in «Zweckvermischungsfällen», welche die SBB betrafen und nach BöB bzw. BilatAbk zu beurteilen waren, die Präponderanzmethode bevorzugt, zumal die SBB schon

damals eine Sektorenauftraggeberin im Sinne des BilatAbk war (vgl. etwa BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016). In einem Fall, der die Post betraf und der nach dem GPA 1994 zu beurteilen war, hatte das BVGer dagegen die Infektionstheorie für anwendbar erklärt, weil die Post als Einheit der zentralen Bundesverwaltung auf der Positivliste von GPA 1994 Anhang I Annex 1 erschien und keine Sektorenauftraggeberin im Sinne von GPA 1994 Anhang I Annex 3 war (BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015). Ob die Präponderanzmethode oder die Infektionstheorie anzuwenden war, war auch bei EöR des kantonalen oder kommunalen öffentlichen Rechts strittig, wenn diese EöR Aufträge vergaben, die teilweise ihren «nichtgewerblichen» Tätigkeiten (also nicht im Wettbewerb) und teilweise ihren «gewerblichen Tätigkeiten» (also im Wettbewerb) dienten (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB 1994/2001: «... mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten»).

Das GPA 2012 sieht mittlerweile eine **Generalausnahme** vor für Aufträge, welche Leistungen dienen, die im **Wettbewerb** («gewerblich») erbracht werden (Art. 11:2 lit. a/ii GPA 2012; dieser Generalausnahme entspricht Art. 10 revBöB / revIVöB). Dem GPA 1994 war diese Generalausnahme fremd. Entsprechend erklärt jetzt auch GPA 2012 Anhang I Annex 3 (Anmerkung 2 betreffend Annex 3) das GPA 2012 für *nicht* anwendbar auf Aufträge, welche für die Durchführung einer Sektorentätigkeit gemäss Annex 2 vergeben werden, wenn diese Tätigkeit dem «uneingeschränkten Wettbewerb des Marktes» ausgesetzt ist – in schweizerischer Terminologie: dem wirksamen Wettbewerb im Sinne des KG. Dies entspricht der Teilunterstellung von Aufträgen von Sektorenauftraggeberinnen nach dem Konzept von Art. 4 Abs. 3 revBöB / revIVöB: Denn im revidierten Recht werden nunmehr durchwegs *Aufträge und Leistungen* betrachtet. Es interessiert, auf welchem Markt diese Leistungen erbracht werden bzw. ob auf diesem

Markt Wettbewerbsdruck besteht, der zu effizienter Mittelallokation zwingt. Dagegen interessiert *nicht*, wie eine Vergabestelle formal zu qualifizieren ist. Aus dem regulatorischen Konzept von Art. 4 Abs. 3 revBöB / revIVöB folgt vor diesem Hintergrund:

- Aufträge, die den unterstellten Kern-Sektorentätigkeiten dienen, werden nicht im Wettbewerb vergeben. Sie dienen «nicht-gewerblichen» Leistungen. Deshalb muss das Korrektiv des Beschaffungsrechts den Zuschlagsentscheid leiten und für eine effiziente Mittelallokation sorgen.
- Aufträge für «übrige [nicht unterstellte] Tätigkeiten» dienen dagegen unternehmerischen Aktivitäten der Sektorenauftraggeberinnen, die im Wettbewerb erfolgen und «gewerblich» sind. Erhält nicht das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag, wird sich dies – nach dem regulatorischen Konzept – ökonomisch für das Unternehmen rächen.

Die Präponderanzmethode bestimmt, ob der Auftrag *insgesamt* der Sektoren- oder einer («übrigen») Wettbewerbstätigkeit dient. Für die Infektionstheorie ist kein Platz mehr. Aufgrund der Generalausnahme für Wettbewerbstätigkeiten gilt dies auch für EöR, welche Aufträge vergeben, die teilweise ihren «gewerblichen» und den «nicht-gewerblichen» Tätigkeiten dienen. Auch hier hat die Infektionstheorie nichts mehr zu suchen, da sie auf einer formalen Betrachtungsweise beruht, die sich nicht für die – nunmehr aber zentrale – Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt interessiert.

Zu den einzelnen Sektoren

Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB fassen die gemäss GPA 2012 und BilatAbk unterstellten Sektorenmärkte übersichtlich zusammen.

Telekommunikation und Schienengüterverkehr auf der Normalspur (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a-c sowie Art. 3 Abs. 2 lit. d BilatAbk) wurden vom Bundesrat aufgrund von Art. 2b VöB «ausgeklinkt», weil sie wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sind. Diese Sektoren erscheinen deshalb nicht in Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB.

In der **Trinkwasserversorgung** (Art. 4 Abs. 2 lit. a revBöB / revIVöB; vgl. GPA Anhang I Annex 3 Ziff. 1/I, Art. 3 Abs. 2 lit. f/i BilatAbk) werden staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten erfasst, welche in der Gewinnung, Fortleitung und Verteilung von Trinkwasser sowie in der Versorgung von Trinkwassernetzen tätig sind. Nicht erfasst werden Tätigkeiten im Abwasserbereich oder Aufträge zur Wasserbeschaffung.

In der **Elektrizitätsversorgung** (Art. 4 Abs. 2 lit. b revBöB / revIVöB; vgl. GPA 2012 Anhang I Annex 3 Ziff. 2/II, Art. 3 Abs. 2 lit. f/ii BilatAbk) werden staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten erfasst, welche als Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf allen Netzebenen tätig sind (inklusive Stromproduktion). In der Stromproduktion wird nur die Stromerzeugung aus Wasser- oder Kernkraft erfasst, da nur hierfür Konzessionen (mit Ausschliesslichkeitswirkungen) notwendig sind. Die Produktion von Strom aus regenerierbaren Quellen erfolgt in der Regel konzessionsfrei und damit «gewerblich». Im Übrigen sind die Unterstellungen im Elektrizitätsbereich kompliziert: Die meisten Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind nicht nur staatlich beherrscht, sondern qualifizieren als EöR und unterstehen dem Beschaffungsrecht subjektiv als «staatliche Behörden» integral (Art. 4 Abs. 1 revBöB / revIVöB). Sodann ist etwa bei der Strombeschaffung durch Kantons- und Gemeindewerke wesentlich, ob der Strom für freie oder für gebundene Endkunden im Sinne des Stromversorgungsgesetzes eingekauft wird; je nachdem müssen diese Beschaf-

fungsverträge ausgeschrieben werden (gebundene Endkunden: Monopolbereich, kein Wettbewerbsdruck auf dem Absatzmarkt) oder nicht (freie Endkunden: alternative Stromangebote, Wettbewerbsdruck auf dem Absatzmarkt). Beschaffungsrechtliche Entscheide v.a. im Bereich der Stromversorgung (Stromeinkauf; Einkauf von Infrastruktur und von anderen Leistungen) sind anspruchsvoll und benötigen in der Regel enge rechtliche Begleitung.

Als Betreiber von **Verkehrseinrichtungen des Flug- und Binnenschiffverkehrs** (Art. 4 Abs. 2 lit. c und d revBöB sowie Art. 4 Abs. 2 lit. d und e revIVöB; vgl. GPA 2012 Anhang I Annex 3 Ziff. 4 und 5/IV und V, Art. 3 Abs. 2 lit. f/iii und iv BilatAbk) werden staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten erfasst, welche diese Einrichtungen aufgrund von rechtlichen Exklusivitätspositionen (d.h. luft- und binnenschiffrechtsrechtlichen Konzessionen) betreiben. Es handelt sich um Umschlagplätze und Terminals etc., welche Schnittstellen am Ende von Verkehrsverbindungen bilden.

Der **städtische Nahverkehr** wird in der revIVöB geregelt (Art. 4 Abs. 2 lit. c revIVöB; GPA 2012 Anhang I Annex 3 Ziff. 3/III, Art. 3 Abs. 2 lit. f/v BilatAbk). Erfasst werden staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten, die Verkehrsdienstleistungen im Nahverkehr (z.B. Bus, Strassenbahn) aufgrund einer Personenbeförderungskonzession – also in einer Exklusivstellung – anbieten.

Die **Post** ist im revidierten Recht nicht mehr «Bundesbehörde», sondern ein öffentliches Sektorenunternehmen. Sie wird lediglich für **Tätigkeiten im Bereich der reservierten Dienste** (Monopolbereich gemäss Postgesetz, also Briefpost bis 50g) erfasst (Art. 4 Abs. 2 lit. e revBöB; vgl. GPA 2012 Anhang I Annex 3 Ziff. 6/VI). Für Vergaben zu Gunsten ihrer Grundversorgungs- und Wettbewerbs-

dienste untersteht die Post nicht dem Beschaffungsrecht. Gerade bei der Post ist es in einer Konzernbetrachtung anspruchsvoll zu ermitteln, ob ein öffentlicher Auftrag gleichzeitig Monopol- und Wettbewerbstätigkeiten dient. Es muss deshalb geprüft werden, ob gewisse Beschaffungen gezielt für die unterstellten und die nicht-unterstellten Tätigkeiten durchgeführt werden können, sofern sich solche Aufträge überhaupt sachlich aufteilen lassen. Ist dies nicht möglich, muss nach der Präponderanzmethode entschieden werden, ob ein Gesamtauftrag ganz oder gar nicht ausschreibungspflichtig ist.

Vergessen wurde bei der Redaktion von Art. 4 Abs. 2 revBöB die **Postauto AG**. Diese erbringt aber allemal Personen-transportleistungen, die auf kantonaler und kommunaler Ebene unter Art. 4 Abs. 2 lit. c revIVöB fallen würden. Die Postauto AG ist jedoch Teil eines Bundesunternehmens. Art. 4 Abs. 2 revBöB weist deshalb in Bezug auf die Personentransportleistungen der Postauto AG eine echte Lücke auf. Diese muss *modo legislatoris* geschlossen werden, sonst verstösst Art. 4 Abs. 2 revBöB gegen GPA 2012 Anhang I Annex 3 Ziff. 3/III, der solche Transportleistungen ohne weiteres erfasst.

Im **Eisenbahn-Fernverkehr** (Art. 4 Abs. 2 lit. f revBöB / revIVöB; vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d BilatAbk) werden staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten erfasst, welche im Bau und Betrieb von Eisenbahnen mit der gesamten Netzinfrastruktur tätig sind. Dem revBöB unterstehen die Eisenbahnunternehmen unter unmittelbarer oder mittelbarer Kontrolle des Bundes. Eisenbahnunternehmen unter kantonaler Kontrolle unterstehen der revIVöB bzw. kantonalem Recht, ausser sie machen von der Rechtswahl Gebrauch (Art. 5 Abs. 3 revBöB / Art. 5 Abs. 6 revI-VöB). Zur Frage, was zur Kerntätigkeit eines Eisenbahnunternehmens gehört, steht um-

fangreiche Rechtsprechung aus dem noch geltenden Recht zur Verfügung, die sich weiterhin verwenden lässt.

In der **Energieversorgung** (Gas, Wärme, Gewinnung fossiler Brennstoffe; mit Ausnahme der Elektrizitätsversorgung; Art. 4 Abs. 2 lit. g und h revBöB / revIVöB; vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. e/i und ii BilatAbk) werden staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten erfasst, die Gas und Wärme produzieren, transportieren und in Gas- bzw. Fernwärmenetzen verteilen. Früher wurden solche Leistungen aufgrund von Konzessionen des Rohrleitungsgesetzes erbracht; das BilatAbk verweist auf diese Konzessionspflicht. Im Rohrleitungsgesetz wurde die Konzessionspflicht jedoch mittlerweile durch das Erfordernis eines Plangenehmigungsverfahrens ersetzt. Mit Rohrleitungsanlagen sind aber nach wie vor Ausschliesslichkeitspositionen (Gebietsmonopole) verbunden, die eine Ausschreibungspflicht rechtfertigen. Die Öl-, Gas- und Kohlegewinnung ist nur von marginaler Bedeutung. Aufträge für die Lieferung von Energie oder Brennstoffen für die Energieerzeugung sind gemäss Anhang VIII lit. f BilatAbk vom Anwendungsbereich des BilatAbk ausgenommen.

Einheitliche «Ausklindung» von Sektorenmärkten

Der systematisch kohärenten Unterstellung von Sektorauftraggeberinnen in Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB entspricht auch das neue Regime von Art. 7 revBöB / revIVöB zur «Ausklindung» von Sektortätigkeiten: Herrscht in einem Sektormarkt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB wirksamer Wettbewerb im Sinne des KG, so kann der Bundesrat auf Vorschlag einer Auftraggeberin oder des Interkantonalen Organs für das öffentlichen Beschaffungswesen (**InöB**) in einer Verordnung «Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung» unter das revBöB / die revIVöB befreien

(«ausklinken»; Art. 7 Abs. 1 revBöB / revIVöB).

Bereits Art. 2b VöB sah eine solche Ausklindung vor, jedoch nur für Vergabestellen, die in Sektoren gemäss Art. 2a VöB tätig waren und die aufgrund des BilatAbk dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt waren. Unter dem revidierten Recht können alle Sektortätigkeiten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 revBöB / revIVöB ausgeklintet werden, weil auch das GPA 2012 (Anhang I Annex 3 Anmerkung 2) mittlweile eine «Wettbewerbsausnahme» kennt – ähnlich wie Art. 3 Abs. 5 BilatAbk. Praktisch bedeutet dies, dass unter dem revidierten Recht nunmehr z.B. auch der Stromversorgungsmarkt *insgesamt* – nicht nur die privaten, sondern auch die öffentlichen Stromversorgungsunternehmen – ausgeklintet werden kann, sollte die entsprechende Marktliberalisierung umgesetzt werden.

Besonders erwähnenswert sind folgende Aspekte von Art. 7 revBöB / IVöB:

- Ein Sektormarkt kann «ausgeklintet» werden, wenn darauf wirksamer Wettbewerb im Sinne des KG herrscht – also *de facto*- und nicht bloss *de iure*-Wettbewerb. Wird ein Sektor spezialgesetzlich liberalisiert (z.B. künftig der Stromversorgungsmarkt), so ist nicht der rechtliche Liberalisierungsentscheid ausschlaggebend, sondern die faktische Wettbewerbslage. Der Bundesrat stützt den Ausklintentscheid u.a. auf ein Gutachten der Wettbewerbskommission (**WEKO**).
- Die Ausklindung erfolgt **tätigkeitsorientiert**. Es werden nicht Auftraggeberinnen «ausgeklintet», sondern sachlich relevante Märkte. Art. 7 Abs. 1 revBöB / revIVöB bildet diesbezüglich das Gegenstück zu Art. 4 Abs. 3 re-vBöB / revIVöB. Dies bedeutet aber auch, dass die Ausklindung nur soweit gehen darf, wie im betreffenden Sektor tatsächlich

wirksamer Wettbewerb herrscht. Entsprechend hat der Bundesrat bisher auf Grundlage von Art. 2b VöB den Telekommunikationsmarkt (mit den Teilbereichen Festnetz- Mobil- und Datenkommunikation sowie Internetzugang) sowie den Bereich Schienengüterverkehr (mit dem Teilbereich Güterverkehr auf der Normalspur) ausgeklint.

- Die Ausklintung wirkt auf dem Sektorenmarkt **erga omnes**. Alle Auftraggeberinnen, die in einem ausgeklinteten Sektor tätig sind, werden aufgrund des Ausklintentscheids des Bundesrats und der entsprechenden Verordnungsanpassung ohne weiteres von der öffentlichen Ausschreibungspflicht befreit. Dieser Entscheid wirkt umfassend und neutralisiert binnenstaatliches Vergaberecht, auch auf kantonaler Ebene.

Fazit

Das revidierte Beschaffungsrecht konsolidiert die bisher heterogene und systematisch intransparente Unterstellung von Sektorenauftraggeberinnen. Es orientiert sich am Wettbewerbsprinzip und nicht mehr danach, welche völkerrechtliche Grundlage die einzelnen Sektorenauftraggeberinnen bisher formal erfasst hatte. Es stellt sicher, dass Sektorenauftraggeberinnen soweit den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt sind, als nicht der wirksame Wettbewerb einen effizienten Einsatz öffentlicher Gelder gewährleistet. Entsprechend können künftig alle Sektorenmärkte im Sinne von Art. 4 Abs. 2 re-vBöB / revVöB ausgeklint werden, sobald dort wirksamer Wettbewerb festgestellt wird, und zwar mit Wirkung für alle Sektorenauftraggeberinnen, die auf solchen Märkten tätig sind.

Dank der Revision werden die beschaffungsrechtlichen Verhältnisse auf den Sektorenmärkten übersichtlicher. Die Rechtssicherheit wird für die Sektorenauftraggeberinnen wesentlich verbessert.

Vergabe News 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.

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

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020