



cs  
law

lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M.  
Rechtsanwältin

# **Dach Tagung 22. September 2007 Public Private Partnership in der Schweiz**

**Claudia Schneider Heusi**

**Rechtsanwältin**

**Limmatquai 138**

**Postfach 1757**

**8021 Zürich**

**Tel. +41 (0)43 344 51 46**

**Fax +41 (0)43 344 51 47**

**[cs@cshlaw.ch](mailto:cs@cshlaw.ch)**

**[www.cshlaw.ch](http://www.cshlaw.ch)**



# Inhalt

- Wo steht PPP in der Schweiz?
- Aktuelle Beispiele
- Wo liegen die rechtlichen Fragen?
- Beschaffungsrecht im Speziellen



## Wo steht PPP in der Schweiz?

- Anstoss für PPP kommt von Wirtschaft und aus der Politik, nicht von der öffentlichen Hand selber
- Gründung Kompetenznetzwerk PPP ([www.pppschweiz.ch](http://www.pppschweiz.ch))
- Politische Verstösse
- **Resultat:** Starke Bestrebungen auf Anbieterseite, PPP in Schwung zu bringen



# Wo steht PPP in der Schweiz?

- **Vorab:** Zusammenarbeit/Kooperation zwischen Privaten und öffentlicher Hand hat in der Schweiz eine lange Tradition
- **Neu ist bei PPP:** Definition Begriff
- Abgrenzung zum klassischen Beschaffungsverfahren



# Wo steht PPP in der Schweiz?

## Merkmale von PPP\*

- Öffentliche Aufgabe
- Wird gemeinsam durch privaten und öffentlichen Partner erbracht
- Beschaffung erfolgt lebenszyklusorientiert und umfasst typischerweise Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb
- Echte Risikoverteilung
- Abgrenzungen zu Privatisierung, Auslagerung etc.

Gemeinsam: Klassische Rollenteilung zwischen Staat und Privaten wird aufgeweicht und verwischt

\* nach Urs Bolz (Hrsg.), *Public Private Partnership in der Schweiz*, Zürich 2005



# Wo steht PPP in der Schweiz?

- Wo stehen die **Gemeinwesen**?
- **Eignungstests/Abklärungen**: Wo liegt das **Potential**?
- **Ausschreibungen für PPP Berater**

## Beispiele

→ **Realisiert:** Fussballstadion La Maladière Neuchatel



- **Genau betrachtet:** Finanzierung durch Private, öffentliche Hand stellt Rahmenbedingungen sicher (Verkauf Bauland)
- PPP? Es fehlt an Vss der Verantwortungsgemeinschaft
- (ähnlich: Stade de Suisse Bern)

## Beispiele

→ **In Diskussion:** Stadion Zürich (Fussballstadion Hardturm)



→ Wo liegt das Problem? Mantelnutzung/Rentabilität für Private sichergestellt, dadurch Opposition Anwohner und Blockierung in Rechtsmittelverfahren

→ **Resultat:** Stadion ist nicht bereit für Euro 08

# Beispiele

→ Damit dann in Zürich an der EM 2008 doch Fussball gespielt wird: Letzigrundstadion (klassische öffentliche Beschaffung)



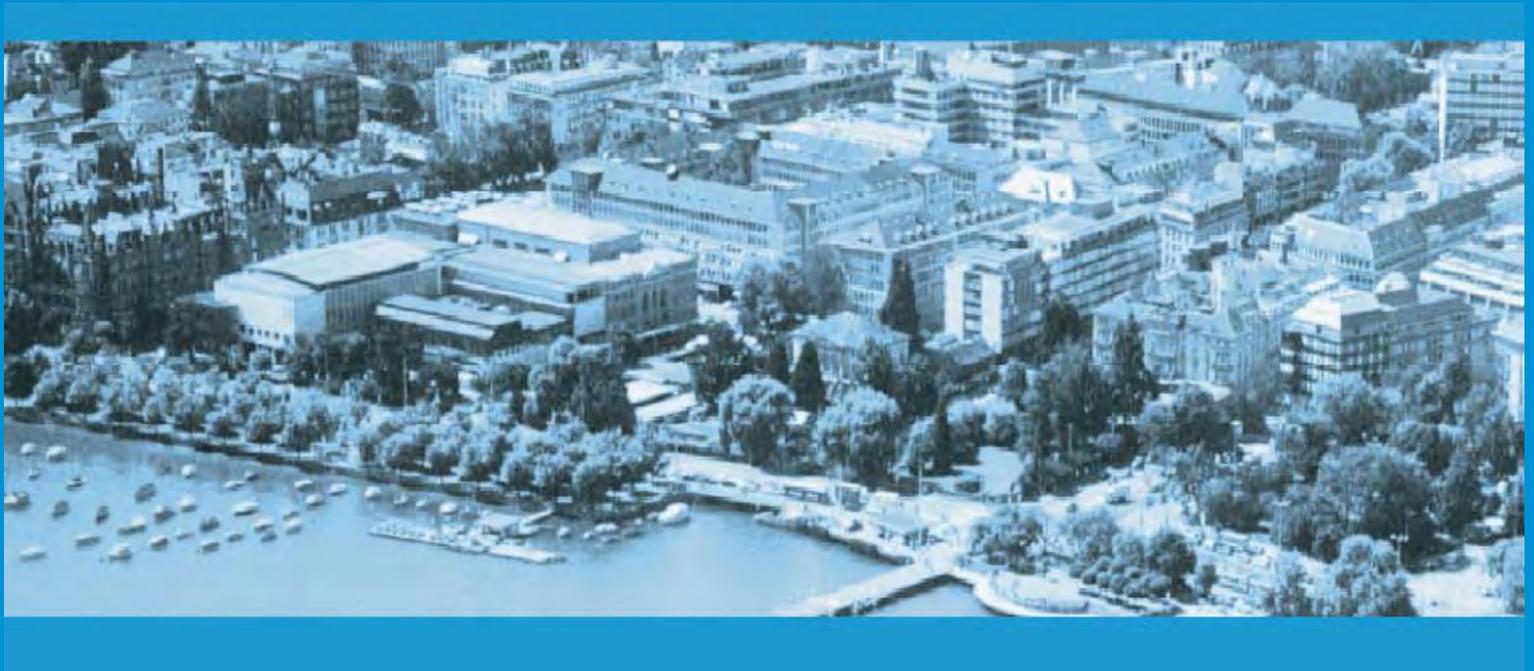


# Welche rechtlichen Fragen sind zu lösen?

- Staats- und allgemeines Verwaltungsrecht (gesetzliche Grundlage)
- Volksrechte, insbesondere Finanzreferendum
- Subventionsrecht
- Steuerrecht
- Öffentliches Beschaffungswesen
- Vertragsrecht



# Fallbeispiel: Kongresszentrum Zürich



Sachverhalt nach [www.zuerichforum.ch](http://www.zuerichforum.ch)

Bild: Wettbewerbsprogramm



## Fallbeispiel: Kongresszentrum Zürich

- Stadt Zürich nahm eine Investoren- und Betreiber Ausschreibung unter dem Titel PPP für den Neubau Kongresszentrum Zürich vor, ausdrücklich nicht als öffentliche Beschaffung bezeichnet
- Evaluation Karl Steiner AG als Investor
- Gründung Zürich Forum AG als *Projektentwicklungsgesellschaft*: Stadt Zürich ist neben Privater Aktionärin zu 27%, vertreten in VR (inkl. Präsidium)
- Architekturwettbewerb auf Einladung durch ZürichForum AG ohne öffentliche Ausschreibung (Stadt Zürich in Jury vertreten)
- Geplant ist Verkauf des Projekts an eine neue PPP-Trägerschaft (bestehend aus Stadt, Kongresshaus Stiftung und Privaten mit Beteiligung der Stadt im Wert von CHF 110-120 Mio.



# Fallbeispiel: Kongresszentrum Zürich

## Fragen zum gewählten Vorgehen:

- Wer muss was in welchem Verfahren ausschreiben?
- Investorensuche? Architekturwettbewerb? PPP-Partner für die Trägerschaft?
- In welchem Verfahren ist der GU/TU beizuziehen?
- Dürfen seitens der Stadt Zürich auch Direktvergaben an die einzelnen privaten Partner vorgenommen werden?



# Welche beschaffungsrechtlichen Fragen sind grundsätzlich zu klären?

## → Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts

- Was ist eine öffentliche Beschaffung?
- Wer ist als Auftraggeber dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt?
- Was gilt allenfalls für das zu wählende Verfahren, wenn es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung handelt?
- Wer darf als Anbieter auftreten und wo liegen die Grenzen einer so genannten Inhouse-Beschaffung?



## Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts: Begriff der öffentlichen Beschaffung

- Keine Definition in den Rechtsgrundlagen Bund/Kantone
- EU-Richtlinie 2004/18/EG:
  - Schliesst in Art. 1 Abs. 4 und Art. 17 Dienstleistungskonzessionen von ihrem Anwendungsbereich aus
  - Keine Definition zum Begriff öffentliche Beschaffung
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, **Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP)** und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, 30. April 2004 ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int))



## Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts - Schlussfolgerung:

### Begriff der öffentlichen Beschaffung (BGE 125 I 209):

- Geltende Rechtsprechung: öffentliche Beschaffung =
  - Erfüllung einer staatlichen Aufgabe
  - Gemeinwesen als Nachfrager auf dem freien Markt
  - Leistet Entgelt an privaten Anbieter
- Beschaffungen unter umgekehrten Vorzeichen, wo die öffentliche Hand kein Entgelt leistet oder sogar eine Gebühr, Entschädigung erhält, sind keine öffentliche Beschaffungen



# Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts

## Zwischenergebnis:

Keine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn das Gemeinwesen:

- eine öffentliche Aufgabe einem Privaten überträgt (und dafür kein Entgelt leistet)
- im Rahmen von Dezentralisierungen bzw. Privatisierungen eine Ausgliederung vornimmt
- eine öffentliche Unternehmung oder eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gründet
- ganz auf die Leistungserbringung durch die öffentliche Hand verzichtet (Vollprivatisierung)
- auf eine Ausschreibung verzichtet, weil eine Leistung an einen internen Leistungsträger, also „inhouse“ vergeben werden soll



## Dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeber

- Kongresszentrum: ZürichForum AG?
  - Die Investorenausschreibung wurde nicht als eine öffentliche Beschaffung betrachtet.
  - Eine Finanzierung der ZürichForum AG zu mehr als 50% mit öffentlichen Mitteln oder eine mehrheitliche personelle Beherrschung liegen nicht vor
  - Aber Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB: Trägerin öffentlicher Aufgaben?



## Dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeber

- Unterstellung eines Auftraggebers im Einzelfall, bei PPP-Projekten insbesondere der Projektentwicklungs- der Trägergesellschaft bzw. eines ausgewählten Privaten
- Bund: abschliessende Aufzählung der unterstellten Auftraggeber (Art. 2 BoeB, i. V. m. Art. 2 ff. VoeB)
- Kantone: Art. 8 IVöB Abs. 2 lit. a und b
  - „Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten“
  - „Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden“
- Rechtsprechung: Verwaltungsgericht des Kantons Zürich betreffend Erdgas Zürich AG vom 31. Januar 2002, VB.2000.00403



## Dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeber

- **Fazit: Unterstellung eines Auftraggebers alternativ wenn:**
  - staatliche oder dezentralisierte Behörde, die nicht kommerziell oder industriell tätig ist
  - gemischtwirtschaftliches oder öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform, das aufgrund der Eigentumsverhältnisse und/oder der finanziellen Beteiligung bzw. der personellen Bestellung der Organe als staatlich mehrheitlich beherrscht gilt, sofern es nicht kommerziell oder industriell tätig ist
  - ein Auftraggeber eine Monopolstellung innehält
  - es sich um einen privaten Träger öffentlicher Aufgaben handelt, sofern diese Tätigkeit nicht kommerziell oder industriell tätig ist
  - es sich um eine Organisation handelt, die zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern, namentlich Subventionen, finanziert wird

# PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht?

- Rechtsprechung betreffend Definition öffentliche Beschaffung führt zu einem unbefriedigenden Resultat
- Führt zudem zur Frage der Unterstellung einer PPP-Projektentwicklungsgesellschaft bzw. Trägergesellschaft
- Wahl des „richtigen“ Verfahrens von Anfang an, d. h. Suche des PPP-Partners/Investors mittels öffentlicher Ausschreibung und objektiven Kriterien zumindest analog dem öffentlichen Beschaffungsrecht
- Entwicklung in der EU:
  - Grünbuch der Kommission der EU zu ÖPP und Mitteilung Kommission vom 17. November 2005
  - Zudem: Rechtsprechung EuGH



# PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht?

Urteil vom 13. Oktober 2005, C-458-03/Parking Brixen GmbH

- Stadtwerke Brixen AG: weitgehend selbständige AG
- Vergabe des Betriebs eines gebührenpflichtigen, öffentlichen Parkplatzes mit 200 Stellplätzen durch die Gemeinde Brixen an die Stadtwerke Brixen AG
- Entgelt für diese Tätigkeit sind die von Dritten zu entrichteten Parkgebühren
- Dienstleistungskonzession, keine öffentliche Beschaffung
- Art. 43 EGV (Niederlassungsfreiheit) und 49 EGV (Dienstleistungsfreiheit), Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz erfordern Ausschreibung
- Nicht mehr zulässige Inhousevergabe



# PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht?

**Urteil vom 18. Januar 2007, C-220/05/Commune de Roanne**

- Stadt Roanne erteilte Direktauftrag an Stadtentwicklungsgesellschaft SEDL für die Errichtung eines Freizeitzentrums
- Vertragliche Verpflichtung der SEDL, öffentliche Vergabeverfahren durchzuführen
- Verhältnis zwischen der Commune de Roanne SEDL ist dem Vergaberecht unterstellt
- Öffentlicher Bauauftrag, der auszuschreiben ist, auch wenn Entgelt die Zahlungen von Dritten einschliessen (Investoren)



## PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht - Schlussfolgerung

- Suche eines PPP-Partners oder Investors
  - Liegt eine Beschaffung im Sinne der genannten Definition vor?
  - D. h. wird öffentliche Aufgabe erfüllt? Erhält PPP-Partner für seine Leistung eine Entschädigung durch das Gemeinwesen?
  - Öffentliche Aufgabe, aber kein Entgeltcharakter: Ausschreibung analog dem öffentlichen Beschaffungswesen (öffentliche Ausschreibung, Auswahl aufgrund vorgängig festgelegter, objektiver und nichtdiskriminierender Kriterien)



## PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht - Schlussfolgerung

- Unterstellung von Träger- bzw. Betreibergesellschaft bei PPP-Projekten:
  - Erfolgte Ausschreibung des PPP-Partners/Investors analog öffentlichem Recht?
  - Liegt eine mehrheitliche Beherrschung oder Finanzierung durch die öffentliche Hand vor?
  - Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe?

# Anwendbarkeit des Vergaberechts auf PPP

## Vertragsmodell

### Schuldvertrag



## Gesellschaftsmodell

Gesellschaftsvertrag



„analoges“ Verfahren

## Konzessionsmodell

Dienstleistungskonzession



„analoges“ Verfahren

# Einmaligkeit der Ausschreibungspflicht?

## Vertragsmodell



## Gesellschaftsmodell/Konzessionsmodell

