

# Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren

**Claudia Schneider Heusi**, lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Zürich  
**Felix Jost**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

## I. Einführung

Public Private Partnership (PPP) – der Begriff ist derzeit in der Schweiz in vieler Munde und scheint auf den ersten Blick neu. Nicht so in den EU-Staaten, wo PPP angesichts der knappen öffentlichen Mittel zur Bewältigung komplexer Infrastrukturprojekte seit längerem weit verbreitet ist. Eine präzise Definition des von der Wirtschaftswissenschaft entwickelten Begriffs gibt es nicht<sup>1</sup>; gemeinhin versteht man darunter die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer langfristigen gemeinsamen Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Partnern mit einer echten Risikoaufteilung. Anders als bei den bisher üblichen Beschaffungsmodellen übernimmt der private Partner weiter gehende Aufgaben, indem er beispielsweise eine Baute projektiert, baut, den Betrieb übernimmt und diesen über Gebühren oder Mietzinsen finanziert. Bei derart weit reichender privater Tätigkeit kann die klassische Rollenteilung zwischen Staat und Privaten aufgeweicht und verwischt werden. Bei allen Vorgängen einer Zusammenarbeit im Rahmen von PPP, einer Auslagerung oder einer Privatisierung stellt sich auch die Frage, inwiefern die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens beachtet werden müssen.

Als Fallbeispiel kann das Kongresszentrum Zürich genannt werden<sup>2</sup>. Die Stadt Zürich nahm unter dem Titel PPP eine Investoren- und Betreiber Ausschreibung für den Neubau Kongresszentrum Zürich vor. Die Ausschreibung wurde ausdrücklich als nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt bezeichnet. Nach Evaluation des Investors wurde die Zürich Forum AG als Projektentwicklungsgesellschaft gegründet. Die Stadt Zürich hat auf deren Willensbildung grossen Einfluss, indem sie zu 27% als Aktionärin beteiligt sowie im Verwaltungsrat und in der Projektleitung vertreten ist. Die Zürich Forum AG führte einen Projektwettbewerb auf Einladung durch, der nicht öffentlich ausgeschrieben wurde. Geplant ist ein Verkauf des Projekts an eine neue PPP-Trägerschaft<sup>3</sup> und die Realisierung durch einen Total-/Generalunternehmer.

Das Beispiel zeigt, dass bei solchen Formen der Kooperation zahlreiche vergaberechtliche Fragen zu klären sind. Nachfolgend

wird näher untersucht, was eine öffentliche Beschaffung ist und wer als Auftraggeber dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt ist. Dargelegt wird auch, was bei einem Verfahren gilt, welches rechtlich keine öffentliche Beschaffung darstellt. Schliesslich ist auf einige vergaberechtliche Besonderheiten bei PPP einzugehen.

## II. Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts

### A. Begriff der öffentlichen Beschaffung

#### 1. Rechtsgrundlagen

Eine Legaldefinition findet sich weder in den massgebenden Staatsverträgen (GPA und bilaterales Abkommen<sup>4</sup>), noch in den für Beschaffungen des Bundes massgebenden Erlassen (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und dazugehörige Verordnung<sup>5</sup>) oder in den kantonalen Rechtsgrundlagen (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB und jeweilige kantonale Ausführungserlasse<sup>6</sup>). Auch das Binnenmarktgesetz<sup>7</sup> gibt keine Antwort.

Die neue EU-Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge<sup>8</sup> schliesst in Art. 1 Abs. 4 und Art. 17 so genannte Dienstleistungskonzessionen ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus. Eine eigentliche Definition zum Begriff öffentliche Beschaffung wird weder darin noch im Grünbuch der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften<sup>9</sup> vorgenommen.

<sup>2</sup> Sachverhalt nach [www.zuerichforum.ch](http://www.zuerichforum.ch).

<sup>3</sup> An der Trägerschaft wird sich die Stadt Zürich voraussichtlich namhaft beteiligen.

<sup>4</sup> Government Procurement Agreement vom 15. April 1994 (GPA; SR 0.632.231.422); Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (Bilat. Abk.; SR 0.172.052.68).

<sup>5</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung (VoeB) vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11). Immerhin wird in Art. 5 BoeB auf Anhang I Annex 4 und 5 des GPA sowie auf die sog. CPC-Liste verwiesen. Bezüglich Lieferaufträge enthält das BoeB in Art. 5 Abs. 1 lit. a eine Legaldefinition.

<sup>6</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994, SR 172.056.4.

<sup>7</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02).

<sup>8</sup> Vgl. Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. April 2004, L134/114 ff.

<sup>9</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, 30. April 2004, [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1</sup> Vgl. Urs BOLZ (Hrsg.), Public Private Partnership in der Schweiz, Zürich 2005, S. 13 ff., mit weiteren begrifflichen Unterscheidungen sowie Abgrenzungen zu anderen Kooperationen zwischen öffentlicher Hand und Privaten; REGULA KÄGI-DIENER, Privat für die Öffentlichkeit? Aufbruch zu Public Private Partnership, in: Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 372 f.; CHRISTOPH MEYER, Public Private Partnership – Chancen und Risiken, in: Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, S. 293 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JULIEN LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, BR 2/2006, S. 99 f.

## 2. Rechtsprechung

Schon bald nach Inkraftsetzung der neuen Rechtsgrundlagen zeichnete sich eine Rechtsprechung ab, die zwar zu Beginn noch kritisiert wurde, mittlerweile aber als gefestigt gilt. Demnach ist die Erteilung eines Rechts zum Plakataushang auf öffentlichem Grund durch das Gemeinwesen (Konzession) keine öffentliche Beschaffung<sup>10</sup>. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung nur dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt und im Gegenzug dafür ein Entgelt leistet<sup>11</sup>. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen gelangte anfänglich noch zu einem anderen Ergebnis. Sie qualifizierte einen Auftrag zur Entsorgung gebrauchter Batterien und zur Erhebung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr als öffentliche Beschaffung<sup>12</sup>. Mittlerweile scheint sie ihre Rechtsprechung aber angepasst zu haben<sup>13</sup>. Das Verwaltungsgericht Zürich qualifizierte die Übertragung von Spitexleistungen an eine private Organisation<sup>14</sup> ebenso wenig als öffentliche Beschaffung wie die Übertragung eines Mensabetriebs an einen Privaten<sup>15</sup>. Auch der Abschleppdienst für Pannen- und Unfallfahrzeuge stellt keine öffentliche Beschaffung dar, soweit die Dienstleistungen des privaten Anbieters nicht für das Gemeinwesen, sondern für die privaten Fahrzeuginhaber erbracht werden. Auch wenn im Einzelfall die Polizeiorgane in direkter Stellvertretung des Fahrzeuginhabers den Abschleppauftrag erteilen und ein öffentliches Interesse an einer raschen Beseitigung der Fahrzeuge besteht, liegt keine Erfüllung einer staatlichen Aufgabe vor<sup>16</sup>.

## 3. Schlussfolgerung

Gemäss Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung nur dann vor, wenn das Gemeinwesen für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf dem freien Markt als Nachfrager einer Leistung auftritt («Konsument») und diese Leistung gegen Bezahlung eines Preises erwirbt. Vergaben unter umgekehrten Vorzeichen, d. h. wenn die öffentliche Hand kein Entgelt leistet oder sogar eine Gebühr oder Entschädigung erhält, sind nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass noch kein Vorgang vorliegt, der aufgrund dieser Rechtsprechung eine öffentliche Beschaffung darstellt, wenn das Gemeinwesen:

- eine Konzession erteilt<sup>17</sup>;
- eine öffentliche Aufgabe einem Privaten überträgt (und dafür kein Entgelt leistet);
- im Rahmen von Dezentralisierungen bzw. Privatisierungen eine öffentliche Unternehmung oder eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gründet;
- im Rahmen eines PPP-Vorhabens mit einem privaten Unternehmen eine Träger- oder Betreibergesellschaft gründet;
- für ein PPP-Vorhaben einen Investor sucht, ohne dass dieser ein Entgelt erhalten würde;
- eine Leistung an einen internen Leistungsträger («inhouse») vergibt<sup>18</sup>.

Ebenfalls nicht als Beschaffungsvorgang qualifiziert wird beispielsweise die Ausrichtung einer Subvention oder der Abschluss eines Arbeitsvertrags. Ebenso wenig fallen der Kauf oder die

Miete von Liegenschaften unter das Beschaffungsrecht, was sich einerseits mit der Natur der Sache erklären lässt<sup>19</sup> und sich andererseits als Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 1 lit. a BoeB bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. b IVöB<sup>20</sup> ergibt.

## B. Dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellte Auftraggeber

Der Frage des persönlichen Anwendungsbereichs des Beschaffungsrechts ist insbesondere dann besondere Aufmerksamkeit zu schenken, wenn im Rahmen von PPP-Vorhaben die privaten Partner oder eigens gegründete Projektentwicklungs- bzw. Trägergesellschaften bei Dritten Leistungen einkaufen.

### 1. Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen legen den persönlichen Anwendungsbereich unterschiedlich fest. Ausgangspunkt ist das GPA mit seiner Aufzählung gemäss Anhang I/Annex 1–3<sup>21</sup>.

#### a) Beschaffungen des Bundes

Die dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellten Auftraggeber werden in Art. 2 BoeB (in Verbindung mit Art. 2 ff. VoeB) aufgeführt. In Bezug auf die Post- und Automobildienste der Post erfolgt die Unterstellung, soweit es nicht um Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten geht. Gemäss Art. 2a Abs. 2 lit. b VoeB sind der Bau und der Betrieb von Eisenbahnanlagen durch die SBB, durch die Unternehmen, bei denen sie die Aktienmehrheit besitzt, oder durch andere unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehende Betreiber von Eisenbahnanlagen unterstellt, ausgenommen die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Die weiteren in Art. 2a VoeB genannten Auftraggeber im Bereich Telekommunikation haben von der Möglichkeit des Ausklinkverfahrens Gebrauch gemacht.

#### b) Beschaffungen der Kantone

In Art. 8 IVöB erfolgt eine weite Umschreibung der unterstellten Auftraggeberinnen und Auftraggeber. Im Staatsvertragsbereich werden Kantone, Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene erwähnt sowie öffentliche und private Unternehmen aus den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung. Gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IVöB erfolgt die Unterstellung im Nicht-Staatsvertragsbereich überdies für:

<sup>13</sup> BRK, 30. November 2004, VPB 69/2005 Nr. 32.

<sup>14</sup> VGr ZH, 24. August 2000, VB.2000.00126, www.vgrzh.ch, ZBl 102/2001, S. 97.

<sup>15</sup> VGr ZH, 3. Juli 2002, VB.2002.00022, www.vgrzh.ch.

<sup>16</sup> VGr ZH, 19. Oktober 2005, VB.2005.00155, www.vgrzh.ch.

<sup>17</sup> Vgl. zur Übertragung von Konzessionen den Hinweis in Anm. 39 zu Art. 2 Abs. 7 rev. BGBM.

<sup>18</sup> Siehe unten Ziff. II/C.

<sup>19</sup> BEAT DENZLER, Die Grenzen des Submissionsrechts, Unterlagen Vergabetagung 2002, S. 5.

<sup>20</sup> Die genannten Bestimmungen erwähnen nur «bewegliche Güter».

<sup>21</sup> Vgl. auch den Hinweis in Art. XXIV Ziff. 6 b GPA bei vollständiger Privatisierung.

<sup>10</sup> BGE 125 I 209.

<sup>11</sup> Bestätigt in BGE 126 I 255 betr. Zurverfügungstellung eines Standplatzes an einer Kunstmesse.

<sup>12</sup> VPB 64/2000 Nr. 30.

- 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.

Dieser weite Begriff entspricht Art. 5 Abs. 2 BGBM, wonach Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen haben, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden.

## 2. Rechtsprechung

Die eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hatte verschiedentlich den persönlichen Anwendungsbereich gemäss Art. 2 BoeB zu beurteilen. Bei der Skyguide (früher Swisscontrol) handelt es sich beispielsweise nicht um eine Vergabebehörde im Geltungsbereich von GPA und BoeB<sup>22</sup>. Die privatisierte Erdgas Zürich AG hingegen war gemäss einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich dem (damaligen) kantonalen Submissionsrecht unterstellt, da eine staatliche Beherrschung vorlag und sie über eine Monopolstellung verfügte<sup>23</sup>.

## 3. Schlussfolgerungen

Die enger gefasste Umschreibung des persönlichen Anwendungsbereichs gemäss Bundesrecht führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass dezentralisierte Beschaffungsstellen des Bundes sowie vom Bund subventionierte oder mehrheitlich beherrschte Organisationen dem Beschaffungsrecht nicht unterstellt und demzufolge deren Vergaben nicht anfechtbar sind. Gerade vor dem Hintergrund möglicher PPP-Projekte wird die Frage einer Unterstellung weiterer Auftraggeber im Bund analog der Regelung gemäss Art. 8 IVöB zu prüfen sein. Im Zielbericht BKB/KBOB zur Revision des BoeB wird eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs gefordert, die der kantonalen Regelung sehr nahe kommt<sup>24</sup>. Damit soll eine Umgehung des Beschaffungsrechts durch Dezentralisierung, Auslagerung und Delegation von Verwaltungsaufgaben an private Unternehmen verhindert werden. Gleichzeitig sollen staatliche Organisationen, die rechtlich und faktisch dem Wettbewerb ausgesetzt sind, vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden<sup>25</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach heutigem kantonalen Recht (und wohl auch nach zukünftigem Bundesrecht) ein Auftraggeber jeweils dann dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen ist, wenn

- es sich um eine staatliche oder dezentralisierte Behörde handelt und diese nicht kommerziell oder industriell tätig ist,
- es sich um ein gemischtwirtschaftliches oder öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform handelt, 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,
- ein Privater als Träger öffentlicher Aufgaben handelt,
- es sich um eine Organisation handelt, die zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern, namentlich Subventionen, finanziert wird.

Das eingangs erwähnte Beispiel des Kongresshauses Zürich ist vor diesem Hintergrund zu prüfen. Die Investorenausschreibung

wurde zu Recht nicht als eine öffentliche Beschaffung betrachtet, da die Stadt Zürich kein Entgelt zu leisten hat. Hingegen spricht einiges dafür, die Projektentwicklungsgesellschaft «Zürich Forum AG» als Trägerin öffentlicher Aufgaben dem Beschaffungsrecht zu unterstellen, obwohl sie weder zu mehr als 50% mit öffentlichen Mitteln subventioniert noch personell mehrheitlich durch die Stadt beherrscht wird. Ausschlaggebend ist letztlich, ob die Projektierung und die Erstellung eines Kongresshauses als öffentliche Aufgaben qualifiziert werden<sup>26</sup>.

## C. Inhouse-Vergaben

Im «halbstaatlichen Bereich» ist auch zu klären, inwiefern eine «interne» Auftragsvergabe an ein staatliches Unternehmen in Privatrechtsform oder an eine PPP-Trägerschaft ohne Ausschreibung erfolgen darf. Die Rechtsprechung des EuGH<sup>27</sup> hat in Bezug auf solche Inhouse-Geschäfte durch den Entscheid «Parking Brixen GmbH» eine weitere Präzisierung erfahren<sup>28</sup>. Eine Zuschlagserteilung ohne Ausschreibung kommt nur dann in Frage, wenn das zu berücksichtigende Unternehmen über keinerlei Selbständigkeit verfügt und der Kontrolle durch das Gemeinwesen unterworfen ist<sup>29</sup>. Wird eine solche Inhouse-Beschaffung vorgenommen, so hat dies zur Konsequenz, dass das berücksichtigte Unternehmen seinerseits zu einem dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellten Auftraggeber wird.

## III. PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht?

### A. Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung

PPP-Verfahren sind gesetzlich nicht geregelt. Nach geltender Rechtslage und Rechtsprechung muss die Suche des PPP-Partners oder eines Investors nicht gemäss den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden, wenn – ohne ein Entgelt zu entrichten – mit dem privaten Partner eine gemeinsame Gesellschaft gegründet (*Gesellschaftsmodell*) oder ihm eine öffentliche Aufgabe zur Erfüllung übertragen wird (*Konzessions-*

<sup>22</sup> BRK, 28. September 2001, VPB 66/2002 Nr. 5; vgl. auch die Entscheide BRK 2004-001 vom 30. März 2004 und BRK 2003-020 vom 28. Oktober 2003.

<sup>23</sup> VGr ZH, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, www.vgrzh.ch.

<sup>24</sup> BKB (Beschaffungskommission des Bundes)/KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes), Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, 7. April 2005, S. 31 ff. (zit. Zielbericht).

<sup>25</sup> Zielbericht (Anm. 24), S. 33.

<sup>26</sup> Die geplante Entlassung des bestehenden Kongresshauses aus dem Denkmalschutz soll offenbar mit öffentlichen Interessen begründet werden, vgl. NZZ Nr. 99 vom 29./30. April 2006. – Zu Begriff und Umfang der öffentlichen Aufgaben vgl. PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 71 ff.; FELIX HAFNER, Öffentliche Aufgaben und öffentliches Interesse – ein (un)geklärtes Verhältnis, BJM 2004, S. 281 ff.; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, S. 23 ff.

<sup>27</sup> Rechtssache C-107-98/Teckal; Rechtssache C-26-03/Stadt Halle; vgl. auch STEFAN SCHERLER in BR 2/2005, S. 67.

<sup>28</sup> Rechtssache C-458-03/Parking Brixen GmbH, vgl. sogleich unten Ziff. III/A.

<sup>29</sup> Vgl. dazu auch VGr ZH, 5. April 2006, VB. 2006.00145, www.vgrzh.ch; ZUFFEREY/LE FORT (Anm.1), S. 101.

modell). Eine öffentliche Beschaffung liegt jedoch dann vor, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt, d.h. im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags, für das Gemeinwesen Leistungen erbringt (Vertragsmodell)<sup>30</sup>.

Im Entscheid «Parking Brixen GmbH» hielt der EuGH fest, dass die Vergabe des Betriebs eines gebührenpflichtigen, öffentlichen Parkplatzes durch die Gemeinde Brixen an die verselbständigte Stadtwerke Brixen AG eine Dienstleistungskonzession sei, auf die die Vergaberechtsrichtlinie nicht anwendbar sei<sup>31</sup>. Die Niederlassungsfreiheit<sup>32</sup> und die Dienstleistungsfreiheit<sup>33</sup> sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verbieten aber einer öffentlichen Stelle, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung an eine weitgehend selbständige AG<sup>34</sup> zu vergeben. Die vorgenommene Inhouse-Vergabe war daher nicht zulässig<sup>35</sup>.

Der Entscheid «Parking Brixen GmbH» wird auch in der Schweiz für künftige PPP-Verfahren wegweisend sein. Bei der Suche eines Investors oder eines PPP-Partners für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hat das Gemeinwesen namentlich die aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV abgeleitete Pflicht zur Gleichbehandlung von privaten Marktteilnehmern zu beachten.

## B. Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP)

Im Grünbuch der EU-Kommission zu ÖPP<sup>36</sup> wird ebenfalls auf die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer hingewiesen. Jede vertragliche oder unilaterale Massnahme, mit der eine öffentliche Stelle die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit einem Dritten überträgt, müsse im Einklang mit den sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergebenden Mindestgrundsätzen stehen. Die Kommission betont, dass nach Auswahl des privaten Partners jegliche Intervention der öffentlichen Hand unzulässig sei, da sonst die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer erneut in Frage gestellt werde. In einer späteren Mitteilung kündigte sie eine Klarstellung an, wie die EU-Vorschriften bei der Auswahl von ÖPP-Partnern anzuwenden seien. Als Ziel wird genannt, dass ein «echter Wettbewerb für ÖPP zu schaffen sei, ohne dabei die für innovative und häufig komplexe Vorhaben erforderliche Flexibilität allzu sehr einzuschränken»<sup>37</sup>.

## C. Schlussfolgerung

Bei der Suche eines PPP-Partners oder Investors ist zusammengefasst in erster Linie zu klären, ob eine öffentliche Beschaffung im Sinne der genannten Definition vorliegt. Dabei ist vor allem von Bedeutung, ob es sich um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt<sup>38</sup> und ob der PPP-Partner für seine Leistung eine Entschädigung durch das Gemeinwesen erhält. Ist Letzteres nicht der Fall, so hat die Suche des geeigneten Partners in einem analogen Verfahren zu erfolgen, das sich am öffentlichen Vergabeverfahren orientiert<sup>39</sup>. Es ist eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen und die Auswahl des Partners hat aufgrund vorgängig festgelegter, objektiver und nichtdiskriminierender Kriterien zu erfolgen<sup>40</sup>.

In Bezug auf die Unterstellung von Träger- bzw. Betreibergesellschaften bei PPP-Projekten ist insbesondere zu prüfen, ob eine mehrheitliche Beherrschung oder Finanzierung durch die öffentliche Hand gegeben ist. Selbst bei einer staatlichen Minderheitsbeteiligung ist zu beachten, dass die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zu einer Unterstellung führt. Die Umgehung des Beschaffungsrechts durch Dezentralisierung, Auslagerung und

Delegation von Verwaltungsaufgaben an private Unternehmen wird so ausgeschlossen<sup>41</sup>.

## IV. Ausgewählte Besonderheiten bei PPP<sup>42</sup>

### A. Umfang der ausgeschriebenen Leistung

Grundsätzlich ist es Sache der Vergabestelle, den Umfang der zu beschaffenden Leistungen im Einzelfall zu umschreiben. Allerdings dürfen bei PPP-Vergaben die ausgeschriebenen Leistungen nicht so umfangreich sein, dass mangels einer ausreichenden Anzahl Anbieter wichtige Ziele des Beschaffungsrechts, namentlich die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und die Gleichbehandlung der Anbietenden<sup>43</sup>, in Frage gestellt werden<sup>44</sup>. Sehr umfangreiche und langfristige Vergaben, für die nur ganz wenige Anbieter in Frage kommen, sind daher aufzuteilen, sofern nicht überwiegende Interessen für eine ungeteilte Vergabe sprechen. Das Gegenargument, dass sich kleinere Anbieter zu einer ARGE zusammenschliessen könnten, um gemeinsam ein Angebot ein-

<sup>30</sup> Vgl. auch DANIELA LUTZ, BR 4/2004, S. 176. Zu den verschiedenen PPP-Modellen vgl. BOLZ (Anm. 1), S. 27 ff.

<sup>31</sup> Richtlinie 92-50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (inzwischen ersetzt durch die konsolidierte Richtlinie 2004/18/EG, zit. in Anm. 8).

<sup>32</sup> Art. 43 EG Vertrag.

<sup>33</sup> Art. 49 EG Vertrag.

<sup>34</sup> Von Bedeutung war, dass die Stadtwerke Brixen AG durch Umwandlung eines gemeindeinternen Sonderbetriebs entstanden war, wobei der Gesellschaftszweck und der geografische Tätigkeitsbereich bedeutend ausgeweitet wurden und der Verwaltungsrat sehr weit gehende Vollmachten innehat.

<sup>35</sup> Rechtssache C-458-03/Parking Brixen GmbH.

<sup>36</sup> Zit. in Anm. 9.

<sup>37</sup> Mitteilung der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen vom 15. November 2005, KOM/2005/0569, www.europa.eu.int.

<sup>38</sup> Vom Begriff her liegt eine PPP nur vor, wenn es um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geht (vgl. oben I.).

<sup>39</sup> Vgl. auch Art. 2 Abs. 7 rev. BGBM, in Kraft seit 1. Juli 2006, wonach die Übertragung der Nutzung kantonaler oder kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg einer Ausschreibung und ohne Diskriminierung zu erfolgen hat (AS 2006 2363).

<sup>40</sup> In solchen «analogen Verfahren» besteht, soweit spezialgesetzlich nichts anderes vorgesehen ist, nur ein eingeschränkter Rechtsschutz; die Submissionsbeschwerde steht nicht zur Verfügung; vgl. dazu VGr ZH, 19. Oktober 2005, VB.2005.00155, www.vgrzh.ch.

<sup>41</sup> In diesem Sinne auch das Grünbuch der EU, zit. in Anm. 9, sowie der Zielbericht (Anm. 24), S. 33. – Zur Bindung privater Träger öffentlicher Aufgaben an die Grundrechte gemäss Art. 35 Abs. 2 BV vgl. ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, AJP 10/2002, S. 1144 ff.; HÄSLER (Anm. 26), S. 65 ff.

<sup>42</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich insbesondere auf jene Konstellation, da ein PPP-Vorhaben dem Beschaffungsrecht unterliegt. Wie bereits dargelegt ist dies namentlich dann der Fall, wenn die öffentliche Hand von einem privaten Partner mittels gegenseitigen Schuldvertrags näher bezeichnete, i.d.R. umfangreiche, komplexe und lang andauernde Leistungen entgeltlich erwirbt (Vertragsmodell).

<sup>43</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 BoeB; Art. 1 Abs. 2 lit. a und b IVöB.

<sup>44</sup> VGr ZH, 19. Mai 1999, VB.98.00362 (abweichende Meinung einer Minderheit des Verwaltungsgerichts), auch zum Folgenden. Vgl. ferner PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, S. 5 ff., betreffend die vergaberechtliche Förderung von KMU mittels Ausschreibung von Teilleistungen und Bildung von Losen.

zureichen, sticht nur bedingt und vermag eine allfällige Wettbewerbsbehinderung nicht auszumerzen, müssten doch innert kürzester Zeit die organisatorischen und rechtlichen Strukturen der Zusammenarbeit bereitgestellt werden. Ausserdem wären womöglich bisherige Konkurrenten auf einmal zur Zusammenarbeit gezwungen.

Das vergaberechtliche Gebot zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs hat zur Folge, dass nur dann ein umfangreiches «PPP-Paket» ausgeschrieben werden darf, wenn entweder eine den Wettbewerb gewährleistende Anzahl geeigneter Anbieter vorhanden ist oder aber überwiegende Interessen für eine ungeteilte Vergabe bestehen. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Wettbewerbskommission gegen wettbewerbsbehindernde Vergaben vorgehen kann und ihr gemäss revidiertem Binnenmarktgesetz seit dem 1. Juli 2006 ein Beschwerderecht gegen Vergabeentscheide zusteht<sup>45</sup>. Nachdem in der Schweiz bis heute erst wenige praktische Erfahrungen mit PPP bestehen, kann es unter Umständen im Einzelfall noch an einer für einen wirksamen Wettbewerb genügenden Zahl von Anbietern fehlen.

Auch der zeitlichen Dimension ist Beachtung zu schenken: Gemäss Rechtsprechung steht es nicht im Belieben der öffentlichen Hand, ein Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen<sup>46</sup>. Verträge, die sich jeweils stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängern und kein definitives Ende vorsehen, sind unzulässig, da sie den Wettbewerb behindern. Vertragsdauern von maximal sieben Jahren wurden etwa für Stadtgenieurarbeiten oder für ein kommunales Abfuhrwesen als gerade noch zulässig erachtet. Auch diesbezüglich ergeben sich für PPP, die sich aufgrund ihrer «life cycle»-Betrachtung regelmässig auf sehr lange Vertragsverhältnisse erstrecken, erhebliche Schwierigkeiten. Oft ist es gerade Sinn und Zweck von PPP, dass über viele Jahre oder gar Jahrzehnte hinweg Leistungen von einem einzigen Anbieter erbracht werden sollen und in dieser Zeitspanne die Konkurrenten vom Markt ausgeschlossen sind. Langfristige PPP-Projekte sind somit nur möglich, wenn die Rechtsprechung diesbezüglich ihre bisherige strenge Praxis präzisiert. Nachdem die Gerichte stets betonen, es müsse auf die konkreten Verhältnisse im Einzelfall abgestellt werden, ist zu erwarten, dass schon nach heutigem Recht langfristige Partnerschaften als zulässig anerkannt werden, sofern anderweitig der wirtschaftliche Erfolg für die beteiligten Partner von vornherein verunmöglicht wäre. Auch bei einer grosszügigeren Handhabung ist aber in jedem Fall darauf zu achten, dass Partnerschaften zeitlich und inhaltlich klar eingegrenzt werden<sup>47</sup>.

## B. Dialog zwischen Vergabestelle und Anbieter

Bei komplexen Beschaffungen ist eine *im Vorfeld der Ausschreibung* stattfindende Kommunikation zwischen Vergabestelle und einem oder mehreren Anbietern u.U. ausschlaggebend für den Erfolg<sup>48</sup>. Bei PPP-Vergaben ist der Vergabestelle eine detaillierte Umschreibung der zu beschaffenden Leistungen oft gar nicht möglich. Mittels Dialog zwischen Anbietern und Vergabestelle werden innovativere oder wirtschaftlichere Lösungen möglicherweise überhaupt erst in Erwägung gezogen. Denkbar ist auch, dass die Initiative von privater Seite ergriffen wird und ein potenzieller PPP-Partner mit einer konkreten Idee an ein Gemeinwesen herantritt<sup>49</sup>. Wer im Vorfeld einer Submission (häufig ohne böse Absicht) Ratschläge erteilt oder anderweitig auf eine Submission Einfluss nimmt, riskiert allerdings, wegen Vorbefassung vom nachfolgenden Verfahren ausgeschlossen zu werden<sup>50</sup>. Diesbezüglich ist im Rahmen der laufenden BoeB-Revisionsarbeiten eine gewisse Flexibilisierung unabdingbar, indem die strengen Regeln betreffend Vorbefassung bei komplexen Beschaffungen etwas

gelockert werden. Der Zielbericht für die Revision des BoeB schlägt vor, es seien de lege ferenda «die beschaffungsrechtlichen Instrumente zur Verfügung zu stellen, um den Dialog zwischen der Beschaffungsstelle und den Anbietern bei der Abwicklung komplexer Projekte (von der Entwicklung der Idee und des Konzepts bis hin zur Realisierung) und der damit verbundenen Beschaffungen zu ermöglichen. Dem Bedürfnis nach Dialog zwecks Definition des Leistungsgegenstands ist dabei besonders Rechnung zu tragen»<sup>51</sup>. Man darf gespannt sein, wie der Gesetzgeber das ausgewiesene Bedürfnis nach Dialog zu befriedigen versucht. Weiterhin zu gewährleisten ist jedenfalls die Gleichbehandlung der Anbieter. Ein Dialog darf nicht zur Folge haben, dass die Ausschreibungsunterlagen (insbesondere die technischen Spezifikationen) auf einen oder einige wenige Konkurrenten zugeschnitten werden<sup>52</sup>.

*Nach der Eingabefrist, aber vor dem Zuschlag* ist die Rechtslage im Bund einerseits und in den Kantonen andererseits unterschiedlich zu beurteilen. Während bei Beschaffungen von Bundesstellen auf entsprechende Ankündigung hin Verhandlungen (namentlich über Inhalt, Umfang und Preis der zu erbringenden Leistungen) geführt werden dürfen<sup>53</sup>, sind auf kantonaler Ebene Verhandlungen nur sehr beschränkt und hinsichtlich der Preise (sog. «Abgebotsrunden») überhaupt nicht zulässig<sup>54</sup>. Es dürfen lediglich Unklarheiten ausgeräumt und Präzisierungen eingeholt werden<sup>55</sup>. Insofern erweist sich das Bundesrecht als PPP-freundlicher. Immerhin sind auch beim Bund im laufenden Verfahren keine Änderungen der grundlegenden Elemente der ausgeschriebenen Leistungen erlaubt<sup>56</sup>.

## C. Exkurs: Der wettbewerbliche Dialog gemäss EU-Vergaberecht

Bei diesem Verfahren, welches den bisherigen Numerus clausus zulässiger Vergabeverfahren ergänzt, darf die Vergabestelle alle Aspekte des Auftrags mit jedem Bewerber erörtern<sup>57</sup>. Der wettbewerbliche Dialog unterliegt strengen Voraussetzungen. Nur wenn es der Vergabestelle objektiv unmöglich ist,

- a. die Mittel zu bestimmen, die ihren Bedürfnissen gerecht werden, oder
- b. zu beurteilen, was der Markt an technischen bzw. finanziellen oder rechtlichen Lösungen bieten kann,

darf dieses Verfahren in Betracht gezogen werden. Während im ersten Fall (a) die technischen Spezifikationen aus objektiven

<sup>45</sup> Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006 2363).

<sup>46</sup> VGr ZH, 25. Januar 2006, VB.2005.00200, www.vgrzh.ch; 2. November 2000, ZBI 102/2001, S. 101, E. 3c; VGr AG, 29. Juni 1999, BR 4/2000 S. 128 Nr. S41; vgl. auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N. 535.

<sup>47</sup> Zielbericht (Anm. 24), S. 22 f.

<sup>48</sup> Zielbericht (Anm. 24), S. 61.

<sup>49</sup> BOLZ (Anm. 1), S. 264.

<sup>50</sup> Vgl. unten Ziff. IV/E.

<sup>51</sup> Zielbericht (Anm. 24), S. 63.

<sup>52</sup> Vgl. Art. VI Ziff. 2 lit. a GPA, wonach technische Spezifikationen eher bezüglich Leistung als bezüglich Konzeption oder beschreibender Eigenschaften zu definieren sind; vgl. ferner BOLZ (Anm. 1), S. 266.

<sup>53</sup> Art. 20 Abs. 1 lit. a BoeB.

<sup>54</sup> Art. 11 lit. c IVöB; § 30 der Vergaberichtlinien (VRöB).

<sup>55</sup> Hierfür eignen sich z.B. formalisierte Fragerunden, deren Ergebnisse allen Beteiligten zugänglich gemacht werden.

<sup>56</sup> Vgl. Zielbericht (Anm. 24), S. 54. Falls die nachgefragten Leistungen grundlegende Änderungen erfahren, ist das Verfahren abubrechen und zu wiederholen.

<sup>57</sup> Vgl. EU-Richtlinie (Anm. 8), Erwägungsgrund 31, auch zum Folgenden.

Gründen nicht formuliert werden können, hat der zweite Fall (b), der in der Praxis häufiger anzutreffen sein dürfte, die Konstellation im Auge, dass im Voraus nicht entschieden werden kann, welche der – möglicherweise zahlreichen – in Frage kommenden Lösungen den Bedürfnissen der Vergabestelle am besten gerecht wird<sup>58</sup>. Das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs sieht im Anschluss an Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen zunächst vor, dass mindestens drei geeignete Bewerber ausgewählt werden; eine zahlenmässige Beschränkung der Teilnehmer ist jedoch nicht zwingend. Anschliessend darf die Vergabestelle mit allen Anbietern je einzeln in einen Dialog treten, wobei die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung streng einzuhalten sind. Der Dialog kann sich nicht nur auf technische Aspekte, sondern ebenso auf wirtschaftliche (Preis, Kosten) und rechtliche Aspekte (Risikoverteilung, Garantien, Schaffung von «Zweckgesellschaften» usw.) erstrecken<sup>59</sup>. Gestützt auf im Voraus bekannt gegebene Zuschlagskriterien dürfen hernach die von den Anbietern vorgeschlagenen Lösungen sukzessive reduziert werden<sup>60</sup>. Bei der schrittweisen Reduzierung ist nach Möglichkeit zu gewährleisten, dass auch in der Schlussphase der Wettbewerb durch eine ausreichende Zahl von Angeboten gewährleistet bleibt. Gleichwohl kann der Fall eintreten, dass nur eine Lösung und nur ein geeigneter Anbieter übrig bleiben; selbst dann darf das Verfahren fortgesetzt werden<sup>61</sup>. Zum Schluss, nachdem der Dialog für abgeschlossen erklärt wurde, werden die verbliebenen Anbieter aufgefordert, «auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot einzureichen»<sup>62</sup>. Die endgültigen Angebote werden (wiederum) anhand der festgelegten Zuschlagskriterien ausgewertet und das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag.

Die EU-Kommission geht in ihrem Grünbuch davon aus, dass der wettbewerbliche Dialog für die Ausschreibung von PPP-Projekten ein geeignetes Instrument darstellen könnte. Zur Erleichterung von PPP-Verfahren wäre es wünschenswert, wenn dieses Verfahren (allenfalls in einer modifizierten Form) im Zug der laufenden Revisionsarbeiten auch in das schweizerische Vergaberecht Eingang fände. Der wettbewerbliche Dialog mag zwar in formeller Hinsicht zunächst als kompliziert und langwierig erscheinen. Gleichwohl bietet dieses neue Verfahren für alle Seiten Vorteile, weil damit innovative Lösungen ergründet und im Dialog weiterentwickelt werden können. Bei komplexen Beschaffungen braucht eine Vergabestelle für eine professionelle Ausschreibung nicht mehr im Voraus praxiserfahrene Fachleute zur Beratung beizuziehen. Dadurch entfällt gleichzeitig die Gefahr einer allfälligen Vorbefassung. Zu beachten ist aber, dass stattdessen die teilnehmenden Anbieter in der Dialogphase und bei der Offertstellung erhebliche (Vor-)Leistungen zugunsten der Vergabestelle zu erbringen haben; die Bereitschaft hierfür dürfte wohl nur dann vorhanden sein, wenn sie eine angemessene Entschädigung erhalten.

#### D. «Best-of-Best»-Lösungen

Gerade bei sehr umfangreichen PPP-Vergaben, die nicht mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis, sondern funktional ausgeschrieben werden<sup>63</sup>, wäre den Interessen des Gemeinwesens am besten gedient, wenn von verschiedenen Angeboten die jeweils attraktivsten Elemente herausgepickt und zu einem neuen Ganzen zusammengefügt werden dürften. So könnte die Vergabestelle etwa bei einem PPP-Vorhaben von einem besonders lukrativen Finanzierungsmodell des Anbieters A, dem architektonischen Wurf des Anbieters B sowie gleichzeitig vom innovativen Betreibermodell des Anbieters C profitieren. Eine solche «Best-of-

Best»-Lösung (auch «Cherry-Picking» genannt) ist indessen unzulässig. Ein umfangreicher Auftrag kann zwar auf verschiedene Anbieter aufgeteilt werden, wenn dies im Voraus angekündigt und die einzelnen Lose in den Ausschreibungsunterlagen genau umschrieben werden<sup>64</sup>. Nicht erlaubt ist es aber, dem Zuschlagsempfänger aufzuerlegen, gewisse Elemente eines Gesamtauftrags gemäss der Offerte eines Konkurrenten zu erbringen. Sollte die Vergabestelle im Rahmen der Offertauswertung zur Erkenntnis gelangen, dass nur noch eine bestimmte Art und Weise der Leistungserbringung in Frage kommt, ist sie angesichts des Verbots von «Best-of-Best-Vergaben» weder befugt, diejenigen Anbieter, welche eine teilweise andere Lösung vorschlagen, vom Verfahren auszuschliessen, noch diesen zu auferlegen, ihre Offerte entsprechend abzuändern. Nötigenfalls ist in solchen Fällen das Verfahren abubrechen und unter Bekanntgabe von detaillierteren Rahmenbedingungen zu wiederholen.

Das grundsätzliche Verbot von «Best-of-Best»-Vergaben lässt sich mit dem Grundsatz der Vertraulichkeit von Offerten<sup>65</sup> und dem Schutz von allfälligen Urheberrechten begründen. Wer eine Konkurrenzofferte unbefugt verwertet, handelt unlauter<sup>66</sup>. Überdies ergibt es sich – für das kantonale Recht – aus dem Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten<sup>67</sup>. Ohnehin ist ein Anbieter nur an seine eigene Offerte gebunden, weshalb er ohne sein Einverständnis nicht dazu gezwungen werden kann, das Angebot eines Dritten teilweise zu seinem eigenen zu machen. Aus allen diesen Gründen wird am Verbot von «Best-of-Best»-Lösungen im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision kaum gerüttelt werden. Mit Blick auf PPP könnte indessen das Verbot die Vergabestellen allenfalls dazu verleiten, anstelle eines «PPP-Gesamtpaktes» verschiedene Teilaufträge auszuschreiben. Das Verbot von «Best-of-Best»-Vergaben behindert PPP-Vorhaben tendenziell.

#### E. Vorbefassung

Die Problematik der Vorbefassung stellt sich im Zusammenhang mit PPP in besonderem Mass. Da eine spezialgesetzliche Regelung von PPP (noch) fehlt, kommen dieselben strengen Grundsätze zum Tragen, welche die Rechtsprechung zu den knapp formulierten gesetzlichen Grundlagen in den letzten Jahren entwickelt hat. In der Praxis dürfte seitens der öffentlichen Hand im Vorfeld einer PPP-Vergabe regelmässig das Bedürfnis auftauchen, mit branchenkundigen Marktteilnehmern Vorgespräche zu führen. Alsdann hat das Gemeinwesen nach dem Gebot von Treu und Glauben klar zu kommunizieren, ob der Umfang einer vorgängigen Zusammenarbeit ein solches Ausmass an-

<sup>58</sup> Europäische Kommission, Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, Vergabewesen, Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie (CC/2005/04\_rev1), S. 2 f.

<sup>59</sup> Europäische Kommission (Anm. 58), S. 7.

<sup>60</sup> Vgl. EU-Richtlinie (Anm. 8), Erwägungsgrund 41.

<sup>61</sup> Europäische Kommission, (Anm. 58), S. 9.

<sup>62</sup> EU-Richtlinie (Anm. 8), Art. 29 Abs. 6 Unterabs. 1.

<sup>63</sup> Zur funktionalen Ausschreibung vgl. GALLI/MOSER/LANG (Anm. 46), Rz. 212 ff.

<sup>64</sup> Art. 27 Abs. 1 VoeB; § 33 VRöB, wonach eine Aufteilung auch dann zulässig ist, wenn vor der Vergabe das Einverständnis derjenigen Anbieterin eingeholt wird, die voraussichtlich den Zuschlag erhält. Vgl. die Kritik zu § 33 VRöB bei GALLI/MOSER/LANG (Anm. 46), Rz. 374.

<sup>65</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. d BoeB; Art. 11 lit. g IVöB.

<sup>66</sup> Art. 5 lit. a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

<sup>67</sup> Vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG (Anm. 46), Rz. 339 ff.

nimmt, dass eine spätere Beteiligung des privaten Partners an der PPP-Submission infolge Vorbefassung nicht mehr in Frage kommt<sup>68</sup>. Gegebenenfalls hat sich ein Anbieter, der für das Gemeinwesen tätig ist, zu überlegen, ob er sich auf die Rolle als Berater beschränken will. Will er sich die Option offen halten, als Anbieter am Vergabeverfahren teilzunehmen, hat er die Vorgespräche rechtzeitig abzurechnen, da andernfalls die Gleichbehandlung der Anbietenden nicht mehr gewährleistet wäre. Ein so genannter technischer Dialog<sup>69</sup> mit einem späteren Anbieter ist immerhin zulässig, soweit diesem hieraus kein Vorteil erwächst. Demgemäss ist das Erteilen von technischen Auskünften und Ratschlägen sowie das Verfassen von Studien so lange zulässig, als dies offen gelegt und ein allfälliger Wissensvorsprung durch Ausgleichsmassnahmen kompensiert wird<sup>70</sup>.

Verschiedentlich wird in Lehre und Rechtsprechung der Fall einer ausnahmsweise zulässigen Vorbefassung erwähnt, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von (sehr) wenigen Anbietern erbracht werden kann<sup>71</sup>. Man wird versucht sein, sich im Zusammenhang mit PPP schnell einmal auf diesen Sondertatbestand zu berufen. Diesbezüglich stellen sich allerdings verschiedene, nicht leicht zu beurteilende Fragen. Zum einen bedarf es der Klärung, was unter dem Begriff «wenige Anbieter» zu verstehen ist. Falls es nur einen einzigen Anbieter gäbe, wäre von vornherein das freihändige Vergabeverfahren zulässig. Bei bloss zwei Anbietern wäre wohl noch kein wirksamer Wettbewerb gewährleistet, weshalb auch in diesem Fall eine freihändige Vergabe als zulässig zu erachten wäre. Nur wenn drei bis vier Anbieter in Frage kommen, dürfte somit der Sondertatbestand erfüllt sein. Bei fünf oder mehr Anbietern ist es wiederum hinzunehmen, einen im Vorfeld der Submission beigezogenen Anbieter für seine Dienste zu honorieren, ihn dafür aber in der Folge vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Ferner ist zu prüfen, in welchem Umkreis die wenigen Anbieter vorhanden sein müssen. Es dürfte bei einer kommunalen Vergabe kaum ausreichen, wenn in der Gemeinde keine anderen geeigneten Anbieter zu finden sind. Ist nun aber diesbezüglich bloss auf den regionalen Wirtschaftsraum oder auf das Inland abzustellen? Oder sind auch die Nachbarländer, die EU/Efta-Staaten oder der gesamte Weltmarkt einzubeziehen? Unseres Erachtens ist im Staatsvertragsbereich auf alle Mitgliedstaaten abzustellen, wobei einschränkend eine realistische Annahme zu treffen ist, inwieweit ausländische Unternehmen, selbst wenn sie in genau dem ausgeschriebenen Bereich tätig sind, am konkreten Auftrag interessiert sind.

## F. Freihändige Vergaben

Der Umstand, dass Gegenstand einer Beschaffung ein langjähriges PPP-Projekt ist, rechtfertigt selbstverständlich keine freihändige Vergabe. Nur wenn ein Ausnahmetatbestand von Art. 13 VoeB bzw. des anwendbaren kantonalen Rechts erfüllt ist, darf der PPP-Partner direkt und ohne Ausschreibung bestimmt werden. Gelegentlich ist in der Praxis zu beobachten, dass die Ausnahmetatbestände eher grosszügig ausgelegt werden. Ein Grund mag darin liegen, dass die Konsequenzen als nicht besonders einschneidend zu bezeichnen sind<sup>72</sup>. Da ein freihändiger Zuschlag – wenn überhaupt – erst im Nachhinein amtlich publiziert wird, und sich in diesem Stadium kaum ein Anbieter findet, der dagegen Beschwerde erhebt, kommen die Gerichte nur selten dazu, Fälle von ausnahmsweise freihändigen Vergaben zu beurteilen.

Unseres Erachtens dürften die Voraussetzungen für eine freihändige PPP-Vergabe nur selten erfüllt sein<sup>73</sup>. Namentlich kann sich eine Vergabestelle schwerlich darauf berufen, es handle sich bei PPP um «neuartige Dienstleistungen, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neu-

entwicklungsauftrages entwickelt werden»<sup>74</sup>. Auch wenn in der Schweiz erst wenige Erfahrungen im Zusammenhang mit PPP gemacht wurden, sind aufgrund der geleisteten Grundlagenarbeiten die Voraussetzungen gegeben, um einen PPP-Partner im Wettbewerb zu suchen. Ebenso wenig wird – sofern keine besonderen Umstände vorliegen – kaum je behauptet werden können, für eine konkrete PPP komme nur ein einziger Anbieter in Frage.

Eine besondere Erwähnung verdient der Fall, bei dem ein privater Anbieter die Initiative ergreift und einem Gemeinwesen den Vorschlag unterbreitet, auf einem bestimmten (möglicherweise dem Privaten gehörenden) Grundstück für öffentliche Zwecke eine Baute oder Anlage zu erstellen und zu betreiben. Die Besonderheit liegt hier darin, dass Liegenschaftengeschäfte wie bereits geschildert nicht dem Vergaberecht unterstellt sind. Unseres Erachtens ist dieser Ausnahmefall eng auszulegen. Lediglich das Liegenschaftengeschäft selbst darf freihändig erfolgen; sämtliche weitere Dienstleistungen (wie Finanzierungskonzepte, Facility Management, Unterhalt usw.) sind soweit möglich in Konkurrenz zu vergeben.

## V. Einmaligkeit der Ausschreibung (keine doppelte Ausschreibungspflicht)

Es wurde bereits dargelegt, dass nicht auf jede PPP das Beschaffungsrecht direkt zur Anwendung gelangt. Insbesondere werden Dienstleistungskonzessionen bloss in einem analogen Verfahren mit weniger Fesseln vergeben. Gleiches gilt, wenn das Gemeinwesen mit privaten Partnern eine Gesellschaft gründet, um in einem neuen Rechtskleid öffentliche Aufgaben zu erfüllen<sup>75</sup>. Sofern ein in dieser Art gefundener privater Partner oder eine aus öffentlichen und privaten Partnern zusammengesetzte Gesellschaft ihrerseits Aufträge vergeben, kommt u.E. das Beschaffungsrecht dann wieder ins Spiel, wenn die eingangs erwähnten Kriterien erfüllt sind<sup>76</sup>.

Wenn hingegen bereits der PPP-Partner in einem Verfahren gefunden wurde, welches direkt dem Vergaberecht unterstand, brauchen allfällige Aufträge des PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben zu werden<sup>77</sup>. Mit anderen Worten gilt der Grundsatz, dass bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben in derselben Sache das Vergaberecht nur einmal (und nicht mehrmals) zur Anwendung gelangt (Prinzip der Einmaligkeit von Ausschreibungen). Dieses Prinzip entspricht

<sup>68</sup> Vgl. BOLZ (Anm. 1), S. 264 f., auch zum Folgenden.

<sup>69</sup> Der technische Dialog ist in der EU-Richtlinie (Erwägungsgrund 8) ausdrücklich vorgesehen.

<sup>70</sup> Vgl. dazu BGr. 25. Januar 2005, 2P.164/2004 (Tunnel Riedberg).

<sup>71</sup> VGr ZH, 8. Mai 2002, VB.2001.00261, E. 2d; GAUCH/STÖCKLI (Anm. 44), S. 15 f.; STEFAN SCHERLER, BR 2/2000, S. 52 f.

<sup>72</sup> Vgl. NZZ, 8. Juni 2006, S. 57, wonach das OGr SH der Stadt Stein am Rhein eine Busse von lediglich CHF. 600.– (!) verhängte, nachdem zu Unrecht ein grösserer Planerauftrag für die Sanierung der Burg Hohenklingen freihändig vergeben wurde. Die Arbeiten des Architekten wurden durch den Rechtsstreit nicht unterbrochen.

<sup>73</sup> Vgl. ZUFFEREY/LE FORT (Anm.1), S. 102.

<sup>74</sup> Art. 13 Abs. 1 lit. g VoeB; § 9 Abs. 1 lit. i VRöB.

<sup>75</sup> Vgl. oben Ziff. III; BOLZ (Anm. 1) spricht in diesem Zusammenhang von «Aufgabenerfüllungs-PPP» (S. 15, 41 ff.).

<sup>76</sup> Vgl. oben Ziff. II/B.

<sup>77</sup> Dies setzt voraus, dass das Gemeinwesen die Vergaben des PPP-Partners nicht massgeblich beeinflusst.

schon heute, z.B. bei Total- oder Generalunternehmer-Vergaben, gängiger Praxis<sup>78</sup>.

## VI. Exkurs: «halbstaatliche» Organisationen als Anbieter

Angesichts der Verwischung der Grenzen von staatlichem und privatem Bereich ist die Frage zu klären, inwiefern dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellte Auftraggeber, insbesondere ausgelagerte und/oder privatisierte Einheiten, gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, PPP-Trägerschaften und interne Leistungserbringer, selber als Anbieter in Konkurrenz zu privaten Anbietern auf dem Markt auftreten dürfen. Aus wettbewerblicher Sicht wäre es i.d.R. wünschenswert, wenn interne Leistungserbringer sich nicht an Beschaffungsverfahren beteiligen dürften. Der Entscheid, eine Leistung intern zu vergeben oder auf dem freien Markt zu beschaffen, sollte im Vorfeld der Beschaffung gefällt werden gemäss dem Prinzip «make-or-buy»<sup>79</sup>. Nimmt eine staatliche oder «halbstaatliche» Organisation an einem Beschaffungsverfahren teil, fehlt es in aller Regel an einer genügenden gesetz-

lichen Grundlage für einen Ausschluss. Die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates in Konkurrenz zu rein privaten Anbietern wird somit zugelassen<sup>80</sup>. Zu prüfen wäre in beschaffungsrechtlicher Hinsicht allenfalls, ob eine Subventionierung oder Quersubventionierung vorliegt, die einem solchen Anbieter die Abgabe eines nicht marktgerechten, d.h. ungewöhnlich niedrigen Angebots erlaubt<sup>81</sup>. Unseres Erachtens ist generell zu fordern, dass ein Markteintritt staatlicher bzw. staatlich beherrschter Einheiten im Sinn des Subsidiaritätsprinzips und der Wettbewerbsneutralität auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage basiert.

<sup>78</sup> Immerhin hat die Vergabestelle vertraglich sicherzustellen, dass die Anbietenden ihre Subunternehmer darauf verpflichten, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann einzuhalten (vgl. § 7 Abs. 1 lit. b VRöB).

<sup>79</sup> Zielbericht (Anm. 24), S. 30.

<sup>80</sup> HÄSLER (Anm. 26), S. 33 f.; VGr BL, 8. August 2001, BLVGE 2001 Nr. 22.1.3 (= BR 2/2003 S. 59 Nr. S5).

<sup>81</sup> ROBERT WOLF, Preis und Wirtschaftlichkeit, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 13.

## NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG



Prof. Dr. Bernhard Waldmann  
Prof. Dr. Peter Hänni

### Raumplanungsgesetz

Bundesgesetz vom 22. Juni 1979  
über die Raumplanung (RPG)

Stämpfli Handkommentar SHK.  
962 Seiten, gebunden,  
ISBN 3-7272-2521-1,  
CHF 244.–

Zu beziehen bei:

#### Buchstämpfli

Versandbuchhandlung  
Wölflistrasse 1  
Postfach 5662  
3001 Bern

Telefon 031 300 66 77

Fax 031 300 66 88

order@buchstaempfli.com

www.buchstaempfli.com

Zum Raumplanungsgesetz (RPG) und den mit ihm verknüpften Erlassen des Raumordnungsrechts hat sich eine reichhaltige und kaum mehr überblickbare (bundesgerichtliche) Rechtsprechung entwickelt, die von einer ebenso beeindruckenden Fülle an Fachliteratur ergänzt wird.

Der vorliegende Gesetzeskommentar soll – dem Konzept der Schriftenreihe entsprechend – «handlich» sein und seine Benutzerinnen und Benutzer in kompakter Form über den Stand von Rechtsprechung und Lehre in den verschiedenen Anwendungsgebieten des RPG informieren. Diese Benutzerfreundlichkeit soll allerdings nicht zu Lasten der Gründlichkeit gehen, mit welcher die vom RPG geregelten Themen behandelt und die dazugehörige Rechtsprechung und Lehre aufgearbeitet werden. In die Kommentierung einbezogen werden auch andere Bundesgesetze, die mit der Raumplanung in Zusammenhang stehen, wie insbesondere das Natur- und Heimatschutz-, das Umweltschutz- oder das Waldgesetz.

# Stämpfli

Verlag AG

www.staempfliverlag.com

