

Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor?

Zusammenfassung der Rechtsprechung und Hinweise für die Praxis

1. Begriff der öffentlichen Beschaffung

Die Anwendbarkeit des Submissionsrechts und damit die Verpflichtung staatlicher Auftraggeber, eine Ausschreibung gemäss den Rechtsgrundlagen für das Vergaberecht vorzunehmen, hängen in erster Linie davon ab, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Eine Antwort findet sich in den Rechtsgrundlagen nicht. Die Rechtsprechung hat sich in verschiedenen Entscheiden mit dieser Frage auseinandergesetzt. Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts 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. Die Erteilung eines Rechts zum Plakataushang auf öffentlichem Grund durch das Gemeinwesen (Konzession) wurde gemäss diesem von der Lehre anfangs noch kritisierten Entscheid nicht als öffentliche Beschaffung qualifiziert (BGE 125 I 209; bestätigt in BGE 126 I 255 betr. zur Verfügungstellung eines Standplatzes an einer Kunstmesse). Anders entschied zu Beginn noch die für Beschaffungen des Bundes zuständige eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Entscheid VPB 64/2000 Nr. 30. Sie kam zum Schluss, dass ein Auftrag zur Entsorgung gebrauchter Batterien und zur Erhebung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren sei. Mittlerweile scheint die Rekurskommission ihre Rechtsprechung aber der des Bundesgerichts angeglichen zu haben (BRK 2004-012 vom 30. November 2004).

Das Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich als die für Beschaffungen im Kanton Zürich massgebende Rechtsmittelinstanz schloss sich der Auffassung des Bundesgerichts an und qualifizierte die Erteilung des Rechts zum Plakataushang nicht als öffentliche Beschaffung, da es sich um eine zur Leistungsbeschaffung durch die öffentliche Hand gegenteilige Konstellation handele, in welcher Leistung und Gegenleistung in die umgekehrte Richtung fliessen (VB.2000.00194 vom 6.7.2000; ZBI 102/2001, S. 96). Die Übertragung von Spitexleistungen auf eine private Organisation durch eine Gemeinde (VB.2000.00126 vom 24.8.2000; ZBI 102/2001, S. 97) stellt ebenso wie die Übertragung eines Mensabetriebs an einen Privaten keine öffentliche Beschaffung dar (VB.2002.00022 vom 3.7.2002). In den beiden letzteren Fällen war ausschlaggebend, dass nicht der Staat als Bezüger einer Leistung auftrat, sondern eine Aufgabe an einen Privaten ausgelagert wurde, der seine Leistungen nicht gegenüber der öffentlichen Hand, sondern gegenüber Privatpersonen erbrachte und der dem Staat dafür kein Entgelt zu leisten hatte.

In einem neueren Entscheid wurde diese Rechtsprechung (vgl. dazu auch www.vgrzh.ch) nun bestätigt:

2. Entscheid des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2005 (VB.2005.00155)

Zu beurteilen war ein Submissionsverfahren der Verkehrspolizei der Stadt Zürich. Die aus- geschriebenen Abschleppaufträge von falsch parkierten Fahrzeugen und Pannen- und Un- fallfahrzeugen, die die Polizei ohne Ermächtigung des Fahrzeuginhabers erteilt, wurde als öffentliche Beschaffung qualifiziert, da damit Bedürfnisse des Gemeinwesens befriedigt wer- den. Anders wurden Abschleppaufträge für Pannen- und Unfallfahrzeuge beurteilt, die direkt durch den Fahrzeuginhaber oder durch die Polizeiorgane in direkter Stellvertretung des Fahrzeuginhabers erteilt werden. Diese Abschleppdienste werden – so das Gericht - nicht gegenüber dem Gemeinwesen, sondern gegenüber dem Fahrzeuginhaber erbracht, mit dem auch der Vertrag über die Bergung eingegangen wird. Das Gericht kam zum Schluss, dass bei diesen Aufträgen in erster Linie die Interessen der Unfallbeteiligten vertreten würden. Es liege eine gewisse Ähnlichkeit mit Dienstleistungskonzessionen vor, bei denen der Staat eine in seinem Interesse liegende Aufgabe an einen Privaten auslagert, der diese auf seine Rechnung und Gefahr erfüllen lässt. Trotz des öffentlichen Interesses an einer raschen Ber- gung von solchen Fahrzeugen handle es sich nicht um eine staatliche Aufgabe und damit auch nicht um eine öffentliche Beschaffung. Das Gericht liess im Ergebnis offen, ob für die Leistung "Abschleppaufträge, die direkt durch den Fahrzeuginhaber oder durch die Polizei- organe in direkter Stellvertretung des Fahrzeuginhabers erteilt werden" überhaupt eine Aus- schreibung am Platz ist und welches der Inhalt des Auftrags wäre.

In anderem Zusammenhang von Interesse sind die Gründe, die zur Gutheissung der Be- schwerde führten in Bezug auf die Leistungen, die als öffentliche Beschaffung zu qualifizie- ren sind. Für die Abschleppaufträge von falsch parkierten Fahrzeugen und Pannen- und Un- fallfahrzeugen, die die Polizei ohne Ermächtigung des Fahrzeuginhabers erteilt, wurde eine Wiederholung des Vergabeverfahrens angeordnet. Ausschlaggebend war zusammenge- fasst, dass die Vergabestelle das Kriterium Preis nicht als Zuschlagskriterium nannte, dass die bewerteten Zuschlagskriterien in erheblichem Mass nicht den ausgeschriebenen Kriterien entsprachen und teilweise doppelt bewertet wurden. Als nicht zulässig erachtet wurde auch, dass die "Vollständigkeit von Dokumenten" als erhebliches Zuschlagskriterium gewichtet wurde. Wichtige Aspekte zur raschen Leistungserbringung und Einsatzbereitschaft seien zu wenig stark gewichtet worden.

3. Schlussfolgerungen für die Praxis

Vor der Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens ist somit immer zu prüfen, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Ausgehend von der geschilderten Rechtsprechung ist insbesondere abzuklären, ob der Auftraggeber als Nachfrager einer Leistung auftritt, die sei- nen Bedürfnissen dient und er der eigentliche Konsument ist sowie ob er diese gegen Be- zahlung eines Preises erwirbt. Gemäss dem heutigen Stand der Rechtsprechung und Lehre liegt insbesondere kein Vorgang vor, der eine öffentliche Beschaffung darstellt, wenn das Gemeinwesen:

- eine Konzession erteilt,

- Land kauft/verkauft, eine Liegenschaft mietet/vermietet, pachtet/verpachtet oder einen Baurechtsvertrag abschliesst,
- Personal sucht und einen Arbeitsvertrag abschliesst,
- eine Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, 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 bzw. ganz auf die Leistungserbringung durch die öffentliche Hand verzichtet (Vollprivatisierung),
- einen Investor sucht, ohne dass dieser ein Entgelt erhalten würde,
- auf eine Ausschreibung verzichtet, weil die Leistung durch einen internen Leistungsträger erbracht wird.

Vorgänge unter umgekehrten Vorzeichen, wo die öffentliche Hand kein Entgelt leistet oder sogar eine Gebühr, Entschädigung etc. erhält, sind nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren. Allerdings ist auch bei solchen Handlungen des Staates eine Gleichbehandlung der Marktteilnehmer zu gewährleisten. Gemäss einem wegleitenden Entscheid des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Oktober 2005 (Rechtssache C-458-03/Parking Brixen GmbH) ist auch bei der Erteilung einer Dienstleistungskonzession, bei der es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung handelt, eine Ausschreibung erforderlich und es sind die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten. Inwiefern dieser Entscheid die weitere Rechtsprechung beeinflussen wird, ist derzeit noch offen. Es empfiehlt sich jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts auch bei Vorgängen, die aufgrund der Rechtsprechung keine öffentliche Beschaffung darstellen, analog anzuwenden sind.

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass in Bezug auf den Anwendungsbereich der Submissionsgesetzgebung noch weitere Punkte geprüft werden müssen. Unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche Beschaffung handelt, ist vor allem auch zu klären, ob ein Auftraggeber dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt ist oder nicht (Art. 8 IVöB). In diesem Zusammenhang haben insbesondere auch die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten zu prüfen, ob sie ihrerseits die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens zu beachten haben (Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IVöB).