

VergabeNews Nr.

17

Wettbewerbsverzerrung durch öffentlich-rechtliche Anbieterinnen: Wann sind öffentlich-rechtliche Anbieterinnen aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen?

walderwys **rechtsanwälte**

Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch öffentlich-rechtliche Anbieterinnen



David M. Hill

MLaw, Rechtsanwalt

Telefon +41 58 658 14 66

david.hill@walderwyss.com

Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGE 143 II 425 zu Angeboten öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen geäussert und festgehalten, dass sich derartige Anbieterinnen wettbewerbsneutral verhalten müssen und dass ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität einen Ausschlussgrund darstellt. Deshalb müssen Vergabestellen bei Angeboten von öffentlich-rechtlichen Anbieterinnen zusätzliche Abklärungen vornehmen und gegebenenfalls einen Ausschluss verfügen, sofern es konkrete Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsverzerrung gibt. Dieser Entscheid dürfte erhebliche Auswirkungen auf die Praxis haben und die zukünftige Ausarbeitung und Behandlung von Angeboten öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen stark beeinflussen.

Ausgangslage

Im Januar 2015 schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) unter dem Projekttitel «Analyse des SRG Online-Angebotes» einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. In diesem Vergabeverfahren reichten sowohl die Universität Zürich als auch die private Publicom AG fristgerecht je ein Angebot ein. Im Mai 2015 erteilte das BAKOM den Zuschlag schliesslich an die Universität Zürich.

Die Publicom AG erhob gegen den Zuschlagsentscheid des BAKOM eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil B-3797/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 wurde die entsprechende Beschwerde gutgeheissen. Das Bundesverwaltungsgericht kam im besagten Entscheid zum Schluss, dass:

- Öffentlich-rechtliche Anbieterinnen nicht wettbewerbsverzerrend auftreten dürfen;

- Die Vergabestelle beim Vorliegen gewichtiger Indizien für eine Verletzung der Wettbewerbsneutralität durch öffentlich-rechtliche Anbieterinnen – namentlich bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten – zusätzliche Abklärungen vornehmen muss; und
- Die Vergabestelle zumindest die Möglichkeit haben muss und allenfalls sogar verpflichtet ist, Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen auszuschliessen, wenn diese aufgrund einer Quersubventionierung nicht kostendeckend sind.

Im vorliegenden Fall hatte das BAKOM keine zusätzlichen Abklärungen getroffen, obwohl nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gewichtige Indizien für ein wettbewerbsverzerrendes Angebot vorlagen. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Sache deshalb zur Prüfung, ob die Universität Zürich wegen einer Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität vom Verfahren auszuschliessen ist, an das BAKOM zurück.

Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wurde in der Folge vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), vertreten durch das BAKOM, beim Bundesgericht angefochten. Im vorliegenden Newsletter soll aufgezeigt werden, wie das Bundesgericht die sich stellenden Fragen im Urteil BGE 143 II 425 vom 22. Mai 2017 beantwortet hat und welche Auswirkungen der besagte Entscheid auf die Praxis hat.

Wettbewerbsverzerrung als Ausschlussgrund

Privatwirtschaftliche Tätigkeiten des Staates dürfen nicht wettbewerbsverzerrend sein, d.h. dass der Staat bei privatwirtschaftlichen Tätigkeiten den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie ein entsprechendes privates Unternehmen unterworfen sein muss. Daraus ergibt sich gemäss Bundesgericht, dass eine Quersubventionierung des Wettbewerbsbereichs eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens aus seinem Monopolbereich grundsätzlich unzulässig ist. Mit anderen Worten müssen öffentlich-rechtliche Unternehmen, die teilweise in einem Monopol- und teilweise in einem Wettbewerbsbereich tätig sind, diese beiden Bereiche kalkulatorisch trennen und sicherstellen, dass der Wettbewerbsbereich nicht durch Mittel aus dem Monopolbereich unterstützt wird.

Vorliegend prüfte das Bundesgericht, ob eine Wettbewerbsverzerrung bzw. ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch öffentlich-rechtliche Anbieterinnen einen Ausschlussgrund im Sinne von Art. 11 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) darstellt. Gemäss Bundesgericht ist dies der Fall, auch wenn ein solcher Verstoss in Art. 11 BöB nicht explizit als Ausschlussgrund aufgeführt wird. Dies wurde vom Bundesgericht insbesondere damit begründet, dass das Gesetz keine abschliessende Aufzäh-

lung der Ausschlussgründe enthält und dass wichtige Zielsetzungen des Vergaberechts – namentlich die Stärkung des Wettbewerbs – enge Bezüge zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns aufweisen.

Die Voraussetzungen für einen Ausschluss aufgrund eines Verstosses gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität sind gemäss Bundesgericht allerdings nicht bei jedem Unterangebot einer öffentlich-rechtlichen Anbieterin gegeben. Entsprechend sei ein Angebotspreis unterhalb der Selbstkosten zulässig, wenn der Fehlbetrag nicht auf unzulässige Weise mit Steuergeldern oder Erträgen aus dem Monopolbereich, sondern etwa mit dem Erlös aus der (sonstigen) privatwirtschaftlichen Tätigkeit gedeckt wird. Zudem sei unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen, dass ein Ausschluss – im Sinne einer Ausnahme – selbst bei einer unzulässigen Quersubventionierung nicht als erforderlich erscheine, wenn diese am Ausgang des Vergabeverfahrens nichts ändern kann (z.B. wenn ihre Höhe geringfügig ist und sie keinen Einfluss auf die Rangfolge der Anbieterinnen hat).

Abklärungspflicht der Vergabestelle

Angesichts der vorstehenden Ausführungen hat die Vergabestelle gemäss Bundesgericht zusätzliche Abklärungen vorzunehmen, falls sich im Verlauf eines Vergabeverfahrens konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch eine öffentlich-rechtliche Anbieterin ergeben. Im Rahmen dieser Abklärungen könne die Vergabestelle von der betroffenen öffentlich-rechtlichen Anbieterin weitere Erklärungen, Bescheinigungen und Erläuterungen verlangen, um den Anhaltspunkten für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nachzugehen. Namentlich stehe es ihr frei, die öffentlich-rechtliche Anbieterin zur Einreichung eines geeigneten Nach-

weises oder von Erklärungen darüber aufzufordern, dass sie über eine Marktbetätigungserlaubnis verfügt und dass ein Fehlbetrag im Angebot nicht mit unzulässigen Quersubventionen gedeckt wird.

Vorliegend lag es für das Bundesgericht aufgrund der Preiskalkulation der Universität Zürich auf der Hand, dass deren Angebot nicht kostendeckend war. Damit seien genügend Anhaltspunkte für eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität durch die Universität Zürich vorhanden gewesen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wurde folglich bestätigt und die Beschwerde des UVEK abgewiesen, womit das BAKOM nunmehr gestützt auf die oben dargelegten Erwägungen des Bundesgerichts zusätzliche Abklärungen vornehmen und prüfen muss, ob die Universität Zürich wegen einer Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität vom Vergabeverfahren auszuschliessen ist.

Würdigung des Entscheids

Die Stossrichtung des Bundesgerichts verdient grundsätzlich Zustimmung. Es wäre in der Tat stossend und würde den Zielen des Vergaberechts zuwiderlaufen, wenn sich öffentlich-rechtliche Anbieterinnen mittels Steuergeldern und/oder Quersubventionierungen mit Erträgen aus dem Monopolbereich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Anbieterinnen verschaffen könnten. Entscheidend ist aber die genaue – und vom Bundesgericht (noch) nicht definierte – Tragweite der Abklärungspflicht der Vergabestelle bei Angeboten öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen.

Auch wenn sich diese Tragweite letztlich nach den Umständen des konkreten Einzelfalles richtet und die betroffene Vergabestelle in diesem Zusammenhang einen relativ grossen Ermessensspielraum hat, dürfen nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nicht allzu hohe An-

forderungen an die entsprechende Abklärungspflicht gestellt werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass daraus ungewollt eine faktische Benachteiligung öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen resultieren könnte, was wiederum wettbewerbsverzerrend wäre und damit die Stossrichtung des Bundesgerichts ad absurdum führen würde. Zudem dürfte es – insbesondere bei kleineren Vergabestellen – nur schon aus Kapazitätsgründen nicht möglich sein, jedes Angebot von öffentlich-rechtlichen Anbieterinnen einer vertieften Prüfung zu unterziehen.

Bei der Definition der genauen Tragweite der Abklärungspflicht der Vergabestelle bei Angeboten öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen ist auch die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu unternehmerischen Tätigkeiten des Staates zu beachten: Das Bundesgericht hat im Glarnersach-Entscheid vom 3. Juli 2012 festgehalten, dass solche Tätigkeiten zulässig sind, sofern sie auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig und wettbewerbsneutral sind und dass diese grundsätzliche Zulässigkeit der „gelebten Verfassungspraxis“ entspricht (BGE 138 I 378 E. 6.3). Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht im Urteil BGE 143 II 425 nicht von den Ausführungen im Glarnersach-Entscheid abweichen wollte und dass diese somit nach wie vor gültig sind. Entsprechend dürfen auch vor diesem Hintergrund nicht allzu hohe Anforderungen an die Abklärungspflicht der Vergabestelle bei Angeboten öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen gestellt werden. Insbesondere muss ein Hinweis auf die formell-gesetzliche Grundlage, welche unternehmerische Tätigkeiten der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Anbieterin erlaubt, als Nachweis der vom Bundesgericht im Urteil BGE 143 II 425 erwähnten Marktbetätigungserlaubnis genügen, um einen Widerspruch zu den Ausführungen im Glarnersach-Entscheid zu vermeiden.

Des Weiteren wird im Urteil BGE 143 II 425 implizit die Frage aufgeworfen, ob die Vergabestelle allenfalls Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen einer öffentlich-rechtlichen Anbieterin nehmen kann oder sogar muss. So wäre es theoretisch denkbar, dass die Vergabestelle anhand der entsprechenden Unterlagen überprüft, ob allfällige Transaktionen zwischen dem Monopol- und dem Wettbewerbsbereich zu gleichen Konditionen wie bei einer vergleichbaren Transaktion zwischen voneinander unabhängigen Dritten erfolgt sind (sog. at arm's length-Grundsatz). Angesichts der vorstehenden Ausführungen dürfte eine solche Einsichtnahme und Prüfung allerdings höchstens in Ausnahmefällen – d.h. bei sehr starken Indizien für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, welche anderweitig (z.B. durch Erklärungen der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Anbieterin) nicht beseitigt werden können – möglich bzw. nötig sein.

Fazit

Das Urteil BGE 143 II 425 dürfte erhebliche Auswirkungen auf die Praxis haben. Vergabestellen müssen aufgrund dieses Entscheids genau hinschauen und unter Umständen zusätzliche Abklärungen vornehmen sowie allenfalls sogar einen Ausschluss verfügen, wenn sie Angebote von öffentlich-rechtlichen Anbieterinnen erhalten. Obwohl sich das Urteil hauptsächlich an Vergabestellen richtet, ist es auch für öffentlich-rechtliche Anbieterinnen relevant: Um keinen Ausschluss zu riskieren, müssen öffentlich-rechtliche Anbieterinnen jeweils sicherstellen, dass ihre Angebote nachweislich wettbewerbsneutral sind. Insofern ist der Entscheid des Bundesgerichts für Vergabestellen, welche sich regelmässig als Anbieterinnen an Ausschreibungen anderer Vergabestellen beteiligen, in zweifacher Hinsicht bedeutsam (zu denken ist namentlich an dezentrale Verwaltungseinheiten wie z.B. Universitäten oder öffentliche Spitäler).

Die Stossrichtung des Bundesgerichts verdient grundsätzlich Zustimmung. Entscheidend ist aber, wie das Urteil BGE 143 II 425 in der Praxis umgesetzt wird bzw. wie weit die Abklärungspflicht der Vergabestelle bei Angeboten öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen gefasst wird. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfen in diesem Zusammenhang grundsätzlich nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden, auch wenn sich die genaue Tragweite der entsprechenden Abklärungspflicht letztlich nach den Umständen des konkreten Einzelfalles richtet. Demgemäss sollten Vergabestellen bei Angeboten von öffentlich-rechtlichen Anbieterinnen eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legen und nur bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zusätzliche Abklärungen vornehmen (z.B. bei einem sehr tiefen Angebotspreis). Zudem dürfte einer allfälligen Abklärungspflicht der Vergabestelle in der Regel bereits mit dem Einholen einer Bestätigung und/oder zusätzlicher Erklärungen der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Anbieterin Genüge getan sein, d.h. dass die Vergabestelle in den meisten Fällen nicht noch zusätzliche Unterlagen wie insbesondere Buchhaltungsunterlagen einsehen muss.

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

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, 2017

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano