

E 1	Gutachten Avis Pareri
------------	------------------------------------

Die Auslinkklausel und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)

Deutsche Übersetzung der französischen Originalversion

I. Grundsätzliches

a. Die Auslinkklausel im bilateralen Abkommen

1. Artikel 3 Absatz 5 des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (EG) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (nachfolgend: bilaterales Abkommen; vgl. BBl 1999, S. 6504) sieht eine so genannte Auslinkklausel vor.

2. Nach dieser Bestimmung ist das bilaterale Abkommen nicht anwendbar auf Aufträge, die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für Einkäufe vergeben, die ausschliesslich in Verbindung mit einem oder mehreren Telekommunikationsdienstleistungen vergeben, sofern 1) andere Unternehmen die Möglichkeit haben, 2) diese Dienstleistungen 3) in demselben geografischen Gebiet 4) unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten. [...] Diese Bestim-

mung gilt unter den oben genannten Bedingungen ebenfalls für die von den Anbietern von Dienstleistungen des Schienenverkehrs, den im Bereich der Energieversorgung mit Ausnahme der Stromversorgung tätigen Vergabestellen und den privaten Vergabestellen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, vergebenen Aufträge, sobald diese Sektoren liberalisiert sind (BBI 1999, S. 6508).

3. Die Ausklinkklausel trägt der in bestimmten Bereichen stattfindenden Liberalisierung Rechnung. Gemäss den Unterhändlern des bilateralen Abkommens erlaubt sie den auf umworbene Märkten aktiven Unternehmen, sich der Anwendung des bilateralen Abkommens zu entziehen. "Bei Vorliegen einer derartigen Wettbewerbssituation erachten es die Vertragsparteien als genügend gewährleistet, dass die Beschaffung nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen wird" (Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999; BBI 1999, S. 6128; 6205 f.).

4. Die Ausklinkklausel betrifft diejenigen Unternehmen, die aufgrund des bilateralen Abkommens neu den Regeln über die öffentlichen Beschaffungen unterworfen sind. In der Schweiz kommt für Bund und Kantone dasselbe Ausklinkverfahren zur Anwendung. Die Gesuche werden beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eingereicht. Das UVEK entscheidet auf Grundlage eines Gutachtens der Weko. Vorgängig hört es die zuständigen interkantonalen Stellen und die interessierten Kreise an. Das Gutachten der Weko spricht sich darüber aus, ob sich die Unternehmen, die sich auf die Ausklinkklausel berufen, auf dem Markt in einer Konkurrenzsituation befinden.

b. Die Regelung der öffentlichen Beschaffungen im BGBM

5. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) ist ein Rahmengesetz, welches den Kantonen und Gemeinden sowie andere Organen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, den Weg zum Abbau der öffentlichrechtlichen Markteintrittsbarrieren aufzeigt, indem es entsprechende Grundprinzipien festlegt.

6. Gemäss Artikel 5 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 BGBM widerspricht. Die Bestimmungen und Verfügungen müssen also unabhängig vom Umfang der betroffenen Beschaffung den Minimalanforderungen des BGBM genügen. Das bedeutet namentlich:

?? Die Möglichkeit des Marktzutritts muss diskriminierungsfrei sein (Art. 3 und 5 BGBM);

- ?? Vorhaben für umfangreiche öffentliche Beschaffungen, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag müssen amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM);
- ?? Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen (Art. 9 Abs. 1 BGBM);
- ?? Das kantonale Recht muss wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungs-unabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsehen (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

7. Im Weiteren legt das BGBM fest, dass Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen haben (Art. 5 Abs. 2 i.f. BGBM).

8. Die Weko hat regelmässig die Wichtigkeit der Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen hervorgehoben, wenn die ausschreibenden Unternehmen sich auf dem Markt nicht in einer Wettbewerbssituation befinden. Dementsprechend hat sie die öffentlichen Körperschaften wiederholt zu Ausschreibungen ermutigt, insbesondere bei der Vergabe von Konzessionen (RPW 1999/2, S. 267 ff und RPW 2000/1, S. 95).

c. Die Ausklinkklausel und das BGBM

9. Die Ausklinkklausel betrifft die öffentlichen Beschaffungen, welche die im bilateralen Abkommen vorgesehenen Schwellenwerte überschreiten. Was gilt nun bezüglich der kantonalen oder kommunalen öffentlichen Beschaffungen unterhalb dieser Schwellenwerte? Sind die ausschreibenden Unternehmen auch in diesen Fällen befreit, oder sind sie den Regeln über öffentliche Beschaffungen unterstellt, soweit sie unter den Anwendungsbereich des BGBM fallen?

10. Die Weko ist der Auffassung, dass das BGBM eine Ausdehnung des Geltungsbereichs der Ausklinkklausel auf öffentliche Beschaffungen, welche die Schwellenwerte gemäss dem bilateralen Abkommen nicht erreichen, zulässt. Die Regeln über die öffentlichen Beschaffungen gelten für ausschreibende Unternehmen, die auf dem Markt als Vertreter der öffentlichen Hand auftreten. Wenn sie mit anderen Unternehmen in Konkurrenz treten, sollten ihre Beschaffungen den Regeln des Marktes unterworfen sein. Die Bestimmungen über die öffentlichen Beschaffungen verlieren daher an Bedeutung, wenn sich die beschaffenden Unternehmen in einer Konkurrenzsituation befinden. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die (öffentlichen) Beschaffungen nach marktwirtschaftlichen Kriterien getätigt werden, wodurch ein Eingriff des Staates überflüssig wird. Das Vorhandensein einer Konkurrenzsituation auf dem Markt hängt nicht vom Umfang der öffentlichen Beschaffung ab.

11. Im Weiteren richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem und interkantonalem Recht (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Es obliegt daher den Kantonen und Gemeinden, unter Berücksichtigung des Bundesrechts den persönlichen Anwendungsbereich ihres Beschaffungsrechts festzulegen. Demzufolge sind die kantonalen Behörden berechtigt, den Geltungsbereich der Ausklinkklausel auf öffentliche Beschaffungen, welche die Schwellenwerte des bilateralen Abkommens nicht erreichen, auszudehnen. Das BGBM steht dem nicht entgegen, insofern als die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen von den Kantonen im Bereich unterhalb der vom bilateralen Abkommen vorgesehenen Schwellenwerte berücksichtigt werden können (vgl. Art. 5 Abs. 2 i.f. BGBM). Obwohl diese Bestimmung in erster Linie die Publikation von Ausschreibungen betrifft, ist sie doch auch von allgemeiner Bedeutung hinsichtlich des Prinzips des Vorrangs des internationalen gegenüber dem nationalen Recht.

12. Zudem rechtfertigt sich die Ausdehnung des Geltungsbereichs der Ausklinkklausel unter die Schwellenwerte des bilateralen Abkommens auch aus wirtschaftlicher Sicht. Im gegenteiligen Fall würden die beschaffenden Unternehmen die Tendenz entwickeln, ihre Beschaffungen umfangmässig aufzublasen, um die Schwellenwerte des bilateralen Abkommens zu erreichen und in den Genuss der Ausklinkklausel zu kommen. Eine solche Praxis stünde im Gegensatz zur aktuellen Tendenz, öffentliche Beschaffungen in kleinerem Umfang zu tätigen, um ein flexibleres Verfahren wählen zu können (freihändige oder selektive Vergabe) oder dem öffentlichen Beschaffungsrecht gar nicht mehr unterworfen zu sein.

13. Schliesslich hat das BGBM nicht verhindert, dass mit der Revision der Interkantonalen Vereinbarung über die öffentlichen Beschaffungen (rev. IVoeB) eine Art Ausklinkklausel eingeführt worden ist. Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a rev. IVoeB sieht vor, dass die interkantonale Regelung bezüglich der Märkte, die nicht durch Staatsverträge geregelt sind, kommerzielle oder industrielle Aktivitäten der Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nicht erfasst. Diese Bestimmung stellt eine Ausklinkklausel dar - und verstösst zudem gegen die Bestimmungen über den Anwendungsbereich des BGBM -, sind doch gewisse Unternehmen (z.B. Kantonalbanken) aufgrund des in ihren Märkten herrschenden Wettbewerbs von den Verpflichtungen des Beschaffungsrechts befreit. Zum Zweck der Harmonisierung schlägt die Weko der BPUK vor, in der rev. IVoeB ein Auslinkverfahren vorzusehen, welches insbesondere bezüglich der Auslinkkriterien demjenigen des bilateralen Abkommens entspricht, und lädt sie ein, hinsichtlich aller Fragen, welche die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten betreffen, die Weko zu konsultieren.

II. Beantwortung der von der BPUK gestellten Fragen

a) *Steht das Binnenmarktgesetz der Ausklinkung im oben genannten Sinne entgegen? Wir erinnern daran, dass alle Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein müssen.*

14. Nein, wenn auch das BGBM formal keine Auslinkklausel enthält. Die Tatsache, dass alle Organe, die kantonale oder kommunale Aufgaben wahrnehmen, grundsätzlich dem BGBM unterstehen, hindert die Ausdehnung der Auslinkklausel auf öffentliche Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens nicht (vgl. die oben unter Rz. 10 ff. angeführten Gründe). Artikel 5 BGBM hat im Übrigen die Kantone nicht daran gehindert, Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a rev. IVoeB zu erlassen.

b) *Wenn nein, gilt eine entsprechende Feststellung der Nichtunterstellung automatisch auch für den Binnenmarkt?*

15. Im Prinzip ja. Die jeweilige Auslinkungsverfügung des UVEK sollte auch für die dem BGBM unterstellten öffentlichen Beschaffungen (unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens) gelten. Im Übrigen sind die öffentlichen Beschaffungen, die unter das bilaterale Abkommen fallen, theoretisch auch öffentliche Beschaffungen nach BGBM, soweit dieses Gesetz keine Schwellenwerte vorsieht. Um die Situation zu bereinigen, sollten Bund und Kantone die Tragweite der Auslinkklausel im Bereich unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens in ihrem Beschaffungsrecht präzisieren.

c) *Denkbar ist, dass eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber keine internationalen relevanten Aufträge zu vergeben hat (Schwellenwert). Steht dann das Binnenmarktgesetz einem Gesuch um Ausklinkung entgegen?*

16. Das Gesuch um Ausklinkung bedingt keinen bestimmten Umfang der öffentlichen Beschaffung. Im Übrigen kennt das Unternehmen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung den Umfang seiner künftigen Beschaffungen noch gar nicht. Demzufolge hindert das BGBM ein dem bilateralen Abkommen unterstelltes Unternehmen nicht, ein Gesuch um Ausklinkung einzureichen.

d) *Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützen sich Ihre Folgerungen? Speziell: Gibt Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 BGBM die entsprechende Kompetenz für eine Ausklinkung?*

17. Wir sind der Auffassung, dass sich die Kantone tatsächlich auf Artikel 5 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 BGBM berufen können, um den Anwendungsbereich der Auslinkklausel auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens auszudehnen (vgl. auch die oben angeführten Gründe). Abschliessend könnte diese Frage nur vom Bundesgericht beantwortet werden.

e) *Falls das BGBM geändert werden muss: Werden Sie eine entsprechende Revision einleiten?*

18. Nach unserer Auffassung ergibt sich die Ausdehnung der Ausklinkklausel auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens aus deren Sinn und Zweck, und das BGBM steht ihr nicht entgegen (vgl. auch oben Rz. 9 ff.). Eine Revision dieses Gesetzes könnte die Situation für die dem (inter)kantonalen Beschaffungsrecht unterworfenen Vergabestellen sicherlich klären. Dies würde jedoch den Problemen auf Bundesebene nicht abhelfen, da das BGBM auf die öffentlichen Beschaffungen des Bundes keine Anwendung findet.

19. Eine andere Frage ist diejenige der Verallgemeinerung des Konzepts der Ausklinkklausel auf das ganze Beschaffungsrecht. Eine solche Verallgemeinerung erfordert nach Auffassung der Weko einen politischen Entscheid. Es steht noch nicht fest, ob die Ergebnisse der Untersuchung, welche die Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle (PVK) derzeit durchführt, das Parlament zu gesetzgeberischen Schritten in diesem Bereich veranlassen werden.
