

B 2.8

### 3. Empfehlungen vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz

#### 1 Zusammenfassung

1. Das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) regelt heute als Rahmenerlass die Mindestanforderungen hinsichtlich die Vergabe von Konzessionen (Art. 2 Abs. 7 BGBM), die öffentliche Beschaffung (Art. 5 BGBM) und den Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 2 BGBM) für die Kantone und Gemeinden. Es gewährleistet für alle Anbieter mit Sitz in der Schweiz den gleichberechtigten Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungs- und Monopolmärkten.

2. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat den gesetzlichen Auftrag, die Einhaltung dieser binnenmarktrechtlichen Mindeststandards zu überwachen. Dazu stehen ihr verschiedene Instrumente zur Verfügung, namentlich Untersuchungen (inkl. Amtshilfe und Auskunftspflicht), Empfehlungen, Gutachten, Beschwerde, Stellungnahmen ans Bundesgericht sowie Publikation von Urteilen und Verfügungen. Mit den binnenmarktgesetzlichen Vorschriften und der Aufsicht der WEKO erfüllt der Bund seinen Verfassungsauftrag, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV).

3. Der Revisionsentwurf zum Beschaffungsrecht (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB<sup>1</sup> und Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB) sieht einen Systemwechsel vor, indem die beschaffungsrechtlichen Mindestgarantien des BGBM für Kantone, die der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2015) beigetreten sind, nicht mehr gelten sollen. Die Rechtsschutzgarantie nach Art. 9 BGBM soll aufgehoben und in abgeschwächter Form ausschliesslich in der IVöB 2015 verankert werden. Dies hätte zur Nebenfolge, dass auch die genannten Instrumente der WEKO zur Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Vorschriften wegfallen würden. Fällt das Binnenmarktgesetz oder die Aufsicht weg, wird der Bund seinem Verfassungsauftrag nicht mehr gerecht.

4. Die WEKO ist der Auffassung, dass keine Veranlassung besteht, am bewährten System und Zusammenspiel zwischen Art. 5 und 9 BGBM und der IVöB 2015 sowie am Aufsichtsauftrag der WEKO etwas zu ändern. Die Mindeststandards hinsichtlich Transparenz, Nichtdiskriminierung und Ausschreibungspflicht sollen wie bis anhin im Binnenmarktgesetz verankert, durch die WEKO überwacht und durch die IVöB umgesetzt werden. Die angestrebte Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen wird dadurch nicht behindert.

5. Vor diesem Hintergrund erlässt die WEKO folgende **Empfehlungen** an den Bundesrat und das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB):

(1) Das **Binnenmarktgesetz** soll in der heute geltenden Fassung fortbestehen und **nicht revidiert** werden.

(2) Damit die E-IVöB im Einklang mit dem geltenden Binnenmarktgesetz umgesetzt werden kann, empfiehlt die WEKO dem Bundesrat und dem InöB, im revidierten BöB und in der revidierten IVöB einen **Rechtsschutz ab Auftragswert von Fr. 50'000** vorzusehen.

6. Sollte das Binnenmarktgesetz entgegen den Empfehlungen der WEKO trotzdem angepasst werden, müsste eine solche Revision zur Vermeidung einer wettbewerbspolitisch nicht angezeigten Schwächung des Binnenmarktrechts jedenfalls folgende Grundsätze beachten:

(1) Die Bestimmung über die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Konzessionen gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM soll entgegen dem Revisionsentwurf unverändert fortbestehen.

(2) Gemäss dem Revisionsentwurf sollen im Bereich des Beschaffungswesens die Mindestanforderungen an die kantonale und kommunale Beschaffung (Art. 5 BGBM) sowie der Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM) neu nur noch für Kantone gelten, die nicht der IVöB 2015 beigetreten sind. Aufgrund der Aufhebung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsbestimmungen für Konkordatskantone müssten die in Rz 2 genannten Aufsichtsinstrumente der WEKO im Binnenmarktgesetz, insbesondere das Behördenbeschwerderecht, auf die Überwachung der Einhaltung der IVöB ausgedehnt werden, insoweit diese die Mindeststandards von Art. 5 BGBM umsetzt.

7. Unter Beachtung dieser Grundsätze könnte dem Ziel der Harmonisierung der Beschaffungsrechte zwischen Bund und Kantonen vollumfänglich Rechnung getragen und der E-IVöB gemäss dem Vernehmlassungstext ohne weiteres umgesetzt werden.

<sup>1</sup> Entwurf für eine revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB), erhältlich auf [www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch).

## 2 Ausgangslage

8. Eine aus Vertretern von Bund und Kantonen zusammengestellte Arbeitsgruppe hat einen Revisionsentwurf für ein neues Beschaffungsrecht (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] und Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]) erarbeitet, mit dem Ziel, das revidierte WTO/GPA<sup>2</sup> innerstaatlich umzusetzen und das Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen zu harmonisieren. Von der Revision ist auch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) betroffen. Am 22. September 2014 hat das InöB die Vernehmlassung zur Komplettrevision der IVöB eröffnet und die WEKO eingeladen, eine Stellungnahme einzureichen.<sup>3</sup>

9. Die Revision der beiden Bundesgesetze BöB und BGBM sowie des Konkordats IVöB sind eng miteinander verbunden. Die vorliegende Empfehlung der WEKO nach Art. 8 Abs. 2 BGBM betrifft einzig die vorgeschlagenen Revisionspunkte zum Binnenmarktgesetz und zeigt auf, inwiefern das Binnenmarktgesetz von der Revision des Beschaffungsrechts betroffen ist und ob bzw. wie dieses Gesetz im Rahmen der Revision angepasst werden sollte.

10. Da es sich beim Binnenmarktgesetz um Bundesrecht handelt, richtet sich die vorliegende Empfehlung in erster Linie an den Bundesrat. Weil aber die Revision der IVöB im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz erfolgen muss, richtet sich die vorliegende Empfehlung gleichzeitig auch an das InöB. Die generelle Stellungnahme der WEKO zum E-IVöB erfolgt mit separater Stellungnahme und geht ausschliesslich an das InöB.

## 3 Erläuterungen

### 3.1 Binnenmarktrechtliche Mindeststandards für die kantonale und kommunale Beschaffung

11. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über das Beschaffungswesen sind in Art. 5 BGBM enthalten. Art. 5 BGBM sieht verschiedene Mindeststandards vor, die im Rahmen von kantonalen und kommunalen Beschaffungen auch unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte einzuhalten sind. Im Zentrum stehen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung (Art. 5 Abs. 1 BGBM) sowie die Publikationspflicht (Art. 5 Abs. 2 BGBM). Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Vorschrift, die direkt auf kantonale und kommunale Vergabeverfahren anwendbar ist.<sup>4</sup>

12. Art. 5 Abs. 1 BGBM verankert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene. Dieser Grundsatz wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter.<sup>5</sup> Art. 5 Abs. 1 BGBM wirkt sich folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen aus.<sup>6</sup>

13. Art. 5 Abs. 2 BGBM verpflichtet kantonale und kommunale Vergabestellen, umfangreiche Beschaffungen, inkl. Beschaffungsobjekt (d.h. Beschreibung des Beschaffungsobjekts und technischer Spezifikationen) sowie Kriterien für die Teilnahme (d.h. Eignungskriterien) und für den Zuschlag (d.h. Zuschlagskriterien) amtlich zu publizieren. Diese Bestimmung bringt den beschaffungs-

rechtlichen Grundsatz des Transparenzgebots zum Ausdruck und beinhaltet auch die Pflicht der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen ein Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben.<sup>7</sup>

14. Darüber hinaus sieht Art. 5 Abs. 1 BGBM vor, dass sich öffentliche Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Die in Art. 5 BGBM verankerten Grundsätze des diskriminierungsfreien Zugangs zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten und der Transparenz werden durch das interkantonale und kantonale Beschaffungsrecht konkretisiert und umgesetzt.<sup>8</sup> Mit anderen Worten sind die konkreten beschaffungsrechtlichen Vorschriften betreffend Schwellenwerte und Vergabeverfahren, Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sowie Anforderungen an technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien Ausfluss der vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz im Sinne von Art. 5 BGBM.

15. Der Revisionsentwurf zum Beschaffungsrecht sieht nun vor, dass die beschaffungsrechtlichen Mindestgarantien nach Art. 5 BGBM neu nur noch für diejenigen Kantone Geltung haben soll, die der IVöB *nicht* beigetreten sind. Dies hätte neben der materiellen Schwächung des BGBM auch zur Folge, dass sämtliche Instrumente der WEKO zur Durchsetzung von Art. 5 BGBM – insb. Untersuchungen, Empfehlungen, Gutachten, Amtshilfe, Auskunftsbegehren, Stellungnahmen ans Bundesgericht und Behördenbeschwerde – wegfallen würden (dazu nachfolgend, Abschnitt 3.2).

<sup>2</sup> Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement [GPA]; SR 0.632.231.422).

<sup>3</sup> Die WEKO hat bereits zu den Revisionsentwürfen der IVöB von 1998 und von 2000 Empfehlungen abgegeben, vgl. Empfehlungen vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH - EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK), RPW 2000/2 270 ff.; Recommendation de la Commission de la concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998, RPW 1998/2 329 ff.

<sup>4</sup> PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 1290; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013/109, S. 177 ff., 184; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand - Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2012, BGBM 5 N 32; OESCH/ZWALD MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, BGBM 5 N 7.

<sup>5</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), Rz 58 ff, 61; CLERC (Fn 4), BGBM 5 N 116 f.; Oesch/Zwald (Fn 4), BGBM 5 N 1.

<sup>6</sup> BGE 125 I 406, 408 E. 2; Urteil BGer 2P.151/1999 vom 30.5.2000, E. 1c.

<sup>7</sup> ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, Rz 34; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), Rz 60 m.w.H.; CLERC (Fn 4), BGBM 5 N 130; OESCH/ZWALD (Fn 4), BGBM 5 N 4.

<sup>8</sup> POLTIER (Fn 7), Rz 35; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), Rz 64; CLERC (Fn 4), BGBM 5 N 130; (Fn 4), BGBM 5 N 6.

16. Es besteht jedoch keine Veranlassung, am heutigen System und Zusammenspiel zwischen Art. 5 BGBM und der IVöB etwas zu ändern. Die Mindeststandards hinsichtlich Transparenz, Nichtdiskriminierung und Ausschreibungspflicht sind weiterhin im Binnenmarktgesetz zu verankern und durch die IVöB umzusetzen. Das Binnenmarktgesetz ist ein Rahmengesetz, welches die Mindestanforderungen bundesrechtlich vorgibt und so den Verfassungsauftrag des Bundes umsetzt, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV). In diesem Zusammenhang müssen auch die bewährten Aufsichtsinstrumente der WEKO zur Durchsetzung der binnenmarktrechtlichen Mindeststandards im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung erhalten bleiben.

17. Für die Beibehaltung dieser bewährten Lösung sprechen unter anderem folgende Gründe:

- Das Ziel der Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen wird in keiner Weise behindert, wenn die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards nach Art. 5 BGBM für die Kantone und Gemeinden weiterhin Geltung haben.
- Der Bund hat den Verfassungsauftrag, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV). Die Öffnung der kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte für ortsfremde Anbieter (ausserhalb des Staatsvertragsbereichs) bildet einen zentralen Bestandteil der marktwirtschaftlichen Erneuerung und erfordert eine bundesrechtliche Verankerung. Eine reine Lösung auf Stufe der Kantone (IVöB) wird dem verfassungsmässigen Bundesauftrag nicht gerecht.
- Nur mit der bundesrechtlichen Verankerung besteht Gewissheit, dass diese Mindestanforderungen für alle Kantone gelten, selbst wenn die IVöB in Zukunft wieder revidiert wird.
- Die Ausschreibung von öffentlichen Beschaffungen und Konzessionen sind neben dem freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen zentrale Instrumente der Öffnung von Märkten und gehören thematisch in das BGBM (genau wie auch in der WTO das GPA neben den Verträgen über den Handel mit Waren und Dienstleistungen thematisch Bestandteil des internationalen Freihandels bildet).
- Das bisherige System hat sich bewährt und in der Praxis zu keinerlei Abgrenzungsproblemen geführt. Es bestehen keine sachlichen Gründe, weshalb die Mindestanforderungen an die öffentliche Beschaffung nicht mehr bundesrechtlich im BGBM geregelt sein sollen.
- Die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards sind verbunden mit den Aufsichtsinstrumenten der WEKO. Diese haben sich in der Vergangenheit bewährt und sind beizubehalten (dazu nachfolgend, Abschnitt 3.2).

### 3.2 Binnenmarktrechtliche Aufsichtsfunktion der WEKO über die kantonale und kommunale Beschaffung

18. Die WEKO hat heute den gesetzgeberischen Auftrag, die Einhaltung dieser binnenmarktrechtlichen Mindeststandards zu überwachen. Dazu stehen ihr folgende Instrumente zur Verfügung:

- Untersuchungen durchführen, inkl. Amtshilfe und Auskunftspflicht (Art. 8 Abs. 3, 8a, 8b und 8c BGBM)
- Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM)
- Gutachten erstatten (Art. 10 BGBM)
- Beschwerde führen (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM)
- Stellungnahmen in laufenden Bundesgerichtsverfahren abgeben (Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG; Art. 10 Abs. 2 BGBM)
- Publikation von Urteilen und Verfügungen (Art. 10a BGBM)

19. Der Revisionsentwurf sieht im jetzigen Stadium einen Systemwechsel vor, indem die beschaffungsrechtlichen Vorschriften nach Art. 5 BGBM neu für Kantone, die der IVöB 2015 beigetreten sind, nicht mehr gelten und die Rechtsschutzgarantie nach Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM aufgehoben und ausschliesslich in der IVöB verankert werden soll. **Dies hätte zur Nebenfolge, dass auch die genannten Instrumente der WEKO zur Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Vorschriften gemäss Art. 5 BGBM wegfallen würden.**

20. Der E-IVöB sieht vor, dass einzig das Behördenbeschwerderecht in die IVöB übernommen und als Variantenentscheid entweder weiterhin der WEKO oder neu dem InöB zukommen soll (Art. 52 Abs. 3 E-IVöB). Gemäss Vernehmlassungsbericht habe das Beschwerderecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM „keine grosse Bedeutung erlangt“ und solle aufgehoben werden (S. 51). Die WEKO teilt diese Auffassung nicht. Der erläuternde Bericht führt denn auch an keiner Stelle aus, aus welchen Gründen die Aufhebung der WEKO-Aufsichtsinstrumente im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung angezeigt sein soll.

#### 3.2.1 Das WEKO-Beschwerderecht ist notwendig

21. Die Stärkung der binnenmarktrechtlichen Aufsicht und Einführung des Beschwerderechts der WEKO hat die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats im Jahr 2000 gefordert und waren ein institutionelles Hauptziel der BGBM-Revision von 2005.<sup>9</sup> Die in der ursprünglichen Version des Binnenmarktgesetzes von 1995 vorgesehenen Empfehlungen und Gutachten sind unverbindlich und hatten sich in der Praxis als zu wenig

<sup>9</sup> Motionen GPK-NR, 00.3407 und 00.3408; Botschaft vom 24. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes (Botschaft revBGBM), BBl 2005 465 ff., 467, 491.

griffige Aufsichtsinstrumente erwiesen. Aus diesem Grund sollte mit der Einführung des Behördenbeschwerderechts erreicht werden, dass die WEKO gesetzeswidrige Verwaltungsentscheide anfechten und über einen Gerichtsentscheid rechtsverbindlich durchsetzen kann. Die Ausübung des Beschwerderechts sollte gezielt erfolgen um die Durchsetzung des diskriminierungsfreien Zugangs zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsstellen sicherstellen und um den unverbindlichen Empfehlungen und Gutachten der WEKO Nachdruck zu verleihen.<sup>10</sup>

22. Oft **verzichten Unternehmen** darauf, gegen eine unzulässige Beschaffung vorzugehen, weil sie eine Benachteiligung bei zukünftigen Beschaffungen befürchten oder weil sie den Prozessaufwand scheuen. Unternehmen vertreten nur ihr individuelles wirtschaftliches Interesse und führen nicht Beschwerde, wenn sie den bereits mit einem Konkurrenten abgeschlossenen Vertrag ohnehin nicht mehr erhalten können. Beschwerdelegitimierte Unternehmen haben oft auch gar keine Kenntnis, wenn eine Beschaffung zu Unrecht freihändig vergeben wird.

23. Im Unterschied zu den Unternehmen agiert die WEKO im **öffentlichen Interesse zum Schutz des Wettbewerbs** und des wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Geldern in der öffentlichen Beschaffung. Bürgerinnen und Bürger, die selber nicht legitimiert sind um gegen eine unzulässige Beschaffung ihrer Gemeinde oder des Kantons vorzugehen, oder auch Whistleblower können den Fall der WEKO melden. Die WEKO kann in berechtigten Fällen Beschwerde führen und so die öffentlichen Interessen durchsetzen.

24. Die WEKO-Beschwerde ist vor allem in Fällen angezeigt, in denen Beschaffungsstellen bewusst oder unbewusst Aufträge über den Schwellenwerten freihändig vergeben, in denen zu Unrecht Ausnahmegründe geltend gemacht werden (z.B. Dringlichkeit oder technische Besonderheit) oder in denen ein Vergabeverfahren bewusst auf einen bestimmten Anbieter zugeschnitten wird.

25. Im Anschluss an die verschiedenen Skandale in der öffentlichen Beschaffung wurde in der Politik vermehrt der Ruf nach einer eigentlichen Aufsichtsbehörde laut. Die gegenwärtigen Aufsichtsinstrumente der WEKO, die sie derzeit nur gegenüber den Kantonen und Gemeinden wahrnimmt, bilden eine sehr gute und mildere Alternative zur Schaffung von Aufsichtsbehörden.

26. Die WEKO-Beschwerde enthält keine Gefahr der Verzögerung von Beschaffungen, weil die WEKO nur die Feststellung eines Rechtsverstosses und nicht die Aufhebung der Zuschlagsverfügung verlangen kann. Die Beschwerde dient der Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für zukünftige Beschaffungsverfahren.

### 3.2.2 Das WEKO-Beschwerderecht zeigt Wirkung

27. Die Erfahrungen mit dem Beschwerderecht sind durchwegs positiv: Auf Beschwerde der WEKO hin wurde bspw. gerichtlich geklärt, dass die Beauftragung eines Privaten, eine öffentliche Infrastruktur (Asylzentrum) selber zu finanzieren und zu bauen und dann an den Kanton zu vermieten, nach dem Beschaffungsrecht ausgeschrieben werden muss.<sup>11</sup> Gleiches gilt für die Beauf-

tragung eines Privaten, den Einzelhandel direkt mit Abfallgebührensäcken zu beliefern.<sup>12</sup> In beiden Fällen ging die Beschaffungsstelle zu Unrecht davon aus, die Aufträge unterstünden nicht dem Beschaffungsrecht. Verschiedene Verfahren sind hängig, etwa zur Frage der Dringlichkeitsausnahme oder zur gerichtlichen Aufhebung des Zuschlags von Amtes wegen bei falscher Verfahrenswahl. Nachdem die WEKO-Beschwerden im Bereich der öffentlichen Beschaffung nun konkrete Wirkung zeigen und zu Anpassungen im kantonalen Beschaffungsverhalten führen, wäre es kontraproduktiv, dieses Instrument nur wenige Jahre nach dessen Einführung bereits wieder abzuschaffen.

28. Die WEKO setzt ihr Beschwerderecht auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung bewusst sehr zurückhaltend und gezielt ein (ca. 3 Beschwerden jährlich), etwa um Grundsatzfragen gerichtlich zu klären, Rechtssicherheit zu schaffen oder eine widerrechtliche Vergabepraxis zu stoppen. Ziel und Zweck der Beschwerde ist nicht, gegen jede mögliche Verletzung des Beschaffungsrechts vorzugehen.

### 3.2.3 Die WEKO ist die geeignete Behörde für das Beschwerderecht

29. Als ausserparlamentarische und weisungsungebundene Kommission ist die WEKO aufgrund ihrer Unabhängigkeit gegenüber Bund und Kantonen am besten geeignet, das Behördenbeschwerderecht auszuüben. Der Schutz des Wettbewerbs gehört zur Kernkompetenz der WEKO. Die WEKO hat im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht Know-how aufgebaut. Es bestehen keine Gründe, weshalb das Beschwerderecht auf eine andere Behörde übertragen werden sollte.

30. Das Beschwerderecht der WEKO ist auch in der beschaffungsrechtlichen Fachliteratur anerkannt, so z.B. folgende Aussage: „*Nach dem Fall INSIEME ist verschiedentlich diskutiert worden, ob auf Bundesebene ergänzend zum Individualrechtsschutz eine Aufsichtsbehörde geschaffen werden soll. Als Alternative dazu wäre auch die Ausdehnung des Beschwerderechts der Wettbewerbskommission auf die Bundesebene denkbar.*“<sup>13</sup>

31. Verschiedene europäische Wettbewerbsbehörden verfügen über ähnliche Kompetenzen wie die WEKO im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Botschaft revBGBM, BBl 2005 465 ff., 480.

<sup>11</sup> Urteil VGer LU, 7H 13 98 vom 12. Februar 2014 (Asylzentrum Kriens).

<sup>12</sup> Urteil VGer VD, MPU.2013.005 vom 30. Oktober 2013 (Kehrichtsäcke und Sackgebühr).

<sup>13</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), N 1290, 1315; vgl. auch DIEBOLD (Fn 4), S. 177 ff.; POLTIER (Fn 8), Rz 418.

<sup>14</sup> Insbesondere die schwedische Wettbewerbsbehörde («Konkurrensverket») seit Juli 2010 (siehe [http://www.kkv.se/t/SectionStartPage\\_6732.aspx](http://www.kkv.se/t/SectionStartPage_6732.aspx), zuletzt besucht am 4.12.2014) sowie die deutsche Wettbewerbsbehörde (« Bundeskartellamt ») seit 1999 (siehe [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht_node.html), zuletzt besucht am 4.12.2014).

### 3.2.4 Das Beschwerderecht ergänzt die übrigen Instrumente der WEKO

32. Zur Durchsetzung der binnenmarktrechtlichen Mindeststandards kann die WEKO zudem Gutachten erstatten und Empfehlungen abgeben, sowie Untersuchungen (inkl. Amtshilfe und Auskunftsbegehren) führen und in Verfahren vor Bundesgericht Stellungnahmen abgeben. Diese Instrumente haben sich in der Praxis ausgezeichnet bewährt und werden von der WEKO zusätzlich zu den informellen Stellungnahmen des WEKO-Sekretariats auch regelmässig genutzt:

- WEKO-Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamts für Justiz betreffend das Projekt eOperations Schweiz (noch nicht publiziert);
- WEKO-Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM), RPW 2014/2 442;
- WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone BE, BS, BL sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2 438;
- WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353;
- WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichen Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischen Energie, RPW 2011/2 345;
- Expertise du 16 mars 2009 à l'intention du DIRH du canton de VD concernant la compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la LMI;
- Empfehlungen vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH - EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK), RPW 2000/2 270;
- WEKO-Empfehlungen vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu Handen der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen, RPW 1999/2 260.

33. Das Beschwerderecht ergänzt die übrigen WEKO-Aufsichtsinstrumente wie Gutachten, Empfehlung und Untersuchung. Beispielsweise hat die WEKO kürzlich mit einer Empfehlung geklärt, unter welchen Voraussetzungen Gemeinden und Kantone IT-Aufträge ohne Ausschreibung an eine Softwareunternehmung im Staatseigentum vergeben dürfen. Eine solche unverbindliche

Empfehlung zeigt indessen nur Wirkung, wenn die WEKO auch die Möglichkeit, bei Nichteinhalten Beschwerde zu führen, um die Frage gerichtlich klären zu lassen.

34. Schliesslich ermöglicht das Beschwerderecht der WEKO, auf Anfrage des Bundesgerichts Stellungnahmen in laufenden Beschwerdeverfahren einzureichen (Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG); das Bundesgericht macht von dieser Möglichkeit regelmässig Gebrauch, auch im Bereich der öffentlichen Beschaffung.

35. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass keinerlei Anlass besteht, die Aufsicht über die kantonale und kommunale Beschaffung zu schwächen und das Behördenbeschwerderecht der WEKO in diesem Bereich in die IVöB zu transferieren oder gar aufzuheben. Aus den Revisionsentwürfen geht ferner nicht eindeutig hervor, ob diese Untersuchungs-, Gutachtens- und Empfehlungskompetenzen der WEKO im Bereich der öffentlichen Beschaffung (Art. 5 BGBM) fortbestehen sollen.

36. Als Fazit ist festzuhalten, dass das Beschwerderecht der WEKO zusammen mit den Instrumenten Gutachten, Empfehlung und Untersuchung beibehalten werden und wie bis anhin im Binnenmarktgesetz – und nicht wie im E-IVöB vorgeschlagen in der IVöB – verankert bleiben soll. Das Ziel der Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen wird dadurch in keiner Weise behindert. Sollte Art. 5 BGBM wie derzeit vorgesehen für Konkordatskantone nicht mehr gelten, müssten diese Kompetenzen der WEKO im Binnenmarktgesetz jedenfalls explizit auf die Durchsetzung der IVöB ausgedehnt werden (vgl. Rz 6).

### 3.3 Binnenmarktrechtlicher Rechtsschutz im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung

37. Die WEKO unterstützt die angestrebte Harmonisierung des Rechtsschutzes im Bereich der öffentlichen Beschaffung von Bund und Kantonen und begrüsst insbesondere die Ausdehnung des Rechtsschutzes des Bundes auf den ausserstaatsvertraglichen Bereich. Die Revisionstexte sehen einheitlich einen Rechtsschutz ab dem Auftragswert von Fr. 150'000 vor. Diese Schwelle ist eher hoch angesetzt und bedeutet bei den Kantonen und Gemeinden eine Schwächung des heutigen Rechtsschutzes. Gerade KMU, die sich regelmässig bei Gemeinden um Kleinaufträge unter Fr. 150'000 bewerben, würde der Rechtsschutz komplett verwehrt bleiben.

38. Ein Rechtsschutz ab Auftragswert von Fr. 150'000 wäre für die Kantone nicht mit Art. 9 Abs. 2 BGBM vereinbar, wonach grundsätzlich für jede kantonale und kommunale Beschaffung Rechtsschutz gewährleistet sein muss. Gemäss dem Bundesgerichtsurteil Sigriswil verlangt Art. 9 Abs. 2 BGBM indessen nicht, dass die Kantone und Gemeinden auch bei Bagatellbeschaffungen einen Rechtsschutz vorsehen.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO, dass Bund und Kantone im

<sup>15</sup> BGE 131 I 137.

BöB und in der IVöB einen **Rechtsschutz ab einem Auftragswert von Fr. 50'000 gewähren**. Eine solche Regelung liesse sich gemäss dem genannten Bundesgerichtsurteil auch mit Art. 9 Abs. 2 BGBM vereinbaren, so dass sich die Revision von Art. 9 BGBM erübrigt.

### 3.4 Binnenmarktrechtliche Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen

39. Das Revisionsprojekt sieht vor, auf Stufe Bund und Kantone eine neue Bestimmung einzuführen, wonach die Verleihung einer Konzession oder die Übertragung einer staatlichen Aufgabe dem Beschaffungsrecht unterstehen, wenn dem Anbieter ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt (Art. 8 Abs. 2 E-IVöB).

40. Damit wird die bisherige Rechtsprechung zum Begriff „öffentlicher Auftrag“, wonach auf die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen Privaten dem Beschaffungsrecht untersteht, im BöB und in der IVöB umgesetzt.<sup>16</sup> Das ist grundsätzlich zu begrüssen. Diese Bestimmungen zur Definition des öffentlichen Auftrags in Art. 8 Abs. 2 E-IVöB sind jedoch keinesfalls als Ersatz für die heute geltende Ausschreibepflicht für kantonale und kommunale Konzessionen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu werten. Die neuen Bestimmungen sind vielmehr eine willkommene **Ergänzung** zur bereits bestehenden Pflicht der Kantone und Gemeinden, Monopol- und Sondernutzungskonzessionen öffentlich auszuschreiben:

- Kantonale und kommunale Konzessionen, die gleichzeitig unter die Bestimmungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM wie auch das Beschaffungsrecht (Art. 8 Abs. 2 E-IVöB) fallen, müssen nach den Beschaffungsverfahren nach IVöB vergeben werden; damit sind ohne weiteres auch die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt. Dieser Grundsatz gilt bereits heute so, wenn eine Konzession als öffentlicher Auftrag nach dem Beschaffungsrecht vergeben wird.
- Kantonale und kommunale Konzessionen, die nicht von Art. 8 Abs. 2 E-IVöB sondern nur von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst werden, müssen gemäss BGBM mindestens in einem nichtdiskriminierenden Ausschreibungsverfahren vergeben werden.

41. Entgegen dem Beschaffungsrecht regelt Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht die staatliche Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauten. Sie kommt vielmehr zur Anwendung, wenn der Staat den Marktzugang (i) gestützt auf eine Rechtsgrundlage oder (ii) zwecks Ordnung der wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen durch Private einschränkt und die Anbieterzahl kontingentiert. In diesem Fall müssen Kantone und Gemeinden die verfügbaren „Marktzugangspässe“ (technisch Monopolkonzessionen, Kontingentbewilligungen, Sondernutzungskonzessionen, gewisse Leistungsaufträge, Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch usw.) in „Monopolsituationen“ öffentlich ausschreiben.<sup>17</sup> Im Unterschied zum Beschaffungsrecht kommt Art. 2 Abs. 7 BGBM somit zur Anwendung, wenn Kantone und Gemeinden *regulatorisch oder zur Ordnung der wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen* in die Ange-

botsstruktur von Märkten eingreifen und die Zahl der zugelassenen Wirtschaftsteilnehmer begrenzen.

42. Der „Monopolbegriff“ gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nicht streng ökonomisch zu verstehen, in dem Sinne, dass nur ein einziger Anbieter im sachlich, geographisch und zeitlich relevanten Markt existiert. Die Bestimmung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM greift bereits dann, wenn die rechtlich oder faktisch bedingte Beschränkung der Anbieterzahl zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im relevanten Markt führt. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang auch von geschlossenen Märkten: „Vergabepolitisch macht es keinen Unterschied, ob der Staat einen Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeiten einem einzigen privaten Anbieter exklusiv vorbehält, oder ob er einige wenige Anbieter im gegenseitigen Wettbewerb zum Markt zulässt“.<sup>18</sup> In beiden Fällen ist der Marktzugang über eine öffentliche Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu gewähren.

43. Folgende Beispiele illustrieren den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM:

- Monopol für Taxizentrale der Stadt Lausanne;
- Kaminfegermonopole; Geometermonopole (soweit Tätigkeit nicht hoheitlich ist);
- Rettungsdienste (sofern nicht durch Staat selber ausgeübt);
- Gebäudeversicherung (sofern nicht durch Staat selber ausgeübt);
- Die Übertragung der Nutzung kantonaler Regalrechte auf Private (z.B. Salzmonopol, Schürfkonzessionen, usw.);
- Kontingentbewilligungen, z.B. zahlenmässig beschränkte Taxibewilligungen (ob der Staat ein rechtliches Monopol bildet und nur einen Anbieter zulässt [Monopolkonzession], oder ob er innerhalb des Monopols mehrere Anbieter zulässt [Kontingentbewilligung], spielt aus Sicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM keine Rolle; in beiden Fällen muss der Marktzugang aus denselben wettbewerbspolitischen Überlegungen ausgeschlossen werden);
- Wirtschaftliche Nutzung von öffentlichen Sachen und Abbau von Ressourcen, z.B.:
  - o Plakatanschlagstellen auf öffentlichem Grund
  - o Kiesabbaukonzessionen
  - o Schaustellerplätze bei Jahrmarkt
  - o Marktstandplätze (z.B. Wochenmarkt der Stadt Luzern)

<sup>16</sup> So bereits BRK 1999-006, VPB 64.30, E. 1b (Batterien); BRK 2000-021/023, VPB 65.80 (Flaschen); Urteil VGer VD MPU.2013.0005 vom 30. Oktober 2013 (Fn 12); Urteil VGer AG, WBE.2014.187 vom 8. Oktober 2014 (Übertragung einer öffentlichen Aufgabe an Private mittels Leistungsauftrag fällt unter das Beschaffungsrecht; zur Publikation in RPW vorgesehen).

<sup>17</sup> NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 133/2014, 219 ff., 224 f.

<sup>18</sup> Vgl. zum Ganzen DIEBOLD (Fn 17), 220, 243 f.; BERNHARD RÜTSCHHE/NICOLAS DIEBOLD, in: Avenir Suisse Kantonsmonitoring Nr. 6 „Von alten und neuen Pfründen – Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern“, 2014, Titel 5 und 6.

### 3.4.1 Anforderungen an eine öffentliche Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM

44. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 7 BGBM enthält bewusst keine Regeln, wie eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden muss. Sie garantiert einzig, dass gewisse Mindeststandards eingehalten werden. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

45. Die anstehende Vergabe muss vorgängig öffentlich publiziert werden. Zusammen mit der Publikation muss bekanntgegeben werden, wer an der Ausschreibung teilnehmen kann (Eignungskriterien) und nach welchen Kriterien die „Marktzugangspässe“ vergeben werden (Zuschlagskriterien). In aller Regel erfolgt dies über vorgängig definierte und publizierte Kriterien. Es wäre in Ausnahmefällen indessen auch denkbar, dass die Vergabe nach einem Rotationssystem oder nach Losentscheid erfolgt. Steht die staatliche Gewinnmaximierung im Vordergrund, erfolgt der Zuschlag an den/die Meistbietenden.

46. Die Ausschreibung muss nicht-diskriminierend durchgeführt werden, d.h. es dürfen nicht ohne sachliche Begründung gezielt bestimmte Anbieter bevorzugt werden. Schliesslich muss gestützt auf Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM (Verfügenspflicht) der Rechtsschutz gewährt werden.

47. Die Pflicht zur Ausschreibung gilt nicht absolut.<sup>19</sup> Der Staat kann auf eine öffentliche Ausschreibung verzichten, wenn dies zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist, ortsansässige Anbieter nicht bevorzugt werden und die gewählte Vergabemethode verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Denkbar wäre z.B., dass bei Bagatellmärkten, bei Dringlichkeit, im Falle abgesprochener Angebote usw. auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann.

48. Im Wesentlichen konkretisieren Art. 2 Abs. 7 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BGBM auf Gesetzesstufe den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV) sowie die Verfahrens- und Rechtsweggarantien (Art. 29 und 29a BV).

49. Im Vergleich hat sich auch die EU mit der Einführung der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 für ein System entschieden, wonach bei der Konzessionsvergabe einzig die einzuhaltenden Grundsätze vorgeschrieben werden, die Vergabestelle aber in der Ausgestaltung des konkreten Verfahrens frei bleibt.<sup>20</sup> Der erläuternde Bericht zum E-IVöB führt diesbezüglich fälschlicherweise aus, Bau- und Dienstleistungskonzessionen seien in der EU „dem Beschaffungsrecht“ unterstellt worden (S. 17). Dies stimmt insofern nicht, als diese Konzessionstypen eben genau nicht der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe unterstellt sind, sondern der neuen Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, die ein flexibleres Vergaberegime vorsieht.

### 3.4.2 Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM und Abgrenzung zum Beschaffungsrecht

50. Aus der Vielzahl entwickelter Kriterien zur Abgrenzung des Beschaffungsrechts von anderen vergaberelevanten Sachverhalten sind zwei Elemente von besonde-

rer Bedeutung, namentlich (i) das Erfüllen einer öffentlichen Aufgabe sowie (ii) das Entrichten eines Entgelts durch den Staat. Grundsätzlich müssen beide Elemente erfüllt sein, damit das Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangt.

51. Demgegenüber greift Art. 2 Abs. 7 BGBM, wenn der Staat in einem bestimmten Markt regulatorisch die Anbieterzahl beschränkt. Im Unterschied zur „klassischen“ Konzeption des Beschaffungsrechts gelangt Art. 2 Abs. 7 BGBM auch bzw. insbesondere dann zur Anwendung, wenn (i) sich der Staat in keiner Weise finanziell an der Ausübung der Tätigkeit beteiligt (d.h. wenn nicht der Staat, sondern die privaten Leistungsbezüger oder Dritte [z.B. Versicherungen] das Entgelt entrichten) und (ii) wenn der kontingentierte bzw. geschlossene Markt nicht die Funktion der Erfüllung öffentlicher Aufgaben übernimmt.

52. Aus dem geltenden Binnenmarktgesetz lässt sich folgende Systematik ableiten:

- Fällt ein kantonaler bzw. kommunaler Auftrag in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts und wird der Auftrag nach den beschaffungsrechtlichen Regeln (Art. 5 BGBM) korrekt vergeben, sind auch die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt.
- Hingegen muss Art. 2 Abs. 7 BGBM immer dann geprüft werden, wenn der Staat einen Markt regulatorisch zahlenmässig kontingentiert, ohne eine Beschaffung zu tätigen (sei es, weil der Staat kein Entgelt leistet, weil keine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, oder aus anderen Gründen keine Beschaffung vorliegt [z.B. Privatinitiative]).

53. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die neuen Bestimmungen in Art. 8 Abs. 2 E-IVöB keinen Ersatz für Art. 2 Abs. 7 BGBM darstellen:

- Selbst wenn eine öffentliche Aufgabe vorliegt, kann aus anderen Gründen die Anwendung des Beschaffungsrechts verneint werden (z.B. Fehlen eines staatlichen Entgelts, Privatinitiative, Zuordnung des Betriebsrisikos usw.). In diesem Fall greift Art. 2 Abs. 7 BGBM subsidiär.
- Selbst wenn die öffentliche Aufgabe breit definiert wird und etwa auch Taxizentralen, Kaminfeger und Gebäudeversicherungen umfasst, gilt Art. 2 Abs. 7 BGBM weiterhin im Falle der Kontingentierung von Märkten, die nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (z.B. würden Ausschreibung von kantonalen Regalrechten nicht unter das revidierte Beschaffungsrecht aber nach wie vor unter Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen).

<sup>19</sup> DIEBOLD (Fn 17), 225.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 30 RL/2014/23/EU: „Der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber können das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten.“

- Schliesslich gilt die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM gemäss herrschender Lehre und kantonaler Gerichtspraxis auch für die Vergabe von Konzessionen zur wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen (Sondernutzungskonzessionen).<sup>21</sup> Das Beschaffungsrecht ist demgegenüber auch in seiner revidierten Fassung nicht auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar.

### 3.4.3 Ratio der Ausschreibungspflicht

54. Wenn der Staat in bestimmten Märkten schon die Anbieter zahlenmässig kontingentiert und die Anbieter auswählt, muss der Zugang immerhin über eine öffentliche Ausschreibung gewährt werden. Dies aus folgenden Gründen:

- Im geschlossenen Markt fehlt es aufgrund der beschränkten Anbieterzahl und aufgrund fehlender Neueintritte an einem disziplinierenden Wettbewerbsdruck. Aus wettbewerblicher Überlegung sollen aber die wirtschaftlich effizientesten Anbieter zum Markt zugelassen werden (sei es hinsichtlich Endkundenpreis, Qualität, Effizienz oder Sekundärzielen). Die Auswahl der wirtschaftlich effizientesten Anbieter erfolgt über ein flexibles Ausschreibungsverfahren nach Art. 2 Abs. 7 BGBM.

- Aus individualrechtlicher Sicht muss der Staat den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten bzw. der staatlichen Wettbewerbsneutralität wahren. Eine öffentliche Ausschreibung wird diesen Anforderungen am besten gerecht.

- Grundsätzlich ergibt sich eine Ausschreibungspflicht bereits gestützt auf Art. 27 und 94 BV. Es ist allerdings wesentlich schwieriger für einen betroffenen Anbieter, die verfassungsmässigen Rechte gerichtlich durchzusetzen und das BGBM garantiert die Durchsetzungskompetenzen der WEKO.

### 3.4.4 Legitimation einer Ausschreibung „light“

55. Schliesslich ist gerechtfertigt, dass bei der Vergabe von kontingentierten „Marktzugangspässen“ nicht die beschaffungsrechtlichen Verfahren zur Anwendung gelangen. Die Gewährung einer Bewilligung für eine exklusive städtische Taxizentrale, die Vergabe von Kaminfeigerkonzessionen oder die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen (regulatorische Markteingriffe) stellen andere Anforderungen an ein Vergabeverfahren als öffentliche Beschaffungen. Art. 2 Abs. 7 BGBM gewährt dem staatlichen Regulator insbesondere in formeller Hinsicht mehr Flexibilität als das Beschaffungsrecht der staatlichen Beschaffungsstelle. Dies entspricht auch der Lösung, wie sie die EU mit der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU gewählt hat.

## 4 Empfehlungen

56. Gestützt auf diese Erläuterungen gibt die WEKO dem Bundesrat und an dem Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen folgende Empfehlungen ab:

- (1) Das Binnenmarktgesetz soll in der heute geltenden Fassung fortbestehen und nicht revidiert werden.

- (2) Damit die E-IVöB im Einklang mit dem geltenden Binnenmarktgesetz umgesetzt werden kann, empfiehlt die WEKO dem Bundesrat und dem InöB, im revidierten BöB und in der revidierten IVöB einen Rechtsschutz ab Auftragswert von Fr. 50'000 vorzusehen.

57. Sollte das Binnenmarktgesetz entgegen den Empfehlungen der WEKO trotzdem angepasst werden, müsste eine solche Revision zur Vermeidung einer wettbewerblich nicht angezeigten Schwächung des Binnenmarktrechts jedenfalls folgende Grundsätze beachten:

- (1) Die Bestimmung über die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Konzessionen gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM soll entgegen dem Revisionsentwurf unverändert fortbestehen.
- (2) Gemäss dem Revisionsentwurf sollen im Bereich des Beschaffungswesens die Mindestanforderungen an die kantonale und kommunale Beschaffung (Art. 5 BGBM) sowie der Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM) neu nur noch für Kantone gelten, die nicht der IVöB 2015 beigetreten sind. Aufgrund der Aufhebung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsbestimmungen für Konkordatskantone müssten die in Rz 2 genannten Aufsichtsinstrumente der WEKO im Binnenmarktgesetz, insbesondere das Behördenbeschwerderecht, auf die Überwachung der Einhaltung der IVöB ausgedehnt werden, insoweit diese die Mindeststandards von Art. 5 BGBM umsetzt.

<sup>21</sup> So VGer ZH VB.2013.00439 vom 3. Oktober 2013 E. 6.5; VGer GL VG.2013.00061 vom 6. November 2013; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), N 211; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.) (Fn 4), BGBM 2 Abs. 7 N 23; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 814 ff.; Daniel Kunz, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zürich 2012, S. 205 ff., N 26 ff.; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zürich 2012, S. 167 ff., N 101 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP“: état des lieux, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés Publics 2010, Zürich 2010, 247 ff., N 45; DIEBOLD (Fn 17), 249; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 3/2010, S. 28 ff., 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 5/2007, S. 585 ff., 588; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, S. 203 ff.; vgl. auch WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353; a.M. HANS-RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.) (Fn 4), BöB 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBl 2011, 113 ff.; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuweisung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ff.