

de la recherche ou du développement, c'est-à-dire des connaissances.

b. Pour invoquer la circonstance exceptionnelle du prototype, l'adjudicateur doit vouloir acquérir une connaissance; si tel n'est pas le cas et qu'il souhaite obtenir une prestation opérationnelle, il n'a pas le droit d'y recourir¹¹.

¹¹ Cf. COMITÉ DES MARCHÉS PUBLICS (n. 4), cons. 4.8 s.; cf. aussi E. CLERC (n. 8), p. 89; M. JAQUIER (n. 6), N 307 ss et 313; CH. MEYER, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, PJA 2005, p. 724.

c. Si, l'adjudicateur est en mesure de décrire la prestation recherchée, il ne remplit en principe pas la condition d'un produit ou d'un service acquis pour les besoins d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original de l'art. XV par. 1 lit. e AMP 1994. Cette circonstance tend à montrer que le produit ou le service demandé existe déjà sur le marché¹².

¹² Cette exigence ressort particulièrement bien de la jurisprudence Trib. UE du 15.1.2013, Espagne c/ Commission européenne, affaire T-54/11, N 41 ss; pour une présentation de cette condition, cf. M. JAQUIER (n. 6), N 310.

Die Aufgabenübertragungskonzession

Das BVGer bestätigt, dass bereits das aBöB Dienstleistungskonzessionen sowie Übertragungen von öffentlichen Aufgaben erfasste. Das führt unter dem neuen Art. 9 BöB zur Frage, ob alle Geschäfte, die dieser Bestimmung unterliegen, vom Staatsvertragsbereich ausgenommen sind.

Le TAF confirme que déjà l'ancienne LMP s'appliquait aux concessions de services et aux délégations de tâches publiques. De ce fait, la question se pose de savoir si toutes les affaires que l'art. 9 LMP appréhende désormais sont exclues du champ d'application de l'accord international.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2021 (B-2457/2020)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(2) 1. Die Vergabestelle suchte in casu nach drei Leistungserbringerinnen, welche nach Erledigung gewisser durch die Vergabestelle direkt vergüteter Vorbereitungsarbeiten Mitglieder eines Beraterpools werden sollten, auf den alle Unternehmen zugreifen können, welche mit dem Bund oder mit Kantonen Zielvereinbarungen (gemäss EnG und CO₂-Gesetz) betreffend Senkung von CO₂-Emissionen abgeschlossen haben und Beratung im Hinblick auf die Umsetzung der Vereinbarung benötigen.

2. Die Vergabestelle sah vor, dass den beratungsbedürftigen Unternehmen ausschliesslich der durch die Vergabestelle zusammengestellte Beraterpool zur Verfügung stehen würde, dass die Unternehmen aber innerhalb dieses Pools die freie Wahl hätten. Insoweit gewährte die Auftraggeberin keinem der Mitglieder des Beraterpools eine Garantie für irgendeine Mindestmenge an zu erbringenden Beratungsleistungen. Die beratenen Unternehmen sollten den Beratungsunternehmen für die empfangenen Leistungen eine Vergütung gemäss einem zwischen der Vergabestelle und den Beratungsunternehmen vereinbarten Tarif bezahlen (bei Erreichung der vereinbarten Reduktionsziele würde ihnen anschliessend ein

Anspruch auf Rückerstattung von öffentlich-rechtlichen Abgaben erwachsen). Demnach gab es für die Beratungsunternehmen auch keine Garantie der Auftraggeberin dafür, dass erbrachte Leistungen tatsächlich vergütet würden, vielmehr trugen die Beratungsunternehmen in diesem Sinn auch das Inkassorisiko.

3. Eine potentielle Anbieterin focht die am 21.4.2020 publizierte Ausschreibung des Geschäfts betreffend Vorarbeiten und Beratungsleistungen mit Vergabebeschwerde an. Dem BVGer stellte sich damit insbesondere die Frage, ob ein dem aBöB (vgl. Art. 62 BöB a contrario) unterstellter öffentlicher Auftrag vorlag.

Der Entscheid

1. Das aBöB enthielt «keine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung».

a. «Das Bundesgericht hat in Bezug auf den Anwendungsbereich der [IVöB 2001] festgehalten, es sei nach Lehre und Rechtsprechung für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren und Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um seine Aufgaben wahrzunehmen [...]. Die öffentliche Hand ist Nachfragerin der (vertragstypischen) Leistung (im Unterschied etwa zur Sondernutzungskonzession [...]).»

b. «Es kann selbst dann von einem auszuschreibenden öffentlichen Auftrag ausgegangen werden, wenn die Anbieterin die anzubietende Tätigkeit nicht gegenüber dem auftraggebenden Gemeinwesen, sondern in dessen Auftrag gegenüber Privaten entfaltet [...] und die Gegenleistung für die Erfüllung in anderer Form als durch Geldzahlung des Gemeinwesens beglichen wird [...]. Damit spricht die Tatsache, dass das in Frage stehende Projekt allenfalls die Begriffsmerkmale einer Konzession erfüllt, auch nach altem Recht als solche nicht gegen die Anwendung des Beschaffungsrechts».

c. «Ein besonderer Fall der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private ist in der Lehre mit Blick auf die Rechtsprechung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) als «eigentliche Auslagerung» beschrieben worden. Die [BRK] hat erkannt, dass ein Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr (VEG) [...] dem aBöB untersteht [BRK 2001-009, VPB 66.4, E. 2b/cc].»

2. «Energieberater dürfen nur im vorliegenden Zusammenhang einschlägige Beratungsdienstleistungen erbringen, wenn sie einem der mit der strittigen Ausschreibung zu beschaffenden Beraterpools angehören [...]. Aus der Sicht der beratenen Unternehmen bieten die drei gemäss der Ausschreibung zu berücksichtigenden und in Konkurrenz zueinander stehenden Anbieterinnen, welche die Beratungsleistungen konzeptionieren und die Beraterpools betreiben, ein staatlich organisiertes Oligopol [...]. Es ist für eine Auslagerung im hier zu beschreibenden Sinne nicht notwendig, dass ein Monopol geschaffen wird.»

3. «Eine solche Ausschreibung mit einer Auslagerung öffentlicher Aufgaben ist [...] unabhängig davon, ob sie von Privaten oder vom Gemeinwesen finanziert wird, dem aBöB unterstellt.»

Die Anmerkungen

1. Diese Bestätigung der Rechtsprechung der BRK ist zu begrüßen.

2. Nunmehr steht zwar Art. 9 BöB in Kraft, der präzisiert, was die Rechtsprechung herausgearbeitet hatte, nämlich dass gewisse Konzessionsverleihungen und bestimmte Übertragungen von öffentlichen Aufgaben einen öffentlichen Auftrag darstellen, der dem Vergaberecht unterstellt ist.

a. In diesem Sinn bestehen kaum Zweifel, dass der im rapportierten Fall streitbetreffende Auftrag die Voraussetzungen des Art. 9 BöB erfüllt. Da der Beraterpool nicht für alle geeigneten Beratungsunternehmen geöffnet ist, sondern nur für drei durch die Vergabestelle ausgewählte Unternehmen, verfügen die Zuschlagsempfängerinnen über ein Oligopol und mithin über besondere Rechte i.S.v. Art. 9 BöB (vgl. zum Begriff der besonderen Rechte Art. 5 Nr. 11 RL 2014/23/

EU). Diese Rechte werden namentlich im öffentlichen Interesse der Reduktion der CO₂-Emissionen wahrgenommen, und die Beratungstätigkeit wird «indirekt» (Art. 9 BöB) vergütet, nämlich durch die die Beratungsleistungen konsumierenden Unternehmen, welche dem beratenden Unternehmen hierfür eine Vergütung bezahlen.

b. Der Umstand, dass das in casu streitbetreffende Geschäft insoweit Konzessionscharakter hat, als die ausgewählten Beratungsunternehmen das volle Risiko tragen, nicht oder zu wenig für Beratungen konsultiert und bezahlt zu werden (vgl. hierzu Art. 5 Nr. 1 Unterabs. 2 RL 2014/23/EU), zeigt, dass es im Rahmen von Art. 9 BöB nicht nur um Fälle geht, die entweder eine Konzession oder eine Aufgabenübertragung enthalten, sondern ebenso um solche, in denen ein Geschäft beiden diesen Qualifikationen entspricht.

3. Wenn aber das aBöB, das ausschliesslich im Staatsvertragsbereich anwendbar war, bestimmte Aufgabenübertragungen und Konzessionen (im Sinn des heutigen Art. 9 BöB) erfasste, stellt sich unter dem aktuellen BöB die Frage, ob Ziff. 1b Anhang 5 BöB, wonach im Anwendungsbereich von Art. 9 BöB das Staatsvertragsrecht in keinem Fall gelten soll, möglicherweise zu weit geht.

a. Nach der Botschaft GPA (BBl 2017 2053, 2108 f.) hat die Schweiz der EU zugesagt, die in der Schweiz vergebenen Baukonzessionen zumindest gegenüber den Anbieterinnen der EU zu öffnen (zumal die EU den schweizerischen Anbieterinnen gemäss ihrem Annex 6 Anhang I GPA 2012 bereits geöffnet hat), sobald «die Schweizer Gesetzgebung ein solches System eingeführt hat». Der Erlass von Art. 9 BöB führt dazu, dass in Bezug auf Baukonzessionen alles vorliegt, was für deren Vergabe erforderlich ist, so dass spätestens seit dem 1. Januar 2021 keine Bundesvergabestelle daran gehindert ist, Baukonzessionen zu vergeben (Analoges gilt in Kantonen, die der IVöB 2019 beitreten). Demgemäss sollte die Schweiz ihre der EU gegenüber gemachte Zusage (BBl 2017 2053, 2109) nun umsetzen. In diesem Sinn ist davon auszugehen, dass Baukonzessionen entgegen Ziff. 1b Anhang 5 BöB dem Staatsvertragsbereich unterstellt sind, zumindest im Verhältnis Schweiz/EU.

b. Bei den Dienstleistungskonzessionen scheint es sich nach der Botschaft GPA (BBl 2017 2053, 2067 und 2070) so zu verhalten, dass bis dato kein Signatarstaat diese Geschäfte (ausdrücklich) dem GPA unterstellt hat (es gibt lediglich vereinzelte Unterstellungen von Baukonzessionen). Insoweit dürfte Ziff. 1b von Anhang 5 BöB dem Staatsvertragsrecht entsprechen.

c. In Bezug auf die Übertragung öffentlicher Aufgaben, die keinen Konzessionscharakter hat (z.B. weil der Leistungserbringer dank einer Subventionierung unabhängig von der Nachfrage nach seinen Leistungen ein gesichertes Einkommen erwarten kann), äussert sich die Botschaft GPA nicht. Es ist nicht anzunehmen, dass das GPA einen impliziten Ausschluss von Dienstleistungsaufträgen enthielte, welche durch den Signatarstaat nach bestimmten Kriterien als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe betrachtet werden. Viel

eher ist anzunehmen, dass in dieser Frage die Positivliste betreffend Dienstleistungen (Annex 5 Anhang I GPA) entscheidend ist. Ungeachtet der Frage, ob nach einzelstaatlichem Verständnis eine Aufgabenübertragung (ohne Konzessionscharakter) vorliegt oder nicht, unterstehen Verträge betreffend durch die Liste erfasste Dienstleistungen dem GPA. Das gilt zum Beispiel im Bereich der Aufträge betreffend Entsorgung von Haushaltsabfällen (vgl. Ziff. 25 Anhang 3 BöB mit Verweis auf CPCprov 94 bzw. 9402, die je nach Kanton als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe betrachtet werden [vgl. dazu BGE 134 II 297, E. 3.3]). Diese hat die Schweiz dem GPA unterstellt, ohne vorzubehalten, dass das in jenen Kantonen nicht gelte, in denen Verträge über das Sammeln und Entsorgen von Haushaltsabfällen als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe betrachtet werden. Hieraus kann geschlossen werden, dass die Übertragung aller öffentlichen Aufgaben, die Dienstleistungen nach der Positivliste betreffen, dem GPA unterstellt sind (falls die übrigen Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind). Das führt nicht zu problematischen Situationen, weil die Positivliste keinen Sachbereich tangiert, in dem davon auszugehen wäre,

dass dem privaten Aufgabenträger nicht nur die Aufgabe, sondern auch hoheitliche Rechte (insb. betreffend Erlass von Verfügungen oder Vornahme von Zwangshandlungen) übertragen werden. Die entsprechenden Bereiche entsprechen Kategorien des CPCprov (insb. der Division 91), welche auf der schweizerischen Positivliste (wohl insbesondere aus diesem Grund) nicht genannt werden. Die Ziff. 1b von Anhang 5 BöB ist also nicht nur bezüglich der Baukonzessionen unzutreffend, sondern auch hinsichtlich der Aufgabenübertragungen (die keine Dienstleistungskonzessionen sind).

d. Losgelöst von der Frage der Anwendbarkeit des internationalen Rechts ist eine Rechtfertigung dafür nicht erkennbar, dass die Bundesgesetzgebung den schweizerischen Wirtschaftsteilnehmerinnen, die hinsichtlich eines Geschäfts nach Art. 9 BöB anbieten, keinen ordentlichen und damit effektiven Rechtsschutz zu gewähren bereit ist (Art. 52 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Ziff. 1b Anhang 5 BöB).

4. Vgl. zum Thema der Preisbewertung bei Dienstleistungskonzessionen Nr. 41 auf S. 38 ff. im vorliegenden Heft.

Colloque du droit de la responsabilité civile

LA RC EN ARRÊTS ET UNE NOUVEAUTÉ LÉGISLATIVE DE TAILLE

Direction

Professeurs **Franz Werro** et **Pascal Pichonnaz**,
Chaires de droit des obligations, Université de Fribourg
Professeure **Christine Chappuis**, Université de Genève

Thèmes

- Le dommage vu par un arbre (ATF 127 III 73 ; 129 III 331)
- Une entreprise peut-elle souffrir ? L'indemnisation du tort moral des personnes morales (ATF 138 III 337)
- L'époux, le ménage et l'obligation de diminuer le dommage (ATF 127 III 403)
- La causalité et les abricotiers du Valais (ATF 109 II 304)
- La responsabilité précontractuelle et le lutteur déçu (ATF 121 III 350)
- La cafetière perdue ou la preuve en responsabilité civile (ATF 133 III 8 ; 137 III 226)
- La mangeoire, le fabricant et le droit européen (4C.307/2005)
- La responsabilité civile pour blanchiment d'argent : du mythe à la réalité ? (ATF 129 IV 322)
- Vieux vin, nouvelle étiquette : de 752 CO à 69 LSFIn (ATF 132 III 715)
- L'action directe de la victime contre l'assureur RC

Judi 7 avril 2022

Aula Magna
Site de Miséricorde
Université de Fribourg

Inscription >

www.unifr.ch/formcont

**UNI
FR**
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG