

Entscheidungen – Jurisprudence

Schweizerisches Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 10. Oktober 2007, X. c. Gemeinde Galgenen, SZ (2C_116/2007 und 2C_396/2007), Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

(erschieden in AJP 2008, 238-242)

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Universität St. Gallen

und von
lic.iur. Urs Haegi, M.B.L.-HSG, RA Zürich

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Am 12. Januar 2006 stimmte die Gemeindeversammlung Galgenen einer Vorlage des Gemeinderates betreffend die Überbauung des Areals Tischmacherhof sowie einer diesbezüglichen Vereinbarung mit der Publica (Pensionskasse des Bundes) zu. Danach sollte die Publica im Rahmen einer Partnerschaft mit der Gemeinde als private Investorin tätig werden, indem sie einerseits von der Gemeinde gegen ein Entgelt von 8,3 Mio. Franken einen Teil des Areals zwecks Erstellung von privaten Wohn- und Geschäftsbauten sowie eines Dorfplatzes erwirbt und andererseits auf einem andern Teil des Areals im Baurecht gewisse öffentliche Bauten (u.a. ein Schulhaus und eine Mehrzweckhalle mit Sportanlage) errichtet. Die öffentlichen Bauten sollten der Gemeinde mietweise zur Verfügung gestellt werden. Auf Beschwerde von Stimmbürgern hin hob das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz am 29. August 2006 den Gemeindeversammlungsbeschluss vom 12. Februar 2006 auf, da die im Vordergrund stehende Beschaffung von Bauten und Anlagen der öffentlichen Infrastruktur das Projekt ausschreibungspflichtig mache (VGE 817/06). Die Zusammenarbeit von Gemeinwesen und Privaten zwecks Finanzierung, Bau, Sanierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder zwecks Bereitstellung einer Dienstleistung ("Public Private Partnership", "PPP") sei grundsätzlich zulässig. Die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand könne jedoch vorliegend nicht nach freiem Ermessen in einem freihändigen Verfahren erfolgen. Dieser Entscheid blieb unangefochten.

Der Gemeinderat Galgenen, vertreten durch die Y. GmbH, veröffentlichte daraufhin im Amtsblatt eine "öffentliche Investorenausschreibung / Tischmacherhof, Galgenen" für einen "Investitions- und Realisierungsauftrag" im offenen Verfahren. Die Ausschreibung entsprach im Wesentlichen dem ursprünglichen Projekt. Zugleich wurde von der Y. GmbH als Auftraggeberin im Sinne eines offenen Präqualifikationsverfahrens bereits der Totalunternehmerauftrag für das Projekt Tischmacherhof ausgeschrieben, mit dem Hinweis, dass das Vorhaben nicht ausschreibungspflichtig sei. Der auszuwählende Totalunternehmer hätte "im Auftrag des Investors" die erwähnten privaten und öffentlichen Bauten zu erstellen.

Der Generalunternehmer X. erhob am 15. Januar 2007 gegen die neue Ausschreibung beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde. Mit Urteil vom 6. März 2007 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde im Sinne der Erwägungen ab, soweit es darauf eintrat. Es verwarf den Einwand des Beschwerdeführers, wonach der Totalunternehmerauftrag zu Unrecht nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt werde. Wenn, wie vorliegend, der "PPP-Partner" in einem dem Vergaberecht unterstellten Verfahren bestimmt werde, müssten allfällige Aufträge des PPP-Partners nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben werden. Dies setze allerdings voraus, dass das Gemeinwesen die Vergaben des PPP-Partners nicht massgeblich beeinflusse.

Es gelte das Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung, welches in der Praxis auch bei Total- oder Generalunternehmer-Vergaben zur Anwendung gelange, wobei dort sicherzustellen sei, dass die Subunternehmer zur Einhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen sowie zur Gleichbehandlung von Mann und Frau verpflichtet würden. Vorliegend werde das Verhältnis zwischen der Investorenausschreibung und der Totalunternehmerausschreibung in der öffentlichen Ausschreibung nur "marginal" umschrieben. Eine Verpflichtung des ausgewählten Investors in Bezug auf die gleichzeitig laufende freihändige Präqualifikation des Totalunternehmers sei nicht erkennbar. Aus der gemäss dem PPP-Konzept erforderlichen Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des nach öffentlichem Vergaberecht ausgewählten Investors und dem Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung ergebe sich, dass allfällige Folgeaufträge des Investors nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterständen. Dass die gleichzeitige Ausschreibung des Totalunternehmerauftrages verwirrend sei und Bewerber möglicherweise im falschen Glauben lasse, das Präqualifikationsergebnis sei vom Investor zu beachten, ändere nichts. Auch sei es vom Ausschreibungsgegenstand her vertretbar, durch eine relativ offene Ausschreibung das Know-how und die Kreativität der Anbieter zu beanspruchen.

X. führt mit Eingabe vom 7. April 2007 gegen diesen Entscheid des Verwaltungsgerichts beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C_116/2007), im Wesentlichen mit dem Begehren, das angefochtene Urteil aufzuheben. Ebenso erhebt X. mit Eingabe vom 13. August 2007 auch gegen eine nachträgliche Revision der Investorenausschreibung Beschwerde, auf welche im Rahmen dieser Besprechung nicht eingegangen werden soll (Verfahren 2C_396/2007).

Zusammenfassung der Erwägungen:

Das Bundesgericht hat die beiden Beschwerden aufgrund ihres engen sachlichen und prozessualen Zusammenhangs vereinigt (Art. 71 BGG i.V. mit Art. 24 BZP). Auf beide Beschwerden trat das Bundesgericht nicht ein, weil sich nach dem vorliegenden Verfahrensstand keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mehr stelle (Art. 83 lit. f BGG). Die sich aus dem Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung ergebenden rechtlichen Konsequenzen seien durch den unangefochten gebliebenen, ersten Verwaltungsgerichtsentscheid vom 29. August 2006 für die Parteien verbindlich vorentschieden.

Bei den angefochtenen beiden Urteilen handelt es sich um Zwischenentscheide, welche nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG angefochten werden können. Aufgrund des ohnehin vorliegenden Nichteintretensgrundes hat sich das Bundesgericht mit den Voraussetzungen von Art. 93 BGG nicht weiter befasst.

Art. 83 lit. f BGG schliesst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aus gegen Entscheide über öffentliche Beschaffungen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) oder gemäss dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht (Ziff. 1) sowie wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Diese beiden Voraussetzungen müssten kumulativ erfüllt sein, damit das Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist (BGE 133 II 396, 398, E. 2.1).

Die Voraussetzung des Vorliegens einer "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" ist nach Ansicht des Bundesgerichts restriktiv zu handhaben, analog zur Beschwerde in Zivilsachen (BGE 133 III 493, 494 f., E.1.1). Bei Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsmittels der Beschwerde in öffent-

lich-rechtlichen Angelegenheiten stehe bei kantonalen Submissionen immer noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung; bei Vergaben durch Bundesorgane könne das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz angerufen werden kann (Art. 27 Abs. 1 BoeB). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liege nicht nur deshalb vor, weil die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde. Es müsse sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG sei in der Beschwerdeschrift darzutun, inwiefern die Voraussetzung des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erfüllt ist, widrigenfalls auf das Rechtsmittel nicht eingetreten werde (BGE 133 II 396, 398 f., E. 2.2; vgl. auch BGE 133 III 439, 442, E. 2.2.2.1).

Nach Ansicht des Beschwerdeführers bestünde eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darin, ob bei der Vergabe von Arbeiten im Rahmen eines "Public Private Partnership" auch dann lediglich der Investor öffentlich ausgeschrieben werden müsse, wenn in dieser Investorenausschreibung keine Anforderungen bezüglich Ausführung der Bauten gestellt würden. Von grundsätzlicher Bedeutung sei sodann die Frage, ob und wie ein Gemeinwesen einen der Investorenwahl folgenden Totalunternehmerauftrag ausschreiben darf. Ebenfalls von grundsätzlicher Bedeutung sei die Rechtsfrage, ob es zulässig sei, eine Ausschreibung an ein Zuschlagskriterium – Erwerb von Bauland für private Bauten – zu knüpfen, welches mit dem öffentlich ausgeschriebenen Bau- oder Dienstleistungsauftrag nicht direkt zusammenhänge.

Das Bundesgericht erachtete als von grundsätzlicher Bedeutung, ob und wieweit Verträge über öffentliche Beschaffungen, in denen ein privater Partner zugleich als Abnehmer von nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallenden Sachleistungen des Gemeinwesens auftritt, überhaupt dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen. Diese Frage sei vorliegend jedoch durch das unangefochten gebliebene Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 29. August 2006 vorentschieden. Demgemäss sei der Investor für das gesamte Vorhaben – d.h. nicht nur für die von ihm zu erstellenden öffentlichen Bauten, sondern auch für die vorgesehene Abtretung von Bauland zwecks Erstellung privater Wohnungen und Geschäftsräume – gestützt auf eine Ausschreibung zu bestimmen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts stelle sodann klar, dass der vom Investor beizuziehende Totalunternehmer nicht ebenfalls aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung durch die Gemeinde ausgewählt wird, sondern – unabhängig vom Ergebnis des seitens der Vergabebehörde eingeleiteten informellen Präqualifikationsverfahrens – autonom vom Investor zu bestimmen ist, welcher für die Kosten einzustehen hat (Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung). Es stellten sich daher keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung mehr. Schliesslich hingen auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der für die Auswahl des Investors heranzuziehenden Kriterien stark von den Umständen des konkreten Geschäftes ab. Dieses sei vorliegend zu einem grossen Teil durch Faktoren mitgeprägt, welche ausserhalb des Geltungsbereiches des öffentlichen Beschaffungsrechtes liegen (Veräusserung von Bauland zwecks Erstellung privater Wohnungen und Geschäftsräume), und zudem einem anschliessenden, von subjektiven Wertungen mitbeeinflussten politischen Entscheid unterworfen (Zustimmung der Gemeindebürger). Dies lasse für eine entsprechende Offenheit der Zuschlagskriterien Raum. Auf die erste Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sei daher nicht einzutreten.

Betreffend die zweite Beschwerde erblickte das Bundesgericht keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darin, ob festgestellte Fehler einer Ausschreibung zu einer Neuausschreibung führen müssen oder unter gewissen Voraussetzungen im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens korrigiert werden können. Dies entspreche vielmehr einem Gebot der Praxis. Gewisse Bedenken erweckte beim Bundesgericht, dass nicht nur die am Verfahren bereits beteiligten Bewerber, sondern auch potentiell interessierte Dritte durch Zusendung der korrigierten Unterlagen nachträglich

noch die Möglichkeit der Einreichung einer Offerte erhalten haben. Eine Anfechtungsmöglichkeit im jetzigen Verfahrensstadium dränge sich aber nicht auf. Es stelle sich damit auch in Bezug auf das zweite angefochtene Urteil (noch) keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

Sodann prüfte das Bundesgericht, ob auf die Beschwerden als subsidiäre Verfassungsbeschwerden gemäss Art. 113 ff. BGG eingetreten werden kann. Die Eingaben könnten ungeachtet ihrer anderslautenden Bezeichnung als solche entgegengenommen werden, falls sie die formellen Anforderungen erfüllen (vgl. BGE 133 II 396, 398 f., E. 3.1; BGE 131 I 291, 296, E. 1.3). Mit der Verfassungsbeschwerde könnten einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Der Beschwerdeführer habe jedoch ausschliesslich Verletzungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sowie des GATT/WTO-Abkommens und des bilateralen Abkommens gerügt. Nach dem für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde geltenden strengen Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG) falle daher eine Entgegennahme der Eingaben als subsidiäre Verfassungsbeschwerden ausser Betracht.

Bemerkungen:

Unter der Herrschaft des Bundesrechtspflegegesetzes waren Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen endgültig (Art. 100 Abs. 1 lit. x aOG); sodann war eine Überprüfung des Bundesgerichts bei kantonalen Beschaffungsentscheiden nur im beschränkten Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde möglich. Mit Inkrafttreten des BGG hätte das Bundesgericht nun erstmals die Möglichkeit, eine einheitliche Anwendung des Beschaffungsrechts auf Bundes- und Kantonsebene voranzutreiben. Dennoch soll die Voraussetzung des Vorliegens einer "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" nach Ansicht des Bundesgerichts restriktiv gehandhabt werden (Bestätigung von BGE 133 II 396; vgl. dazu auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyn Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2007, 358 ff.). Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wird damit gleich der Beschwerde in Zivilsachen (BGE 133 III 493, 494 f., E.1.1 zur Auslegung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) und wahrscheinlich auch der allgemeinen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 85 Abs. 2 BGG) gehandhabt (vgl. auch Thomas Häberli, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wyprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zu Art. 83 BGG*, Basel 2007, N 156 f.; Martin Beyeler, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht, in: *Jusletter* 7. Januar 2008, N 28 f.). Das Bundesgericht hat die Anreize zur Erhebung einer Beschwerde noch weiter vermindert, indem es dem Beschwerdeführer in Abweichung von der in Art. 68 Abs. 3 BGG geltenden Regel die Pflicht zur Leistung einer Parteientschädigung auferlegt hat. Die Rechtsfortbildung in diesem Bereich wird also auch nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes durch die kantonalen Verwaltungsgerichte und das Bundesverwaltungsgericht relativ unkoordiniert erfolgen.

Submissionsvorschriften sollen eine gleichberechtigte Teilnahme von Unternehmen bei Einkäufen des Staates garantieren. Ein fairer, gleichberechtigter Wettbewerb unter den Anbietern bietet am ehesten Gewähr für einen wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel. Ob die komplizierten und wenig überschaubaren Beschaffungsregeln zu diesem Ziel beitragen, ist allerdings fraglich. Eine Revision des Beschaffungsrechts ist denn auch – allerdings schon seit geraumer Zeit – in Vorbereitung. Die vorliegend besprochene, erste Beschwerde vom 7. April 2007 hätte dem Bundesgericht Gelegenheit gegeben, zu einigen grundsätzlichen Fragen im Bereich PPPs im Beschaffungsrecht Stellung zu nehmen. Nach Ansicht der Autoren hätte es an Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung an sich nicht gemangelt. Entscheidend für das Bundesgericht war, dass die Fragen von grundsätzlicher Bedeutung im Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 29. August 2006 schon entschieden waren. Dass diese damit auch für das Bundesgericht generell schon verbindlich sein sollten, ist nicht per se anzunehmen, da es sich beim damaligen Urteil wohl um ein Zwischenurteil gehandelt hat (dazu

Martin Beyeler, a.a.O., N 34). Zudem hat das Verwaltungsgericht vom Investor allenfalls einzuhaltende Vorgaben für dessen Beschaffungen damals explizit offen gelassen (E. 4.4). Im vorliegenden Verfahren – einen weiteren Zwischenentscheid betreffend – durfte sich das Bundesgericht aber wohl zu Recht nicht mehr näher mit diesen Fragen näher befassen. Dennoch scheint gerechtfertigt, auch einige Bemerkungen zu den obiter dicta des Bundesgerichts zu öffentlich-privaten Zusammenarbeitsformen anzubringen.

Die Beschaffungsregeln sind auf die Zentralverwaltung zugeschnitten. Diese muss einen (entgeltlichen) Einkauf von Gütern und Dienstleistungen bei einem privaten Unternehmen ausschreiben (grundlegend zum Begriff BGE 125 I 209, 212 f., E. 6.b). Anspruch am Vergabeverfahren teilzunehmen haben Private dann nicht, wenn Güter und Dienstleistungen durch die Zentralverwaltung oder ihre organisatorisch eingebundenen Betriebe selbst erstellt werden (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 5. April 2006 zur Eigenerstellung von Särgen, VB.2006.145; ferner Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren, in: BR Sonderheft 2006, 28 f.).

Die anwendbaren Erlasse – GPA, sektorielles Abkommen, BoeB, IVoeB, etc. – regeln neue Formen öffentlich-privater Zusammenarbeit kaum. Der Begriff der PPP selbst ist ebenfalls noch weitgehend offen und umfasst vielfältigste Formen öffentlich-privater Zusammenarbeit, sei es im Rahmen einer neuen Gesellschaft, durch Vertragsschluss oder durch Verleihung einer Konzession (für eine Begriffsdefinition vgl. Bolz, Public Private Partnership (PPP) in der Schweiz, in ZBl 105 (2004), 567 ff.; Ders., Public Private Partnership in der Schweiz, Zürich 2005, 13 ff.). Zunächst bestehen Unklarheiten, in welchen Fällen (ganz oder teilweise) Auslagerungen an dezentrale Verwaltungseinheiten im Rahmen von PPP dem Submissionsrecht unterstehen. Ebenso ungeregt ist, wie die Beschaffungen dieser nachgelagerten PPP-Einheiten durchzuführen sind (Schneider Heusi/Jost, a.a.O., 29; als "Kardinalfrage" bezeichnete dies Urs Bolz, a.a.O., 573 f.).

Die Konkretisierung der Beschaffungsregeln im Bereich der PPPs ist bisher vor allem durch die Kantone erfolgt. Dabei steht häufig die Frage im Zentrum, ob und inwieweit das Gemeinwesen den Beizug von Partnern bei Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben ausschreiben muss. Das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt hat in seinem Entscheid vom 2. Juli 1999 die Übertragung der öffentlichen Aufgabe "Kehrichtentsorgung" durch die Gemeinde Savigny an die Gemeinde Lausanne mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht als "öffentliche Beschaffung" angesehen (GE 98/178). Die entgeltliche Auslagerung derselben Aufgabe an ein privates Unternehmen wäre dagegen auszuschreiben. Konsequenterweise würden gemäss diesem Urteil alle Auslagerungen an andere staatliche Stellen, auch Auslagerungen an Gemeindeverbände (Zweckverbände), nicht den Beschaffungsregeln unterstehen. Diese Auffassung ist vor dem Hintergrund der Organisationsfreiheit der Verwaltung nicht zu beanstanden, solange die Beschaffungen dieser neuen öffentlichen Aufgabenträger dem Submissionsrecht unterstehen.

Das Verwaltungsgerichts Schwyz hat am 29. August 2006 entschieden, dass die Aufgabenauslagerung im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft in Vertragsform (Suche eines Investors zum Bau und Betrieb u.a. eines Schulhauses) öffentlich ausgeschrieben werden muss. Die auch dem hier besprochenen Urteil zugrunde liegende Beschaffung von öffentlichen Bauten mit Hilfe eines privaten Partners, kombiniert mit einer mietvertraglich geregelten Abzahlungsvereinbarung und späterem Heimfall, liegt klar im Bereich der den Beschaffungsregeln zu unterstellenden Geschäfte. Dass Mietverträge (über bestehende Bauten) vom Beschaffungsrecht nicht erfasst sind (Anhang I Annex 4 N 3 GPA/Verpflichtungsliste Schweiz), vermag an der Unterstellung hier nichts zu ändern. Auch auf Bundesebene hatte das BAFU bei der Auswahl eines Partners für Batterierecycling – eine Staatsaufgabe gemäss Anhang 2.15 ChemRRV – das Submissionsrecht zu beachten (Entscheid der

Rekurskommission vom 3. September 1999, VPB 64.30). Dagegen hat die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen in ihrem Entscheid vom 30. November 2004 die Suche der SBB AG nach einem privaten Partner zum Anbieten eines öffentlichen kabellosen Internetzugangs (PWLAN) nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt, weil die SBB AG nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen aufträte (VPB 69.32, E. 1.b.bb).

Nicht gerichtlich entschieden wurde bisher offenbar, in welchen Fällen die Auftragsvergabe (oder Auslagerung einer Aufgabe) an eine vom Gemeinwesen beherrschte, privatrechtlich organisierte Gesellschaft ausgeschrieben werden muss (dazu auch Wolfgang Straub, Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht, in: AJP/PJA 2005, 1338; Alexander Rey/Benjamin Wittwer, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP/PJA 2007, 589; Schneider Heusi/Jost, a.a.O., 29 f.). Weitgehend ungeklärt ist auch, ob das Gemeinwesen alle Anteile einer solchen beherrschten Gesellschaft halten müsste oder ob sich auch ein privater Partner an der Gesellschaft beteiligen könnte. Vor dem Hintergrund des Zwecks des Beschaffungsrechts – vor allem der Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung aller Anbieter – sollte die oben erwähnte Rechtsprechung zu vertraglichen Kooperationen zumindest im Grundsatz – ungeachtet eines allfällig vom Gemeinwesen bezahlten Entgelts – bei allen Formen von öffentlich-privaten Partnerschaften Anwendung finden (also auch, allenfalls vereinfacht, bei der Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sowie der Vergabe von Dienstleistungs- und Baukonzessionen). Ansonsten hätten es die Gemeinwesen in der Hand, durch die Gründung von privatrechtlichen Aufgabenträgern die Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen auszuschalten bzw. zu umgehen.

Ist ein privater Partner in einem dem Vergaberecht unterstehenden Verfahren ausgewählt worden, so stellt sich die Frage, ob dieser Partner weitere Aufträge an Subunternehmer wiederum nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben muss. Das vorinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 6. März 2007 hat dies klar verneint und sich damit zum Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung bekannt. Dieses Prinzip solle jedenfalls solange gelten, als sich das Gemeinwesen in die Vergaben des privaten Partners nicht mehr einmischte. Immerhin soll auch der private Partner gewisse Prinzipien des Beschaffungsrechts hochhalten müssen (z.B. Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Arbeitsbedingungen; vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 8. Mai 1996, in: BR 1997, 123, Nr. 307). In der Praxis scheint sich das Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung durchzusetzen. Das Bundesgericht hat sich freilich aufgrund seines Nichteintretensentscheids nun nicht dazu bekannt (vgl. obiter dicta in E. 4.2, vgl. ferner Schneider Heusi/Jost, a.a.O., 33). Die Verfahrenseffizienz spricht sicher stark für eine Einmaligkeit der Ausschreibung.

Im Bereich der Beteiligung Privater an – in vorliegendem Urteil nicht in Frage stehenden – "klassischen" Staatsaufgaben findet das Beschaffungsrecht bei Auftragsvergaben dieser Aufgabenträger in der Regel Anwendung (Schneider Heusi/Jost, a.a.O., 30). Dies scheint umso mehr angebracht, als die betreffenden Aufgabenträger nicht in einem formalisierten Verfahren ausgewählt worden sind. Das Verwaltungsgericht Zürich hat entschieden, dass die privatrechtlich organisierte Erdgas Zürich AG wegen der Beherrschungsverhältnisse und der Art der wahrgenommenen Aufgabe die Beschaffungsregeln befolgen muss (VB.2000.00403). Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat eine als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisierte Abwasserreinigungsanlage (BE.2001.00173) sowie ein als einfache Gesellschaft organisiertes Konsortium Sondermülldeponie (BE.97.00365) dem Submissionsrecht unterstellt. Ebenso hat das Verwaltungsgericht St. Gallen bei einem als Verein organisierten Abfallsammeldienst entschieden (SGGVP 2001, 58). Massgebende Kriterien für die Unterstellung eines Aufgabenträgers unter das Beschaffungsrecht sind die Beherrschungsver-

hältnisse, der Charakter der wahrgenommenen Tätigkeit, sowie die Art der Finanzierung. Berücksichtigt wird in der Regel auch, dass die betreffende Aufgabe nicht im Wettbewerb erbracht wird. Es sind demnach auch öffentliche Unternehmungen mit privatrechtlicher Struktur sowie gemischt-wirtschaftliche Unternehmungen hinsichtlich ihrer Auftragsvergaben dem Beschaffungsrecht zu unterstellen, wenn sie in personeller oder finanzieller Hinsicht massgeblich von der öffentlichen Hand beherrscht werden, und wenn sie nicht in Konkurrenz zu (privaten) Dritten agieren. Diese funktionale Betrachtungsweise der öffentlichen Aufgabenträger ist zu begrüßen, bleibt jedoch notwendigerweise unscharf und wäre namentlich im Bereich von Hilfsdienstleistungen (z.B. eine ausgelagerte Informatikabteilung oder eine Wäschereiabteilung) zu präzisieren.

In der Europäischen Union wird die Vergabepflicht bei Beizug von privaten (und öffentlichen) Partnern nach eher formalistischen Kriterien beurteilt. Der Europäische Gerichtshof unterstellt Beschaffungsgeschäfte des Gemeinwesens mit einer rechtlich eigenständigen juristischen Person, z.B. auch einem Gemeindeverband, der Ausschreibungspflicht. Dies gilt in Abweichung zur Schweizer Rechtslage selbst dann, wenn dieses Unternehmen seine Beschaffungen ebenfalls ausschreiben muss (Teckal Srl v. Gemeinde Viano, Rs. C-107/98 vom 18. November 1999). Kooperationsverträge zwischen staatlichen Stellen dürfen daher nicht generell von den Beschaffungsregeln ausgenommen werden (Königreich Spanien v. Kommission, Rs. C-71/92 vom 17. November 1993). Eine nicht ausschreibungspflichtige in-house Vergabe liegt nur dann vor, wenn das Unternehmen vom Gemeinwesen ähnlich wie die Zentralverwaltung kontrolliert wird und den Grossteil seiner Geschäfte mit dem kontrollierenden Gemeinwesen abwickelt (Carbotermo SpA v. Comune di Busto Arsizio, Rs. C-340/04 vom 11. Mai 2006). Bei einem autonomen Gemeindebetrieb ist eine Auslagerung aus Gründen der Gleichbehandlung selbst dann öffentlich auszuschreiben, wenn der Betrieb kein Entgelt erhält und formal eine der RL 2004/18/EG nicht unterstehende Dienstleistungskonzession vorliegt (Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen, Rs. C-458/03 vom 13. Oktober 2005). Nur die vollständige Delegation der Aufgabenerfüllung an eine öffentliche Einrichtung unter Abgabe sämtlicher Kontroll- und Eingriffsrechte dürfte von den Beschaffungsregeln ausgenommen sein (Kommission v. Gemeinde Hinte, Verfahren eingestellt; dazu auch Schneider Heusi/Jost, a.a.O., 30). Eine private Beteiligung an der Ausführung einer öffentlichen Aufgabe (z.B. in einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung) schliesst eine Befreiung von den Beschaffungsregeln vornehmerein aus (Kommission v. Republik Österreich, Rs. C-29/04 vom 10. November 2005; Stadt Halle v. ARGE TREA Leuna, Rs. C-26/03 vom 11. Januar 2005). Damit verfolgt das europäische Recht einen wesentlich strengeren Ansatz.

Beschaffungsstellen sollten frei bleiben, Kooperationen einzugehen oder Aufgaben an privatrechtlich organisierte Körperschaften auszulagern. Diese Organisationsfreiheit darf das Submissionsrecht aber nicht aushebeln. Die Auswahl eines privaten Partners in vertraglichen Kooperationen und die Beteiligungen von Privaten an (privatrechtlich organisierten) Aufgabenträgern muss zumindest die zentralen Grundsätze des Vergaberechts – die Gleichbehandlung der Anbieter – wahren. Erfolgt die Auswahl eines privaten Partners zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung nur mittels einer vereinfachten Ausschreibung, so muss der neue Aufgabenträger bei seinen Beschaffungen das Submissionsrecht befolgen. Das Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung kann nur dann zur Anwendung gelangen, wenn schon die Auswahl eines privaten Partners gemäss den Beschaffungsregeln erfolgt ist (de lege ferenda z.B. unter Verwendung eines wettbewerblichen Dialogs analog Art. 29 RL 2004/18/EG) und wenn sich das Gemeinwesen nicht mehr massgeblich in die Entscheide des privaten Partners einmischt. Dadurch wird im Sinne einer funktionalen Betrachtung sichergestellt, dass Beschaffungen, die direkt oder indirekt durch die öffentliche Hand erfolgen, zumindest auf einer Stufe dem Submissionsrecht unterstellt werden. Aufgrund der anhaltend dünnen Praxis ist es wohl Aufgabe des Gesetzgebers, entsprechende Schlupflöcher in der laufenden Revision des Beschaffungsrechts zu schliessen und die Grundsätze öffentlich-privater Partnerschaften zu regeln.