

Stadt Bern

Direktion für Bildung, Soziales und Sport BSS

## Vergaberechtliche Fragen zum Catering für Tagesschulen, Kindertagesstätten und Tagesstätten für Schulkinder (Tagi)

Vergaberechtliche Rahmenbedingungen und Überlegungen zur Ausschreibung eines  
künftigen Auftrags nach dem laufenden Pilotversuch

Bern, 3. Juli 2015

Ueli Friederich

Hinweis: Eilige Leserinnen und Leser finden unter Ziffer 7 (S. 27 f.) knappe zusammenfassende Antworten auf die gestellten Fragen. Anmerkungen und Vorschläge zu einer konkreten Ausschreibung finden sich unter Ziffer 8 (S. 29 f.) sowie im beiliegenden Dokument „Ausschreibungsverfahren“ vom 4. Mai 2014

## Inhalt

1	Ausgangslage und Fragestellung .....	2
1.1	Ausgangslage .....	2
1.2	Fragestellung .....	2
1.3	Zu diesem Papier .....	3
2	Rechtsgrundlagen.....	4
3	Anwendbarkeit des Vergaberechts.....	5
3.1	Allgemeines / Prüfschema .....	5
3.2	Objektiver Geltungsbereich.....	5
3.2.1	Unterstellung „aller Arten von öffentlichen Aufträgen“ .....	5
3.2.2	Kein öffentlicher Auftrag: Leistungsbezug „inhouse“ .....	7
3.2.3	„Quasi-inhouse-Vergabe“.....	7
3.3	Anwendbares Vergabeverfahren .....	11
3.4	Möglichkeit einer Freihandvergabe nach Art. 7 Abs. 3 ÖBV.....	12
3.5	Folgerungen.....	14
4	Umfang der Beschaffung .....	15
4.1	Gemeindeaufgaben und administrative Hilfstätigkeit.....	15
4.2	Freiheit der Stadt in Bezug auf den „Make-or-buy“-Entscheid .....	15
4.3	Folgerungen.....	16
5	Umschreibung / Spezifikation des Beschaffungsgegenstands .....	17
5.1	Grundsatz: Freiheit der Vergabestelle .....	17
5.2	Insbesondere: Anforderungen an die Qualität von Lebensmitteln .....	17
5.3	Problematik „vergabefremder“ Kriterien .....	18
5.4	Vergaberechtliches Diskriminierungsverbot.....	20
5.5	Folgerungen.....	21
5.5.1	Allgemeines .....	21
5.5.2	Anforderungen an die Qualität der verwendeten Lebensmittel .....	21
5.5.3	Beschränkung auf Produkte aus der Region? .....	21
5.5.4	Zubereitung der Mahlzeiten vor Ort .....	22
6	Aufteilung des Auftrags in Lose .....	23
6.1	Zulässigkeit von Losen .....	23
6.2	Verbot missbräuchlicher Aufteilung .....	23
6.3	Beschränkung der Anzahl Lose für einen bestimmten Anbieter? .....	23
6.4	Folgerungen.....	25
7	Zusammenfassende Beantwortung der Fragen .....	27
8	Hinweise zur Ausschreibung und zu den Ausschreibungsunterlagen .....	29
8.1	Pflichtenheft vom 4. Mai 2014.....	29
8.2	Künftige Ausschreibung .....	29

# 1 Ausgangslage und Fragestellung

## 1.1 Ausgangslage

- 1 Die Stadt Bern schrieb am 18. Juni 2014 den Auftrag „Catering für Tagesschulen/Kita/Tagi“ im Sinn eines Pilotversuchs als Dienstleistungsvertrag im offenen Verfahren im Rahmen eines Pilotversuchs aus. Eine Aufteilung in Lose war nicht vorgesehen. Der Auftrag wurde für die Dauer eines Jahres ausgeschrieben, mit der Option auf Verlängerung um maximal vier weitere Jahre.
- 2 Mit Verfügung vom 8. März 2015 erteilte die Stadt der Firma Menu and More AG, Zürich den Zuschlag. Die Zuschlagsverfügung ist nicht angefochten worden und in Rechtskraft erwachsen. Dementsprechend hat die Stadt mit der Firma Menu and More AG den vorgesehenen Vertrag abgeschlossen. Die Firma Menu & More liefert gestützt auf diesen Vertrag heute wöchentlich rund 2000 Mahlzeiten an Kindertagesstätten, Tagesstätten und Tagesschulen der Stadt Bern, welche die Mahlzeiten bereits bisher durch ein externes Catering besorgt haben. Sie stellt die Mahlzeiten im sog. Cook & Chill-Verfahren her (Kaltanlieferung).
- 3 Der Pilotversuch mit Menu & More soll dem Gemeinderat Entscheidungsgrundlagen für die Frage liefern, wie die Mahlzeiten in den städtischen familienergänzenden Einrichtungen in Zukunft hergestellt werden sollen (eigene Produktionsküchen, zentrales oder dezentrales Catering durch die Stadt selbst oder Dritte, allenfalls Kombination). Zwingende Rahmenbedingungen für die künftige Lösung sind die Qualität des Essens, die Nachhaltigkeit, die Wirtschaftlichkeit sowie die Akzeptanz bei den städtischen Stellen und Einrichtungen, den Betroffenen, der Öffentlichkeit und der Politik. Das künftige Modell soll überdies nach Möglichkeit soziale Arbeitsplätze im Kompetenzzentrum Integration und im Kompetenzzentrum Arbeit schaffen, interne Ressourcen und Infrastrukturen sowie bestehende (Leistungsvertrags-)Partnerschaften optimal ausnützen und lokale oder regionale Lösungen fördern.
- 4 In Politik und Öffentlichkeit ist die Vergabe des Auftrags für den Pilotversuch an eine Zürcher Firma kritisiert worden. Im Stadtrat sind dazu verschiedene Vorstösse eingereicht worden, so die dringliche Motion Henri Beuchat „Erhalt der Tagesschul- und Kita-Küchen in der Stadt Bern“, das dringliche Postulat Fraktion GFL/EVP „Verankerung der bestehenden Produktionsküchen von Tagesschulen in den Schulalltag“, die interfraktionelle Interpellation GFL/EVP, SP „Catering für Tagesschulen und Tagesstätten: Neue Wege andenken“, die Motion Fraktion GB/JA! „Mahlzeiten 1: Cateringlieferungs-firma mit Ausbildungsplätzen für erwerbslose Ausländerinnen“, das Postulat Fraktion GB/JA! „Mahlzeiten 2: Lokal essen in Berner Kinderbetreuung“ und die Motion Fraktion GB/JA! „Mahlzeiten 3: Lustvoller und gesunder Umgang mit Essen in Berner Kitas“.

## 1.2 Fragestellung

- 5 An der Besprechung mit dem Generalsekretär der Direktion für Bildung, Soziales und Sport (BSS) und der Leiterin des Schulamts vom 2. Juni 2015 sind verschiedene Optionen für künftige Lösungen andiskutiert worden. In diesem Zusammenhang interessieren namentlich folgende Fragen:
  1. Besteht die Möglichkeit, dass städtische Stellen gewisse Leistungen im Zusammenhang mit dem Catering selbst erbringen und die Stadt nur die benötigten weiteren Leistungen mittels einer öffentlichen Beschaffung von Dritten „einkauft“?
  2. Besteht die Möglichkeit, den Auftrag ohne förmliches Vergabeverfahren an eine stadtnahe Organisation, evtl. an eine eigens dafür gegründete Organisation, zu vergeben? Unter welchen Voraussetzungen gegebenenfalls?

3. Sind in einem Vergabeverfahren Vorgaben in dem Sinn zulässig, dass die Mahlzeiten in Bern vor Ort zubereitet werden müssen und dafür nur bestimmte Produkte (z.B. biologische Lebensmittel, lokale Produktion) verwendet werden dürfen?
  4. Kann der Auftrag in mehrere Lose, z.B. für einzelne Standorte, aufgeteilt werden? Wäre die Vorgabe zulässig, dass ein Anbieter lediglich den Zuschlag für ein einziges Los erhalten kann?
- 6 Ich bin am 2. Juni 2015 ersucht worden, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen und anhand konkreter Hinweise und Vorschläge für eine künftige Ausschreibung, ausgehend von der Ausschreibung vom 18. Juni 2014, darzulegen, welche einschränkende Vorgaben mit vertretbarem rechtlichen Risiko in eine künftige Ausschreibung aufgenommen werden können.

### **1.3 Zu diesem Papier**

- 7 Zur Beantwortung dieser Fragen werden im Folgenden zunächst kurz die massgebenden Rechtsgrundlagen dargestellt (nachfolgende Ziffer 2). Anschliessend wird geprüft, ob das Vergaberecht grundsätzlich in allen Fällen (mit Einschluss einer so genannten „Quasi-inhouse-Vergabe“ an eine der Stadt Bern nahe stehenden Organisation) Anwendung findet (nachfolgende Ziffer 3). Es folgen Überlegungen zur Freiheit der Stadt in Bezug auf den Umfang der Beschaffung (nachfolgende Ziffer 4), die konkrete Umschreibung / Spezifikation des Beschaffungsgegenstandes (nachfolgende Ziffer 5) und die Bildung von Losen (nachfolgende Ziffer 6), je mit Folgerungen für die konkrete hier interessierende Situation. Im Anschluss an diese Überlegungen werden die gestellten Fragen in konzentrierter Form beantwortet (nachfolgende Ziffer 7). Zu den Ausschreibungsunterlagen vom 4. Mai 2014 und zum möglichen Änderungen einer neuen Ausschreibung finden sich Hinweise in der abschliessenden Ziffer 8 und im Anhang zu diesem Papier.
- 8 Die vorliegende Beurteilung erfolgt ausschliesslich aus (vergabe-)rechtlicher Sicht. Die Frage, ob und inwieweit gegebenenfalls für den „richtigen“ Entscheid andere Überlegungen ausschlaggebend sein können, ist nicht Gegenstand der Überlegungen.

## 2 Rechtsgrundlagen

- 9 Auf öffentliche Aufträge der Stadt Bern finden in erster Linie das kantonale Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)<sup>1</sup> und die Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV)<sup>2</sup> Anwendung, ebenso die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB)<sup>3</sup> sowie je nach Auftragswert das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA)<sup>4</sup> und das bilaterale Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (bilaterales Abkommen).<sup>5</sup>
- 10 Neben dem eigentlichen Vergaberecht gelten für öffentliche Beschaffungen weitere, allgemeinere Regelungen wie namentlich das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM),<sup>6</sup> das gewissermassen einen „beschaffungsrechtlichen minimal standard“ statuiert.<sup>7</sup> Zu beachten sind darüber hinaus allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)<sup>8</sup> und der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV)<sup>9</sup>. Das Verfahren richtet sich weitgehend nach dem Gesetze vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG)<sup>10</sup>. Das eidgenössische Vergaberecht gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)<sup>11</sup> und der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)<sup>12</sup> findet zwar auf Beschaffungen im Kanton Bern nicht (direkt) Anwendung, wird aber immerhin gelegentlich zur Auslegung der kantonalen Bestimmungen herangezogen (systematische Auslegung).
- 11 Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Fall somit ein ganzes „Konglomerat“ von Rechtsgrundlagen auf kantonaler, interkantonomer, eidgenössischer und internationaler Ebene, das auch schon als „historisch gewachsenes Flickwerk“ bezeichnet worden ist.<sup>13</sup> Zu beachten ist, dass „überkantonale“ Vorgaben wie namentlich die IVöB,<sup>14</sup> aber auch das GATT/WTO-Übereinkommen und das bilaterale Abkommen mit der EU, jeweils nur einen verbindlichen minimal standard statuieren und weitergehende kantonale Regelungen nicht ausschliessen. Für öffentliche Beschaffungen im Kanton Bern ist dementsprechend stets die weiter gehende bzw. strengere Regelung massgebend.

---

1 BSG 731.2.

2 BSG 731.21.

3 BSG 731.2.

4 SR 0.632.231.422.

5 SR 0.172.052.68.

6 SR 943.02.

7 So CHRISTIAN BOCK, Öffentliches Beschaffungsrecht – Submissionsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 223.

8 SR 101.

9 BSG 101.1.

10 BSG 155.21.

11 SR 172.056.1.

12 SR 172.056.11.

13 MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 461 ff., 479 N 7.

14 Vgl. insbesondere zum Verhältnis zwischen interkantonalem und kantonalem Recht BGE 100 Ia 418 E. 4 S. 423: „Nach allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen geht das Konkordatsrecht, als gemeinsam vereinbartes Recht, dem Recht jedes einzelnen der am Konkordat teilnehmenden Kantone vor, ähnlich wie völkerrechtliche Verträge dem Landesrecht vorgehen.“ Dazu auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 25 N 2. Zur Praxis im Kanton Bern z.B. Urteil des Verwaltungsgerichts 22857/22858 vom 8. November 2007, E. 4.3 und 4.4.

### 3 Anwendbarkeit des Vergaberechts

#### 3.1 Allgemeines / Prüfschema

- 12 Ob der hier interessierende Catering-Auftrag dem Recht über öffentliche Beschaffungen bzw. dem Vergaberecht<sup>15</sup> untersteht, richtet sich in erster Linie nach dem subjektiven und objektiven Geltungsbereich des Vergaberechts und zusätzlich nach der Frage, ob im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen, die das Geschäft als „vergaberechtsfrei“ qualifizieren oder aus andern Gründen eine freihändige Vergabe zulassen. Zu prüfen sind somit stets die folgenden Gesichtspunkte:
- **Subjektiver Geltungsbereich des Vergaberechts:** Vorweg stellt sich die Frage, ob die Organisation, die einen bestimmten Auftrag erteilen will, subjektiv dem Recht über öffentliche Beschaffungen unterstellt ist.
  - **Objektiver Geltungsbereich des Vergaberechts:** Untersteht die interessierende Organisation dem Vergaberecht, ist weiter zu prüfen, ob das konkrete Rechtsgeschäft einen Auftrag im vergaberechtlichen Sinn, d.h. einen beschaffungsrechtlich relevanten Tatbestand, darstellt und damit dem Recht über öffentliche Beschaffungen in objektiver Hinsicht untersteht.
  - **Ausnahmsweise Erlaubnis einer Freihandvergabe:** Sind sowohl die subjektive Unterstellung der Vergabestelle als auch die objektive Unterstellung des Geschäfts grundsätzlich gegeben, besteht die Möglichkeit, dass das anwendbare Vergaberecht im konkreten Fall (ausnahmsweise) auch dann eine freihändige Vergabe erlaubt, wenn der massgebende Schwellenwert überschritten wird.

#### 3.2 Objektiver Geltungsbereich

##### 3.2.1 Unterstellung „aller Arten von öffentlichen Aufträgen“

- 13 Nach Art. 1 Abs. 1 ÖBV unterliegen – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen (vgl. namentlich Art. 10 IVöB) – grundsätzlich „**alle Arten von öffentlichen Aufträgen**“ der unterstellten Organisationen dem Vergaberecht, insbesondere Bauaufträge über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten, Lieferaufträge über die Beschaffung beweglicher Güter und Dienstleistungsaufträge. Das kantonale Recht kennt, anders als das GATT/WTO-Übereinkommen, keine abschliessende Aufzählung der durch das öffentliche Beschaffungsrecht erfassten Dienstleistungsaufträge in einer Positivliste.
- 14 Das Vergaberecht bzw. das öffentliche Beschaffungsrecht regelt das Verfahren, in welchem ein externer Auftragnehmer ausgewählt wird, mit dem die Vergabestelle einen privatrechtlichen oder gegebenenfalls öffentlichrechtlichen Vertrag über bestimmte Leistungen abschliessen will. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat etwa folgende Definition verwendet:

„Unter öffentlichem Beschaffungswesen versteht man den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch den Staat, die dieser zu seiner Aufgabenerfüllung benötigt. Konsument der Leistung ist das Gemeinwesen, Produzent der Leistung ist eine private Unternehmung.“<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Die Begriffe „Recht über öffentliche Beschaffungen“, „öffentliches Beschaffungsrecht“ und „Vergaberecht“ werden in diesem Papier mit synonyme Bedeutung verwendet. Die Terminologie im Zusammenhang mit öffentlichen Beschaffungen und Vergaben ist uneinheitlich. Lehre und Praxis sprechen von Submissionsrecht, vom Recht über öffentliche Beschaffungen oder über öffentliche Aufträge oder von Vergaberecht; vgl. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz. Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Zürich 2004, S. 4 ff.

<sup>16</sup> Urteil VB.2000.00126 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2000, E. 2b, wiedergegeben in ZBI 102/2001, S. 97 ff., 99.

- 15 Das Bundesgericht spricht von einem „ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés)“, als von Verträgen zwischen einer „collectivité publique“ und einer „entreprise privée“ als Produzentin:<sup>17</sup>

„On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que ‚demandeur‘ (‚Nachfrager‘), acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est ‚consommatrice‘ (‚Konsument‘) de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le ‚fournisseur‘ (‚Produzent‘).“

- 16 Entscheidend für die Annahme einer öffentlichen Beschaffung bzw. eines Auftrags im vergaberechtlichen Sinn ist nach herkömmlicher Auffassung, „dass die vertragstypische Leistung vom Gemeinwesen nicht selbst erbracht, sondern ‚eingekauft‘ wird“,<sup>18</sup> d.h. „le paiement d'un prix par l'Etat“.<sup>19</sup> Öffentliche Aufträge im Sinn des Beschaffungsrechts sind mit andern Worten „Rechtsgeschäfte, mit denen die öffentliche Hand sich gegen entsprechende Bezahlung die für ihre Tätigkeit nötigen Sachmittel und Leistungen beschafft“, mithin – etwas salopp formuliert – „**Einkäufe des Staates**“. Keine öffentliche Beschaffung stellt deshalb beispielsweise die Einräumung eines Baurechts an einer Liegenschaft des Finanzvermögens dar.<sup>20</sup> Ebenfalls kein „Einkauf“ des Gemeinwesens liegt vor, wenn das Gemeinwesen eine bestimmte Tätigkeit mit Subventionen (Finanzhilfen) unterstützt, weil es in diesem Fall an einem Rechtsverhältnis mit synallagmatischem Charakter fehlt. Dasselbe gilt für die Erteilung einer Konzession, weil die öffentliche Hand in diesem Fall nicht eine Leistung „einkauft“, sondern im Gegenteil gegen Entgelt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht.<sup>21</sup> Zweites kennzeichnendes Merkmal der öffentlichen Beschaffung ist „**der Gang auf den Markt**“. Eine öffentliche Beschaffung bzw. ein öffentlicher Auftrag liegt (nur) vor, „wenn das Gemeinwesen als Nachfrager auf den freien Markt tritt und bei einer privaten Unternehmung gegen Bezahlung eines bestimmten Entgeltes die Mittel erwirbt“.<sup>22</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, umschreiben den öffentlichen Auftrag unter Hinweis auf die aktuelle Rechtsprechung und Lehre wie folgt:

„Ein öffentlicher Auftrag oder eine öffentliche Beschaffung liegt vor, sobald ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, gestützt auf den der Wirtschaftsteilnehmer dem Auftraggeber gegen Entrichtung einer Vergütung Bau-, Sach- oder Dienstleistungen erbringt. Ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber benötigt, verwendet oder konsumiert oder ob er sie mittelbar oder unmittelbar Dritten bzw. der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, ist dabei unerheblich.“<sup>23</sup>

<sup>17</sup> BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f.

<sup>18</sup> Vortrag der BVE an den Regierungsrat betreffend Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 20. September 2002, S. 2; Hervorhebung nur hier.

<sup>19</sup> BGE 125 I 209 E. 6b S. 214.

<sup>20</sup> Vgl. etwa VGE Entscheid 20564 vom 15. April 1999, E. 1 d/dd, wiedergegeben in BVR 2000 S. 375 ff., 380 f.: „Über die Art und Weise, wie und an wen das Gemeinwesen seine zum Finanzvermögen gehörenden Vermögenswerte veräussern oder vermieten kann bzw. soll, existieren in der Regel keine Vorschriften, die mit den oben genannten Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens vergleichbar wären. Das Gemeinwesen kann solche Entscheide vielmehr in aller Regel nach freiem Ermessen fällen.“

<sup>21</sup> Dazu der Leading Case BGE 125 I 209 (Genfer Plakataushang-Fall), neustens im Grundsatz bestätigt in BGE 135 II 49.

<sup>22</sup> BGer 2P.19/2001 vom 16. Mai 2001, E. 1a/bb und 1a/cc.

<sup>23</sup> PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 74 N 178.

### 3.2.2 **Kein öffentlicher Auftrag: Leistungsbezug „inhouse“**

- 17 Ein öffentlicher Auftrag im umschriebenen Sinn liegt nicht vor, wenn das benötigte Gut „im Haus“ („inhouse“) des Gemeinwesens selbst hergestellt oder beschafft wird. Der vergaberechtliche Praxis und Lehre sprechen in diesem Fall von einer **echten inhouse-Vergabe** oder von einem in-house-Geschäft. Inhouse-Vergaben oder inhouse-Geschäfte sind „Vorgänge, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine seiner Dienststellen erteilt, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt“.<sup>24</sup> Eine echte inhouse-Vergabe stellt einen rein verwaltungsinternen Vorgang und kein Rechtsgeschäft (Vertrag) im technischen Sinn und damit auch keinen „Auftrag“ im Sinn von Art. 1 Abs. 1 ÖBV dar.<sup>25</sup> Sie unterliegt somit nicht den Vorschriften über öffentliche Beschaffungen und ist vergaberechtlich nicht relevant.<sup>26</sup> Keine öffentliche Beschaffung liegt nach einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. April 2006 beispielsweise vor, wenn sich das Gemeinwesen dafür entscheidet, Säрге nicht bei Dritten einzukaufen, sondern selbst zu produzieren.<sup>27</sup>
- 18 Massgebend für die Frage, ob eine (echte) In-house-Vergabe vorliegt oder nicht, ist immer eine **rein formal-rechtliche Betrachtungsweise**: Ein In-house-Geschäft ist ein Vorgang, bei dem
- „ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine seiner (**verwaltungsinternen**) **Dienststellen** erteilt, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Auftraggeber und beauftragte Stelle gehören hier **ein und demselben Rechtsträger** an“.<sup>28</sup>
- 19 Eine echte In-house-Vergabe liegt somit auch dann vor, wenn eine Leistung bei einer mit weitreichender Autonomie ausgestatteten Verwaltungseinheit, z.B. bei einer sog. unselbständigen Anstalt, bezogen wird, sofern diese nicht über rechtliche Selbständigkeit verfügt.

### 3.2.3 **„Quasi-inhouse-Vergabe“**

- 20 Mit der in jüngerer Zeit verbreiteten Ausgliederung öffentlicher Aufgaben im Sinn so genannter „formeller Privatisierungen“ oder „Organisationsprivatisierungen“ entstehen oft Situationen, die sich gewissermassen in der Mitte zwischen einer echten inhouse-Vergabe und einer Beschaffung auf dem freien Markt befinden. In solchen Fällen erfolgen oft
- „Vergaben an Unternehmen, die über eine von der Auftraggeberin verschiedene Rechtspersönlichkeit verfügen. Doch im Besonderen eignet diesen Fällen, dass die öffentliche Auftraggeberin (allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Auftraggeberinnen oder Privatunternehmen) an der leistungserbringenden Unternehmung beteiligt ist, diese (allein oder mit anderen öffentlichen Auftraggeberinnen zusammen) wie eine eigene Dienststelle kontrolliert und dass die Unternehmung ihre Leistungen im Wesentlichen an die Auftraggeberin erbringt.“<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> So STEFAN SCHERLER, „In-House“-Vergaben in der Schweiz. Wann liegt ein – vergabefreies! – „In-House“-Geschäft vor? Und welche Regeln gelten für die interkommunale Zusammenarbeit?, Baurecht 2005, S. 67.

<sup>25</sup> MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts. Gedanken zum Begriff des öffentlichen Auftrags, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/ Basel/Genf 2008, S. 65 ff., 124 N 97. Verträge können, rechtlich betrachtet, nur unter verschiedenen natürlichen oder juristischen Personen geschlossen werden.

<sup>26</sup> SCHERLER, „In-House“-Vergaben, S. 67.

<sup>27</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB 2006.00145 vom 5. April 2002. Vgl. auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt GE 98/0178 vom 2. Juli 1999, wiedergegeben offenbar auch in RDAF 2000 I S. 23 ff.: „Il va de soi que l'Etat, notamment dans le cadre des activités dites administratives auxiliaires (ou l'activité de tiers), a le choix, parfaitement libre, d'accomplir celles-ci par sa propre administration ou au contraire de faire appel à la collaboration de tiers.“

<sup>28</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 108 N 250; Hervorhebungen im Original.

<sup>29</sup> BEYELER, Öffentliche Beschaffung, S. 73, mit Hinweisen.

- 21 Merkmal dieser Situation ist, dass Aufträge nicht innerhalb einer bestimmten juristischen Person, sondern an rechtlich selbständige „Tochterunternehmen“ vergeben werden, d.h. dass „öffentliche Auftraggeber mit von ihnen kontrollierten Gesellschaften, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, Verträge abschliessen“.<sup>30</sup> Solche Vorgänge werden aufgrund der „strukturellen Nähe“ zwischen Vergabestelle und beauftragter Organisation und der damit verbundenen „Fiktion der Abwesenheit eines Vertrages“<sup>31</sup> mit einer eigentlichen in-house-Vergabe verglichen und als **Quasi-inhouse-Vergabe** oder inhouse-Geschäft im weiteren Sinn,<sup>32</sup> gelegentlich auch – an sich unzutreffend – schlicht als inhouse-Vergabe bezeichnet.<sup>33</sup>
- 22 Im Unterschied zu internationalen Vereinbarungen<sup>34</sup> und Richtlinien der Europäischen Union<sup>35</sup> kennt das geltende schweizerische Vergaberecht keine ausdrückliche Regelung über Quasi-inhouse-Vergaben. Immerhin sah der Vernehmlassungsentwurf vom 30. Mai 2008 für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, das teilweise auch für die Kantone gelten sollte, in Art. 3 Abs. 2 Bst. b vor, dass das Gesetz nicht auf Leistungen anwendbar ist, „die innerhalb einer oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbstständigen Beschaffungsstellen erbracht werden“.<sup>36</sup>
- 23 Die schweizerische Gerichtspraxis hatte sich mit Quasi-inhouse-Vergaben bisher offenbar nicht zu beschäftigen.<sup>37</sup> Der erwähnte Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. April 2006<sup>38</sup> betraf eine echte inhouse-Vergabe, für welche die Rechtslage an sich klar ist.
- 24 Demgegenüber war über die Pflicht zur Ausschreibung von Quasi-inhouse-Vergaben innerhalb der Europäischen Union bereits mehrfach zu entscheiden. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) befasste sich mit der Frage unter anderem im Jahr 1999 im Entscheid Teckal<sup>39</sup>, der als zum leading case zum Problem gilt und entsprechende Beachtung gefunden hat. Der EuGH verneinte in diesem Entscheid eine Pflicht zur Ausschreibung, wenn

30 SCHERLER, „In-House“-Vergaben, S. 67; Hervorhebung nur hier.

31 So BEYELER, Geltungsbereich, S. 124 N 97.

32 BJÖRN KUPCZYK, Vergaberechtliche Aspekte des In-house-Geschäfts, unter besonderer Berücksichtigung der beihilferechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages, Köln/Berlin/München 2008, S. 12; SCHERLER, „In-House“-Vergaben, S. 67.

33 So z.B. ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach dem revidierten Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007 S. 585 ff., 589.

34 Vgl. z.B. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le champ d'application du droit des marchés publics. Quelques aspects d'un problème décidément complexe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 145 ff., 159 N 26.

35 Hinweise bei KUPCZYK, Vergaberechtliche Aspekte, S. 12 f.

36 Die Tragweite dieser Bestimmung wurde im Erläuternden Bericht vom 30. Mai 2008 zur Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen auf S. 28 wie folgt kommentiert: „Vom Geltungsbereich ausgenommen ist die Delegation von Leistungen an Personen, die rechtlich ein Teil der öffentlichen Beschaffungsstelle sind. Wie bei rein inneradministrativen Beziehungen bezieht die Beschaffungsstelle die Leistungen innerhalb ihrer eigenen Verwaltungssphäre (z.B. Erbringung von Leistungen durch Mitarbeiter der eigenen Niederlassungen). Das gilt selbst dann, wenn die Leistung von einer juristisch selbstständigen Person erbracht wird (z.B. Erbringung von Leistungen durch Tochtergesellschaft). Bei diesen Beschaffungen liegt ein so genanntes «In-House»-Geschäft vor, das nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes fällt. Die Beschaffungsstelle verzichtet auf den Beizug so genannter Dritter und zieht es vor, die Leistungen intern zu erhalten («make not buy»). Dadurch, dass dieser Begriff vorliegend weit gefasst wird, werden auch Kooperationen zwischen unterschiedlichen Beschaffungsstellen erleichtert (z.B. Gemeindekooperationen), weil die innerhalb der Kooperationspartner erbrachten Leistungen nicht ausgeschrieben werden müssen.“

37 MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts. Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 640 N 1227; STEFAN SCHERLER, Prinzipien und Rechtsschutz in vergabenahen Bereichen, Baurecht Sonderheft 2006, S. 40 ff., 40; ZUFFEREY, champ d'application, S. 160 N 29.

38 VB 2006.00145.

39 Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. November 1999 – C 107/98 (Teckal).

1. der öffentliche Auftraggeber über den Vertragspartner **eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen** (erstes „Teckal-Kriterium“) und
2. die beauftragte Organisation **ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet**, die ihre Anteile innehaben (zweites „Teckal-Kriterium“)<sup>40</sup>.

25 Der EuGH hat seine „Teckal-Rechtsprechung“ in späteren Entscheiden in verschiedenen Punkten präzisiert. Im Entscheid Halle<sup>41</sup> erwog der Gerichtshof, eine „ähnliche Kontrolle“ im Sinn des ersten Teckal-Kriteriums sei grundsätzlich bei jeder Beteiligung Privater, auch bei einer blossen Minderheitsbeteiligung, ausgeschlossen. Im Entscheid Carbotermo SpA, Consorzio Alisei<sup>42</sup> war zu entscheiden, ob die Teckal-Kriterien auch dann erfüllt sind, wenn eine Gemeinde einen Auftrag an eine von ihr indirekt kontrollierte „Enkelgesellschaft“ vergibt (diese Gesellschaft, AGESP, stand im Alleineigentum der AGESR Holding, deren Anteile zu 99.98 Prozent von der Gemeinde gehalten wurden). Der Gerichtshof hat mit diesen Entscheiden die mit dem Entscheid Teckal eingeleitete Rechtsprechung im Wesentlichen bestätigt, tendenziell aber noch etwas verschärft. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die (mögliche) Beteiligung Privater. Nach der seitherigen Praxis des EuGH sind die EU-Richtlinien zum Vergaberecht

„stets anzuwenden, wenn am Kapital des Unternehmens, mit welchem der öffentliche Auftraggeber einen Vertrag über Dienstleistungen abschliessen will, auch private Unternehmen beteiligt sind oder eine Beteiligung am Kapital für Private offen steht. Selbst entgeltliche Liefer-, Bau- und Dienstleistungsverträge zwischen öffentlichrechtlichen Körperschaften ohne private Beteiligungen (wie etwa Kommunen) fallen unter das EU-Vergaberecht“<sup>43</sup>.

26 Die schweizerische Lehre verweist mit bemerkenswerter Einigkeit darauf, dass der subjektive und objektive Geltungsbereich des Vergaberechts heikle Fragen aufwirft<sup>44</sup> und „un problème décidément complexe“ darstellt<sup>45</sup>. Insbesondere bei Quasi-in-house-Vergaben stelle sich „regelmässig die schwierige Abgrenzungsfrage, ob für sie eine Ausschreibungspflicht besteht oder nicht“.<sup>46</sup> Auch im Kanton Bern besteht in diesem Punkt „noch keine gefestigte Rechtslage“.<sup>47</sup> Die Lehre verweist mangels konkreter gesetzlicher Regelung und gerichtlicher Praxis auf die „im Lichte gerade der Wettbewerbsneutralität wohlüberlegte Rechtsprechung des EuGH“<sup>48</sup> und plädiert für die Anwendung der da entwickelten Grundsätze auch für inhouse-Vergaben in der Schweiz.<sup>49</sup> Auch in der Schweiz sei deshalb die Frage nach der Ausschreibungspflicht „unter Berücksichtigung der Rechtsprechung insbesondere auch des EuGH zu beantworten“.<sup>50</sup> Dementsprechend ist „zu erwarten, dass sich die schweizerischen Gerichte an den Entscheidungsgründen des EuGH orientieren werden, wenn sie sich dereinst mit einer bestrittenen in-house-Vergabe ausei-

<sup>40</sup> Vgl. auch SCHERLER, „In-House“-Vergaben, S. 67

<sup>41</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Januar 2005 – C 26/03 (Stadt Halle).

<sup>42</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Mai 2006 – C 340/04 (Carbotermo SpV, Consorzio Alisei)

<sup>43</sup> REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 589, mit Hinweisen auf verschiedene Urteile des EuGH.

<sup>44</sup> HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts. System und Versuch einer Synthese, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 41 ff., 42 N 1.

<sup>45</sup> So ZUFFEREY, champ d'application, S. 145 ff.

<sup>46</sup> STEFAN SCHERLER, „In-House“-Vergaben, S. 67. Ebenso GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 51 Rz. 118.

<sup>47</sup> CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 807 ff., 819 N 35.

<sup>48</sup> MARTIN BEYELER, in: Baurecht 2008, S. 104 f., 105.

<sup>49</sup> Im Zusammenhang mit der Ausschreibungspflicht gemäss dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 590; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, Baurecht 2006, S. 203 f.

<sup>50</sup> PETER RECHSTEINER, Die Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, Baurecht Sonderheft 2004, S. 36 ff., 38.

inander setzen müssen“.<sup>51</sup> Im Einzelnen sind in der Lehre bis anhin unterschiedlich strenge Haltungen vertreten worden. MARTIN BEYELER verlangte bei früherer Gelegenheit vergaberechtsfreie Quasi-inhouse-Vergabe noch, „dass die Unternehmung ihre Leistungen im Wesentlichen an die Auftraggeberin erbringt“.<sup>52</sup> Andere Autoren lassen für den eine Befreiung vom Vergaberecht rechtfertigenden „lien spécial et très étroit avec l’adjudicateur“ eine entsprechende Tätigkeit von mindestens 51 Prozent genügen.<sup>53</sup> Voraussetzung für die Qualifikation als „Quasi-inhouse-Vergabe“ ist neben der Beherrschung durch die „Konzernmutter“ nach wohl einhelliger Auffassung zumindest, dass die Tochtergesellschaft zumindest mehrheitlich bis überwiegend für die Auftraggeberin tätig ist. Verschiedene Meinungen gehen noch weiter und verlangen, dass die Tochtergesellschaft „praktisch ausschliesslich für die Auftraggeberin tätig ist“<sup>54</sup> und „jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist“.<sup>55</sup>

- 27 Repräsentativ für die heute herrschende Auffassung dürfte die zusammenfassende Definition in der auch für Gerichte oft massgebenden aktuellen Kommentierung der Praxis zum schweizerischen Vergaberecht durch GALLI/MOSER/LANG/STEINER sein, wonach eine vergaberechtsfreie „Quasi-in-house-Vergabe“ immer (nur) dann vorliegt, wenn

„der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der rechtlich eine andere Person ist als er selbst (also nicht demselben Rechtsträger angehört wie der Auftraggeber), der aber erstens unter der **Kontrolle öffentlicher Auftraggeber** steht (Kontrollerfordernis) und der zweitens **grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere Personen als die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber** entfaltet (Tätigkeitserfordernis). Das Kontrollerfordernis ist erfüllt, wenn der Auftraggeber eine Kontrolle ausüben kann wie über eine eigene (hausinterne) Dienststelle. Diese Kontrolle kann auch durch mehrere öffentliche Auftraggeber wahrgenommen werden; ausgeschlossen ist nach der Rechtsprechung des EuGH hingegen jegliche (noch so geringfügige) Beteiligung von Privaten. Das Tätigkeitserfordernis verlangt, dass der Leistungserbringer ‚im Wesentlichen‘ für den oder die an ihm beteiligten öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss und höchstens ‚ganz untergeordnete Tätigkeiten‘ zugunsten von an ihm nicht beteiligten Dritten entfalten darf. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, untersteht das fragliche Geschäft dem Beschaffungsrecht.“<sup>56</sup>

- 28 Ähnlich äussert sich MARTIN BEYELER in seiner umfassenden Habilitationsschrift zum Geltungsanspruch des Vergaberechts aus dem Jahr 2012:

„Eine Quasi-in-house-Vergabe liegt dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der **rechtlich eine andere Person** ist als er selbst (also nicht demselben Rechtsträger angehört wie der Auftraggeber [...]), der aber erstens unter der *Kontrolle öffentlicher Auftraggeber* steht (Kontrollerfordernis [...]) und der zweitens *grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere Personen* als die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber entfaltet“.<sup>57</sup>

- 29 Eine strenge Haltung wird damit insbesondere in Bezug auf das **Erfordernis der vollständigen Kontrolle durch öffentliche Auftraggeber** vertreten. Dazu wiederum BEYELER:

„Umgekehrt hindert aber *jede noch so geringfügige* direkte oder indirekte **Beteiligung eines Privaten** (d.h. einer Person, die selber nicht als öffentlicher Auftraggeber dem Vergaberecht unterliegt [...]) am Eigenkapital (bzw. an den Mitgliedschaftsrechten) des Leistungserbringers kategorisch, dass das Kontrollerfordernis erfüllt sein könnte. Das wurde nicht von Anbeginn der Quasi-in-house-Rechtsprechung von allen so gesehen, steht seit der entsprechenden Klarstellung im Urteil Stadt Halle aber fest und wurde seitdem auch immer wieder bestätigt. Vorher war noch umstritten, ob allenfalls eine geringe private Beteiligung der Erfüllung des Kontrollkriteriums nicht im Wege steht,

---

51 SCHERLER, Prinzipien und Rechtsschutz, S. 41.

52 BEYELER, Öffentliche Beschaffung, S. 73.

53 ZUFFEREY, champ d’application, S. 160 N 28 f.

54 So BEYELER, Geltungsbereich, S. 124 N 97.

55 KUPCZYK, Vergaberechtliche Aspekte, S. 60 f.

56 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 109 N 253; Hervorhebungen im Original.

57 BEYELER, Geltungsanspruch, S. 638 N 1222; Hervorhebungen wie im Original.

und ab welcher Beteiligungsquote (z.B. 5, 10 oder 20 Prozent) das Kriterium allenfalls nicht mehr erfüllt sein kann. Diese Fragen wurden durch den EuGH im Sinne einer einfachen, aber strikten Lösung dahingehend beantwortet, dass *jede* Privatbeteiligung am Leistungserbringer eine auf das Quasi-in-house-Privileg [...] abgestützte, vergaberechtsfreie Vergabe zugunsten dieses Leistungserbringers a priori ausser Betracht fallen lässt.

Selbst eine **einzig** Aktie reicht aus, um das Quasi-in-house-Privileg zu verneinen, sobald sie in den Händen einer Person liegt, die nicht ein öffentlicher Auftraggeber [...] ist. Dabei ist ganz gleichgültig, dass damit vielleicht nur ein Promille des Eigenkapitals (oder noch weniger) in nicht-öffentlichen Händen liegt. Auch Aktien ohne Stimmrecht oder Partizipationsscheine und dergleichen im Besitze von Privaten verhindern meines Erachtens eine vergaberechtsfreie Vergabe.

Dass hier derart strenge – dafür aber klare und rechtssichere [...] – Grundsätze gelten, hat letztlich nichts mit eigentlicher Kontrolle des Leistungserbringers,<sup>1426</sup> sondern damit zu tun, dass eine Privatbeteiligung, und sei sie von noch so geringem Umfang, per se den **Leistungserbringer qualitativ verändert**, nämlich zu einem Instrument von Wettbewerbsteilnehmern werden lässt. Diese Veränderung bringt es mit sich, dass eine vergaberechtsfreie Vergabe hier jedenfalls gestützt auf das Quasi-in-house-Privileg [...] nicht zulässig ist, weil sie nicht wettbewerbsneutral wäre. Beim Kontrollfordernis, das ist seit dem Entscheid Stadt Halle [...] klar, geht es nicht um Kontrolle im hergebrachten Sinne. Eine solche wäre dem öffentlichen Auftraggeber bei einer sehr geringfügigen privaten Minderheitsbeteiligung durchaus noch mit voller Wirksamkeit möglich [...], doch der EuGH schliesst die Privatbeteiligung gleichwohl kategorisch aus, so geringfügig sie in ihrem Ausmass auch sein möge. Das geschieht aus Gründen des Wettbewerbsschutzes. Denn der Gerichtshof führt an, dass jegliche Privatbeteiligung an einem Leistungserbringer, der vergaberechtsfreie Aufträge erhält, dem an ihm beteiligten Privaten in finanzieller Hinsicht, aber auch etwa über erworbenes Know-how eine bevorzugte Stellung im Wettbewerb einräumen würde.<sup>58</sup>

### 3.3 Anwendbares Vergabeverfahren

30 Das anzuwendende Verfahren richtet sich nach dem Wert des einzelnen Auftrags (Art. 1 Abs. 2 ÖBV). Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge enthält Art. 3 ÖBV besondere Regeln für die Berechnung des massgebenden Auftragswerts:

#### Art. 3 Besondere Berechnungsmethoden

<sup>1</sup> Werden wiederkehrende Liefer- oder Dienstleistungsaufträge vergeben oder wird ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge (Lose) unterteilt, berechnet sich der Auftragswert

- a entweder nach dem tatsächlichen Gesamtwert der Aufträge, die während der letzten zwölf Monate vergeben worden sind,
- b oder nach dem geschätzten Gesamtwert der Aufträge im Geschäftsjahr oder in den zwölf Monaten, die dem Erstauftrag folgen.

<sup>2</sup> Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend.

<sup>3</sup> Der Auftragswert für Liefer- oder Dienstleistungsaufträge in der Form von Leasing, Miete oder Mietkauf sowie für Aufträge, die nicht ausdrücklich einen Gesamtpreis vorsehen, wird wie folgt berechnet:

- a Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit wird der geschätzte Gesamtwert der Aufträge während der Laufzeit des Vertrags ermittelt.
- b Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit wird die monatliche Rate mit 48 multipliziert.

31 Art. 3 ÖBV statuiert eine Abweichung vom Grundsatz, dass der Auftragswert für jeden individuellen Auftrag gesondert zu berechnen ist, wenn die einzelnen Aufträge entweder wiederkehrend sind oder wenn ein Auftrag in mehrere Lose aufgeteilt wird (dazu auch hinten Ziffer 6.2). Von „mehreren gleichartigen Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen“ sprechen die im Wesentlichen gleich lautenden Vorschriften sowohl in Art. 7 Abs. 3 BöB<sup>59</sup> sowie Art. 4 Abs. 1 der (rechtlich nicht verbindlichen<sup>60</sup>) Vergaberichtlinien zur IVöB<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, S. 647 ff. N 1241 ff.; Hervorhebungen wie im Original.

<sup>59</sup> SR 172.056.1.

Die ausserkantonale Praxis hat entschieden, eine Zusammenrechnung müsse nach diesen Vorgaben stets erfolgen, wenn „bei einer Mehrzahl von Geschäften [...] ein rechtlicher oder ein enger sachlicher Zusammenhang“ besteht<sup>62</sup>.

- 32 Seit dem 1. Oktober 2014 gelten nach kantonalem Recht die **Schwellenwerte** gemäss Anhang 2 zur IVöB (Art. 3 Abs. 1 ÖBG). Demnach können Dienstleistungsaufträge mit einem Auftragswert von unter 150'000 Franken freihändig vergeben werden; Dienstleistungsaufträge mit einem Wert von unter 250'000 Franken sind im Einladungsverfahren, solche mit einem Wert ab 250'000 Franken werden im offenen oder selektiven Verfahren vergeben. Für Lieferungen sind freihändige Vergaben nur bis zu einem Auftragswert von 100'000 Franken möglich, im Übrigen gelten die gleichen Schwellenwerte wie für Dienstleistungen. Die Schwellenwerte für Bauaufträge des sog. „Baunebengewerbes“ entsprechend denjenigen für Dienstleistungsaufträge. Für das sog. „Bauhauptgewerbe“ betragen sie 300'000 Franken für das Einladungsverfahren und 500'000 Franken für das offene oder selektive Verfahren.
- 33 Nach Art. 7 Abs. 1ter IVöB die „Mehrwertsteuer [...] bei der Schätzung des Auftragswertes nicht berücksichtigt“. Dieser Formulierung ist zu entnehmen, dass massgebend für die Verfahrenswahl der **geschätzte** Auftragswert ohne MWST ist. Die Schätzung ist in der Praxis allerdings insbesondere für die Abgrenzung zwischen dem Einladungs- und dem offenen bzw. selektiven Verfahren von Bedeutung; demgegenüber kann im Fall einer freihändigen Vergabe naturgemäss schwerlich argumentiert werden, eine Vergabe über dem Schwellenwert sei aufgrund einer unzutreffenden Schätzung erfolgt, weil der Betrag anlässlich der Vergabe bereits feststeht.
- 34 Die Gemeinden können für ihre Beschaffungen nach wie vor tiefere Schwellenwerte vorsehen (Art. 3 Abs. 2 ÖBG). Die Stadt Bern hat mit der Verordnung vom 4. Dezember 2002 über das Beschaffungswesen der Stadt Bern (Beschaffungsverordnung, VBW)<sup>63</sup> von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Nach dieser Verordnung beträgt der Schwellenwert für das Einladungsverfahren bei Dienstleistungen 100'000 Franken und bei allen übrigen Aufträge 50'000 Franken; für das offene oder selektive Verfahren beträgt der Schwellenwert bei Dienstleistungen 100'000 Franken und bei allen übrigen Aufträge 50'000 Franken (Art. 2 Abs. 1 und 2 VBW). Die Stadt Bern kennt somit **deutlich tiefere Schwellenwerte** als das aktuelle kantonale Recht. Für das anwendbare Verfahren spielt es überdies eine Rolle, ob der Auftrag „Catering für Tagesschulen/Kita/Tagi“ als Dienstleistungs- oder Lieferauftrag zu qualifizieren ist. Im ersten Fall ist ab einem Wert von 100'000 Franken das Einladungsverfahren und ab einem Wert von 200'000 Franken das offene oder selektive Verfahren anwendbar. Ist ein Lieferauftrag anzunehmen, gilt dies bereits ab einem Wert von 50'000 bzw. 100'000 Franken.

### 3.4 Möglichkeit einer Freihandvergabe nach Art. 7 Abs. 3 ÖBV

- 35 Die freihändige Vergabe eines öffentlichen Auftrags ist nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b ÖBG zulässig, wenn entweder der Schwellenwert für das Einladungsverfahren nicht erreicht wird oder die Voraussetzungen nach Art. XV Ziff. 1 GPA geben sind. Nach Art. 7 Abs. 3 ÖBV kann ein öffentlicher Auftrag unter einer der folgenden Voraussetzungen freihändig vergeben werden:

---

<sup>60</sup> MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 483 N 15.

<sup>61</sup> Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (VRöB).

<sup>62</sup> So die Wiedergabe des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB 99.00204 vom 3. November 1999 bei HUBERT STÖCKLI (Hrsg.), Das Vergaberecht der Schweiz – Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 363. Vgl. auch Baurecht 2000, S. 129 Nr. S43.

<sup>63</sup> SSSB 731.21.

- a Es gehen im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren keine Angebote ein oder es erfüllt keine Anbieterin oder kein Anbieter die Eignungskriterien.
- b Es werden im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren ausschliesslich Angebote eingereicht, die aufeinander abgestimmt sind oder die nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.
- c Auf Grund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage.
- d Die Beschaffung wird auf Grund unvorhersehbarer Ereignisse so dringlich, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann.
- e Unvorhersehbare Ereignisse verlangen zusätzliche Leistungen, um einen zuvor im Wettbewerb vergebenen Auftrag auszuführen oder abzurufen, wobei die Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen für die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein müsste und der Wert der zusätzlichen Leistungen die Hälfte des Werts der ursprünglichen Leistung nicht übersteigen dürfte.
- f Ersatz, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen der ursprünglichen Anbieterin oder dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder die Kontinuität der Dienstleistungen gewährleistet ist.
- g Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber vergibt einen neuen Auftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren vergeben worden ist und bei dem die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war.
- h Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beschafft Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen, die auf ihr oder sein Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden.
- i Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber schliesst den Vertrag mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs ab, dessen Organisation den Grundsätzen des ÖBG und dieser Verordnung entsprechen muss.
- k Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beschafft Güter an Warenbörsen.
- l Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann Güter im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt, insbesondere bei Liquidationsverkäufen.

<sup>36</sup> Diese Möglichkeiten einer Freihandvergabe sind „Ausnahmetatbestände“, die „nur in jenen Fällen Anwendung finden, wo das die Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung gewährleistende Beschaffungsverfahren bei der Auswahl des Vertragspartners weder geeignet noch zielführend ist“. <sup>64</sup> Art. 7 Abs. 3 ÖBV ist dementsprechend grundsätzlich eng auszulegen. <sup>65</sup> Eine Ausnahmesituation im Sinn von Art. 7 Abs. 3 ÖBV darf dementsprechend „nicht leichthin bejaht werden“, <sup>66</sup> eine freihändige Vergabe darf „nicht alleine durch den Wunsch nach Vereinfachung des Beschaffungsprozesses motiviert sein“. <sup>67</sup> Die Aufzählung in Art. 7 Abs. 3 ÖBV ist abschliessend zu verstehen. <sup>68</sup> Eine freihändige Vergabe aus andern, in Art. 7 ÖBV nicht aufgeführten Gründen wären auch dann unzulässig, wenn sie an sich einleuchtend begründet werden könnte.

<sup>64</sup> CHRISTOPH MEYER, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, AJP 2005, S. 716 ff., 727.

<sup>65</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, S. 129 N 291. Hinweise auch bei MEYER, *Freihändige Vergabe*, S. 718, Anm. 12.

<sup>66</sup> JÄGER, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, S. 838 N 99, mit Hinweisen.

<sup>67</sup> MEYER, *Freihändige Vergabe*, S. 727.

<sup>68</sup> ROBERT WOLF, *Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich/ Basel/Genf 2010, S. 127 ff., S. 135.

### 3.5 Folgerungen

- 37 Ausser Frage steht zunächst, dass **die Stadt Bern als Gemeinde im Sinn von Art. 2 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG)<sup>69</sup> dem Vergaberecht in subjektiver Hinsicht integral unterstellt** ist (Art. 2 Abs. 1 Bst. b ÖBG). Welche Stelle innerhalb der Stadt einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist für die subjektive Unterstellung nicht von Belang.
- 38 Der Auftrag „Catering für Tagesschulen/Kita/Tagi“ fällt unter den weiten Begriff des „öffentlichen Auftrags“ oder einer öffentlichen Beschaffung im vergaberechtlichen Sinn, womit **auch von der objektiven Unterstellung des Rechtsgeschäfts auszugehen** ist. Wie der Auftrag im Einzelnen zu qualifizieren ist, spielt – abgesehen von allfälligen Auswirkungen auf das anwendbare Vergabeverfahren (vorne Ziffer 3.3) keine Rolle. In der Ausschreibung vom 18. Juni 2014 er unter Hinweis auf das Gemeinschaftsvokabular (CPV 55321000: Zubereitung von Mahlzeiten; CPV 55523100: Auslieferung von Schulmahlzeiten; CPV: 55521200: Auslieferung von Mahlzeiten) als Dienstleistungsvertrag qualifiziert worden. Der Begriff „Dienstleistung“ im vergaberechtlichen Sinn und damit auch im Sinn von Art. 1 Abs. 1 Bst. c ÖBV ist ganz grundsätzlich weit zu verstehen. Er umfasst „jegliches Tätigwerden, Verwalten und Erledigen im Interesse eines andern, das weder Bauleistung [...] noch Lieferung [...] ist“.<sup>70</sup> Ein Dienstleistungsauftrag kann dementsprechend alles sein, was darauf abzielt, dass der Leistungserbringer eine spezifische Tätigkeit entfaltet, die der Vergabestelle in irgendeiner Weise nützlich oder dienlich ist, indem sie deren tatsächliche oder rechtliche Lage verändert und im Idealfall verbessert. Der vergaberechtliche Begriff der Dienstleistung ist mithin „eine Art Auffangbecken für Tätigkeiten aller Art, die keiner der beiden anderen Kategorien“ Bauleistung oder Lieferung zugeordnet werden können.<sup>71</sup>
- 39 Eine **vergaberechtsfreie Quasi-inhouse-Vergabe** wäre **nur unter sehr einschränkenden Voraussetzungen anzunehmen**. Zum Ersten dürften am beauftragten Anbieter **überhaupt keine Privaten (auch keine privaten Organisationen!) beteiligt** sein, die nicht selbst öffentliche Auftraggeber sind. Zum Zweiten dürfte die betreffende Organisation **höchstens in ganz untergeordnetem Ausmass für andere Organisationen als die Stadt Bern tätig** sein. Keine der mir bekannten Partnerorganisationen der Stadt Bern (darunter Domicil) erfüllt diese (strengen) Anforderungen. Theoretisch hätte die Stadt die Möglichkeit, den Auftrag an einer eigens dafür gegründeten „stadteigenen“ Organisation vergabefrei zu übertragen; diese dürfte aber im Wesentlichen nur für die Stadt Bern tätig sein.
- 40 Im vorliegenden Fall fällt **eine freihändige Vergabe nach Art. 7 Abs. 3 ÖBV ausser Betracht**. Keiner der da aufgeführten Tatbestände passt auf den geplanten Auftrag „Catering für Tagesschulen/Kita/Tagi“. Insbesondere wird sich die Stadt angesichts der strengen Praxis zu diesem Punkt nicht auf Dringlichkeit im Sinn von Art. 7 Abs. 3 Bst. d ÖBV berufen können.<sup>72</sup>
- 41 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass sich die Vergabe des Auftrags „Catering für Tagesschulen/Kita/Tagi“ **uneingeschränkt an den Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts messen lassen muss**, sofern der Auftragswert zumindest den Schwellenwert für das Einladungsverfahren erreicht.

<sup>69</sup> BSG 170.11.

<sup>70</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, S. 333 N 722.

<sup>71</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, S. 532 N 1041.

<sup>72</sup> Auf diesen Punkt ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen. Vgl. zur (strengen) Praxis etwa den Entscheid 21546U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 6. Dezember 2002 i.S. INO am Inselspital, insbesondere E. 3a-3d. Vgl. auch Art. XI Ziff. 1 Bst. c GPA.

## 4 Umfang der Beschaffung

### 4.1 Gemeindeaufgaben und administrative Hilfstätigkeit

42 Der Betrieb von Kindertagesstätten, Tagesstätten und Tagesschulen ist (teilweise übertragene und teilweise selbstgewählte) Gemeindeaufgabe der Stadt Bern im Sinn von Art. 61 ff. GG. Die Bereitstellung von Mahlzeiten als solche dürfte kaum als Gemeindeaufgabe im eigentlichen Sinn zu qualifizieren, sondern vielmehr der so genannten „administrative Hilfstätigkeit“, auch etwa „Bedarfsverwaltung“ oder „Beschaffungsverwaltung“ genannt,<sup>73</sup> zuzuordnen sein. Sie ist mit andern Worten Teil des Vorgangs, mit welchem sich die Stadt die zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Sachgüter besorgt.<sup>74</sup>

### 4.2 Freiheit der Stadt in Bezug auf den „Make-or-buy“-Entscheid

43 Wie die Stadt ihre Aufgaben erfüllt (oder erfüllen lässt), ist grundsätzlich ihr überlassen. Sie kann dies nach den gemeinderechtlichen Vorgaben namentlich selbst, durch die eigene Verwaltung und eigenes Personal, tun oder aber die Aufgabe einem Gemeindeunternehmen nach Art. 65 f. GG oder an „Dritte ausserhalb der Verwaltung“, d.h. an natürliche Personen oder an juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen (Art. 64 Abs. 1 GG). Sie kann nach eigenem Ermessen entscheiden, ob sie die Aufgaben mit eigenen Organisationseinheiten (Dienststellen) erledigen oder die Erfüllung dieser Aufgaben Dritten übertragen will („Make-or-buy“-Entscheid).<sup>75</sup>

44 Was für die (Gemeinde-)Aufgaben *stricto sensu* gilt, gilt ebenso für die Frage, wie sich die Stadt die Mittel für die Erfüllung der Aufgaben besorgt. Das Gemeinwesen kann die für die Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Mittel grundsätzlich auf zwei Arten beschaffen, die wie folgt beschrieben werden können:

„Das benötigte Gut wird entweder von staatlichen Betrieben selbst hergestellt. Der Staat ist in diesem Fall zugleich Produzent wie auch Konsument. Dabei kann weiter unterschieden werden zwischen Leistungen, die der Staat neben privaten Marktteilnehmern erbringt, und solchen, die er in einer Monopolstellung alleine anbietet [...].

Oder der Staat deckt sich mit den benötigten Gütern auf dem freien Markt ein. Er bedient sich dazu privatrechtlicher Verträge [...]“.<sup>76</sup>

45 Eine Pflicht, bestimmte Aufträge im Rahmen der Bedarfsverwaltung in einem vergaberechtlichen Beschaffungsverfahren Dritten zu erteilen, besteht nicht (vgl. auch die Zitate hinten unter Ziffer 5.1). Mit andern Worten: **Das Vergaberecht schreibt nicht den „Gang auf den Markt“ vor, sondern findet erst Anwendung, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber zu diesem Gang entschlossen hat.** Ein „Make-or-buy-Entscheid“ des Gemeinwesens in Bezug auf die Beschaffung der Mittel zur Erfüllung einer Aufgabe ist somit vergaberechtlich nicht überprüfbar.<sup>77</sup>

46 Diese Freiheit besteht auch in Bezug auf einzelne Teilleistungen. Es existiert **keine Pflicht, die benötigten Leistungen nach dem Grundsatz „alles oder nichts“ entweder vollständig selbst zu erbringen oder vollständig bei Dritten zu beziehen.** Im Besonderen besteht auch keine (vergabe-)rechtliche Vorgabe in dem Sinn, dass ein Auftrag an Dritte wirtschaftlich attraktiv sein muss. Es liegt an den potenziellen Anbietenden zu entscheiden, ob sie sich um einen konkreten Auftrag bewerben wollen oder nicht.

<sup>73</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006, N. 279; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 35, 79.

<sup>74</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 279.

<sup>75</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 105 f. N 244.

<sup>76</sup> RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 395; Hervorhebungen im Original.

<sup>77</sup> MARTIN BEYELER, Baurecht 2008, S. 104 f., 105.

47 Anderes gälte nur, wenn die Beschränkung eines Auftrags auf bestimmte Teilleistungen **rechtsmissbräuchlich** wäre, namentlich in der Absicht erfolgte, gewisse Anbietende gezielt zu bevorzugen oder zu diskriminieren. Eine missbräuchliche Beschränkung des Beschaffungsgegenstands in diesem Sinn ist – im Gegensatz zu missbräuchlichen Spezifikationen oder Eignungs- und Zuschlagskriterien – schwerlich vorstellbar. Mir wäre nicht bekannt, dass ein Gericht die Beschränkung einer Beschaffung auf bestimmte Leistungen **als solche** unzulässig erklärt hätte.

### 4.3 Folgerungen

48 Die Stadt Bern kann die Leistungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Mahlzeiten in ihren Einrichtungen **wahlweise „vergaberechtsfrei“ inhouse, bei eigenen Verwaltungsstellen beziehen oder aber über den Weg einer öffentlichen Beschaffung bei aussenstehenden Dritten „einkaufen“**. Entscheidungsfreiheit besteht nicht nur in Bezug auf das „Ob“, sondern auch in Bezug auf den **Umfang der Beschaffung**. Die Stadt kann somit auch für eine Lösung wählen, nach welcher sie durch eigene Verwaltungsstellen einzelne Teilleistungen selbst erbringt und andere „einkauft“.

49 Sowohl das Kompetenzzentrum Integration (KI) als auch das Kompetenzzentrum Arbeit (KA) sind ungeachtet ihrer organisatorischen und betrieblichen Autonomie Teil der Stadtverwaltung und der BSS. Die Stadt ist dementsprechend grundsätzlich frei in der Entscheidung, welche Leistungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Mahlzeiten sie bei diesen Stellen und welche Leistungen sie im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bei Dritten beziehen will. Für den Einbezug des KI und des KA in ein Catering lassen sich durchaus valable sachliche Argumente anführen. Eine solche Lösung kann namentlich das Ziel unterstützen, Menschen (wieder) in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Der Bezug bestimmter Leistungen beim KI oder KA kann deshalb auch dann nicht als missbräuchlich einschränkende Vorgabe qualifiziert werden, wenn dies die Attraktivität des Auftrags für Dritte mindern sollte.

50 Mehr der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang das Folgende angemerkt: Mit Blick auf den Bezug von Leistungen bei stadinternen Stellen dürfte es ratsam sein, nicht von Losen eines Auftrags zu sprechen. Nach üblicher Terminologie stellen Lose einzelne Teilaufträge im Rahmen eines zu vergebenden Gesamtauftrags dar (hinten Ziffer 6). Da der stadinterne Leistungsbezug aber eben gerade nicht als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist, könnte die Verwendung des Begriffs in diesem Zusammenhang Missverständnisse hervorrufen.

## 5 Umschreibung / Spezifikation des Beschaffungsgegenstands

### 5.1 Grundsatz: Freiheit der Vergabestelle

51 Der öffentliche Auftraggeber ist aufgrund der erwähnten Wahlfreiheit in Bezug auf die Beschaffung der Mittel zur Erfüllung seiner Aufgaben „libre de définir les prestations dont il a besoin“<sup>78</sup> und damit **grundsätzlich frei in der Umschreibung des Beschaffungsgegenstands**. Die damalige Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hat dazu das Folgende erwo-gen:

„Die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin muss [...] grundsätzlich frei darüber bestimmen können, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Service usw. stellt, was also im einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist [...]. Beim Entscheid über den Gegenstand und den Umfang der Beschaffung handelt es sich daher um einen von der Rekurskommission aufgrund von Art. 31 BoeB nicht überprüf-baren Ermessensentscheid. Es ist ausschliesslich Sache der zuständigen Vergabebehörde, über die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer Beschaffung zu befinden. Die Rekurskommission hat lediglich darüber zu wachen, dass die Beschaffung in Übereinstimmung mit der Submissionsgesetzgebung erfolgt.“<sup>79</sup>

52 Dementsprechend müssen die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen die benötigten Waren oder Dienstleistungen sowie die Anforderungen an technische Spezifikationen in einem Produkte- oder Aufgabenbeschrieb oder einem Leistungsverzeichnis umreissen.<sup>80</sup>

### 5.2 Insbesondere: Anforderungen an die Qualität von Lebensmitteln

53 Aus der Freiheit in Bezug auf die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands folgt, dass die Vergabestelle insbesondere bestimmte **Anforderungen an die Qualität von nachgefragten Waren** stellen darf. Im Fall von Lebensmitteln gehören dazu auch Anforderungen an die Produktion. Nach diesem Grundsatz ist es beispielsweise möglich bzw. zulässig, für Mahlzeiten die Verwendung biologisch produzierter Lebensmittel vorzuschreiben. Dies hat der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 10. Mai 2012<sup>81</sup> entschieden, das auch in der Schweiz einige Beachtung gefunden hat. MARTIN BEYELER hat dieses Urteil wie folgt kommentiert:

„Nach europäischem Recht ist es zulässig, Zuschlagskriterien aufzustellen, unter denen die Erfüllung von ökologisch oder sozial motivierten Anforderungen an die Produktion und die Lieferkette von zu beschaffenden Lebensmitteln honoriert wird. Konkret stand die Einhaltung von Anforderungen eines Bio-Gütesiegels sowie eines Labels für fairen Handel (Max Havelaar) zur Beurteilung. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass gewährleistet sein muss, dass die Anforderungen im Detail transparent gemacht werden und dass der Nachweis der Erfüllung dieser Anforderungen nicht auf das Gütesiegel beschränkt ist, sondern auch durch alle anderen Mittel erfolgen kann.“<sup>82</sup>

54 Zulässig war es nach diesem Entscheid, bei der Beschaffung von Lebensmitteln – in casu: Kaffee und Tee – via technische Spezifikationen den Markt auf biologisch produzierte Produkte zu beschränken, weil „die Anforderung der Produktbezogenheit der ökologisch ausgerichteten Spezifikation [...] in diesem Fall ohne

---

<sup>78</sup> ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Bern 2014, S. 198 N 317.

<sup>79</sup> Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001 i.S. P. AG (BRK 2001-011), VPB 66.38, E. 5a.

<sup>80</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, S. 173 N 383.

<sup>81</sup> EuGH C-368/10 vom 10. Mai 2012, Kommission gegen Niederlande.

<sup>82</sup> HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, *Neue Urteile*, in: Jean-Baptiste Zuffery/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2014*, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 28 ff., N 90.

weiteres erfüllt“ war.<sup>83</sup> Das Gericht erachtete es demgegenüber als unzulässig, Produkte mit bestimmten Gütezeichen zwingend vorzuschreiben; vielmehr müsse ein Anbieter die (materielle) Einhaltung der entsprechenden Anforderungen auch anders nachweisen können. Das Gütesiegel „Max Havelaar“ dürfe deshalb nicht als technische Spezifikation verwendet werden, sondern lediglich als ein möglicher Nachweis der gestellten Anforderungen.

55 Zu unterscheiden ist nach diesem Urteil und der Lehre zwischen den Anforderungen an das Produkt als solchen einerseits und dem Kriterium, anhand dessen die Einhaltung der Anforderungen geprüft wird, andererseits. **Anforderungen, die das Produkt bzw. dessen Beschaffung selbst betreffen, sind grundsätzlich zulässig.** Die Einhaltung der Anforderungen muss aber **objektiv an Kriterien gemessen werden, die nicht diskriminierend sind.**

56 Umstritten ist, ob und inwieweit darüber hinaus Produktionsbedingungen berücksichtigt werden dürfen, soweit sie sich nicht direkt auf die für die konkrete Beschaffung entscheidende Qualität eines Produkts auswirken.<sup>84</sup> Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat beispielsweise entschieden, im Zusammenhang mit der Beschaffung von Holzschnitzeln zu Heizzwecken sei es unzulässig, die Herkunft des Holzes aus einem „besonders naturnahen und artenreichen Waldbiotop“ zugunsten eines Anbieters zu berücksichtigen. Das Gericht erwoh dazu:

„Die derart geltend gemachten ökologischen Anliegen betreffen nicht die Beschaffenheit des Produkts (Holzschnitzel) im Hinblick auf dessen umweltgerechte Verwendung beim Käufer. Es handelt sich vielmehr um Gesichtspunkte, die im Herstellungsprozess auf Seiten des Anbieters von Bedeutung sind, was nach dem Gesagten an sich schon problematisch ist. Dazu kommt, dass hier nicht die Herstellungsprozesse der andern Anbieter als ökologisch fragwürdig taxiert werden; bezweckt wird einzig die finanzielle Unterstützung eines Naturschutzprojekts in der Gemeinde E. Das ist ein sachfremdes Kriterium, welches im Vergabeverfahren keine Berücksichtigung finden darf. Der geltend gemachte ökologische Aspekt wäre im übrigen auch mit den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes nicht vereinbar. Denn das daraus abgeleitete Zuschlagskriterium ist ausschliesslich auf die Situation der bevorzugten Anbieterin zugeschnitten und kann von andern Anbietern nicht erfüllt werden, was den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 BGBM widerspricht. Hinzu kommt, dass eine derart weitgehende Berücksichtigung eines bestimmten Umweltsanierungs als Zuschlagskriterium in den Ausschreibungsunterlagen hätte genannt werden müssen [...]. Der in diesen enthaltene Hinweis auf das Zuschlagskriterium Holzart und -herkunft lässt nicht erkennen, dass auf eine ökologische Bewirtschaftung der Herkunftswälder Wert gelegt wird.“<sup>85</sup>

57 Ob dieses (strenge) Urteil tatsächlich wegleitend für die künftige Praxis ist, erscheint offen. Es ist in der Lehre jedenfalls als zu einschränkend kritisiert worden.<sup>86</sup>

### 5.3 Problematik „vergabefremder“ Kriterien

58 Aus den Geboten der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) und dem Willkürverbot nach Art. 9 BV folgt, dass die Auswahl des Anbieters im Licht des zu vergebenden Auftrags sachlich begründbar sein muss. Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterschei-

<sup>83</sup> MARTIN BEYELER, in: Hubert Stöckli/Martin Beyeler (Hrsg.), Das Vergaberecht der Schweiz: Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, 9. Auflage, S. 503.

<sup>84</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 423 N 942.

<sup>85</sup> Urteil VB.1998.00369 vom 15. Dezember 1998, wiedergegeben in ZBI 2000 S. 255, E. 4.

<sup>86</sup> Hinweise bei MARC STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen. Vergaberechtliche Studie, erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), Aarau 2006 (Manuskript), S. 74 f.

dungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen.<sup>87</sup> Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.<sup>88</sup>

59 Diese Auswahl erfolgt bekanntlich anhand von Eignungs- und Zuschlagskriterien, welche die Vergabestelle im Rahmen ihres (weit gehenden Ermessens) festlegen kann. Die Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass diese in der Lage sind, den in Frage stehenden Auftrag ordnungsgemäss auszuführen. Dementsprechend dürfen nur objektive Kriterien zur Anwendung gelangen, die insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden betreffen.<sup>89</sup> Eignungskriterien, die für die Qualität der Auftragserfüllung überhaupt nicht von Bedeutung sind, sind demgegenüber – weil sachlich nicht begründbar – unzulässig. Auch die Zuschlagskriterien sind „auftragsspezifisch festzulegen“ (Art. 30 Abs. 3 ÖBV). „Vergabefremde“ Eignungs- und Zuschlagskriterien, d.h. Kriterien, die sich mit Blick auf das konkrete in Frage stehende Beschaffungsgeschäft nicht sachlich begründen lassen, sind grundsätzlich problematisch.<sup>90</sup>

60 Vergabefremde und damit tendenziell mindestens problematische Zuschlagskriterien sind namentlich die **Berücksichtigung von Allgemeininteressen** in Beschaffungsgeschäften. Entgegen einer einigermaßen verbreiteten Meinung sind aber beispielsweise Umweltschutzkriterien oder soziale Kriterien nicht per se vergabefremd.<sup>91</sup> Die Lehre unterscheidet deshalb zwischen prinzipiell unzulässigen Kriterien und vergabefremden Kriterien, die unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind.

61 Differenziert beurteilt werden namentlich Anforderungen unter dem Gesichtswinkel des **Umweltschutzes**. Umstritten sind namentlich Anforderungen, die sich „nur“ auf die Produktionsbedingungen oder auf die Transportwege beziehen.<sup>92</sup> Transportwege gelten als grundsätzlich unzulässiges Zuschlagskriterium, sofern sie sich nicht über eine längere Zeitspanne auswirken.

62 Zumindest problematisch sind beispielsweise Eignungskriterien, die sich auf das Gesellschaftskapital oder den Unternehmensgewinn beziehen.<sup>93</sup>

63 **Grundsätzlich unzulässig** sind Zuschlagskriterien mit **strukturpolitischer Zielsetzung**.<sup>94</sup> Technische Spezifikationen dürfen nach Art. VI Ziff. 1 GPA nicht in der Absicht oder mit der Wirkung ausgearbeitet, angenommen oder angewendet werden, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel („unnecessary obstacles to international trade“) zu schaffen. Generell sind Eignungskriterien unzulässig, die keinen Wettbewerb unter den Anbietenden zulassen oder den wirksamen Wettbewerb unnötig behindern.<sup>95</sup>

64 **Nicht** vergabefremd und damit zulässig sind demgegenüber grundsätzlich alle Zuschlagskriterien, die sich „unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken oder diese betreffen“.<sup>96</sup>

---

<sup>87</sup> BGE 136 I 17 E. 5.3 S. 29; vgl. für Vergabeverfahren auch etwa BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012, E. 4.3.

<sup>88</sup> BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319, mit Hinweisen.

<sup>89</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 254 N 588.

<sup>90</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 413 ff. N 917 ff.

<sup>91</sup> Vgl. etwa DUBEY, Les considérations sociales et environnementales, in: Baurecht 4/200, S. 167 f., 168. Zum Problem ausführlich STEINER, umweltfreundliche Beschaffung, passim.

<sup>92</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 423 ff. f. N 942 ff.

<sup>93</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 257 f. N 593 f.

<sup>94</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 414 N 918 f.

<sup>95</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 255 N 590.

<sup>96</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 422 f. N 941, mit Hinweisen.

65 Angesichts der unterschiedlichen Funktion der Eignungs- und Zuschlagskriterien gelten **in Bezug auf Eignungskriterien strengere Anforderungen** als in Bezug auf Zuschlagskriterien. Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren (Art 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV), womit der betreffende Anbieter definitiv „aus dem Rennen“ ist. Demgegenüber kann eine schlechtere Beurteilung anhand eines Zuschlagskriteriums mit einer besseren Beurteilung aufgrund anderer Kriterien unter Umständen noch aufgeholt werden. Dementsprechend darf beispielsweise die Ausbildung von Lehrlingen im Rahmen der Eignungsprüfung prinzipiell nicht berücksichtigt werden.<sup>97</sup> Ein entsprechendes Zuschlagskriterium wird demgegenüber unter Umständen als zulässig erachtet, sofern es nicht zu hoch gewichtet wird.<sup>98</sup>

#### 5.4 Vergaberechtliches Diskriminierungsverbot

66 Als Ausfluss des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) kommt dem Diskriminierungsverbot im Vergaberecht grosse Bedeutung zu. Vorgaben, die einzelne Anbieter diskriminieren oder ohne sachlichen Grund bevorzugen, sind dementsprechend prinzipiell unzulässig.<sup>99</sup> Die Praxis hatte sich in diesem Zusammenhang insbesondere mit einem **unzulässigen „Heimatschutz“ im Sinn der Bevorzugung von Anbietern am Ort oder in der Region** zu befassen.

67 Das Diskriminierungsverbot gilt sowohl für die **Umschreibung und die technischen Spezifikationen des Beschaffungsgegenstands** als auch für die Formulierung der **Eignungs- und Zuschlagskriterien**.

68 Technische Spezifikationen eines Auftrags dürfen nicht ohne sachlichen Grund so ausgestaltet werden, dass sie nur durch wenige oder gar nur einen einzelnen Anbieter erfüllt werden können, weil der Kreis der Anbieter damit unzulässig eingeschränkt würde.<sup>100</sup> In diesem Sinn hat beispielsweise das Kantonsgericht des Kantons Waadt die Vorgabe in einem Beschaffungsgeschäft betreffend Partnerschaft im Laborbereich, wonach der Zuschlagsempfänger einer Spitalorganisation zwingend künftige Aufträge für Laborleistungen der Arztpraxen aus der Region zu halten muss, als unzulässig erklärt, weil diese Vorgabe praktisch nur von ortsansässigen Anbietern erfüllt werden könnte.<sup>101</sup>

69 Die **Ortsansässigkeit** oder die **Geschäftstätigkeit im geografischen Raum der Vergabestelle** sind unzulässige Eignungskriterien.<sup>102</sup> Auch im Rahmen der Zuschlagskriterien ist eine Bevorzugung ortsansässiger Anbieter gegenüber ortsfremden Anbietenden unzulässig.<sup>103</sup> Die Berücksichtigung von **Ortskenntnissen** kann mitunter gerechtfertigt sein, wenn dies sachgerecht erscheint. Das Bundesgericht bejahte die Zulässigkeit beispielsweise für einen Ingenieurauftrag für eine Gesamtmelioration, weil es vorteilhaft sein könne, dass ein Anbieter die technischen Schwierigkeiten (z.B. zerklüftete und komplizierte Geländeverhältnisse, Anpassungen geplanter Bauten an unterschiedliche bestehende Werke) aus persönlicher Anschauung und vorherigen Arbeiten kenne.<sup>104</sup> Demgegenüber erachtete das Gericht dieses Kriterium für die Vergabe eines Kehrtafelfuhrauftrags als nicht sachgerecht, weil für diese Abfuhr eine

---

97 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 257 N 592.

98 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 419 ff. N 929 ff.

99 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 181 N 402.

100 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 182 N 404.

101 Urteil des Kantonsgericht VD MPU.2010.0008, wiedergegeben bei GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 181 f. N 403.

102 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 254 f. N 588 f.

103 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 415 N 920.

104 BGer 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16. September 2005, E. 5.1

bestimmte, relativ einfache und gleich bleibende Route vorgesehen war.<sup>105</sup>

- 70 Ab **Transportwege** berücksichtigt werden dürfen, ist teilweise umstritten. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es sich um ein vergabefremdes Kriterium handelt. Anderes gilt unter Umständen, wenn der Weg ausnahmsweise eine besondere Rolle spielt, beispielsweise im Fall eines Pikettdienstes; in diesem Fall könnte der Weg wegen der Notwendigkeit kurzer Reaktionszeiten (ausnahmsweise) gerechtfertigt sein. Im Einzelnen bestehen zu diesem Punkt unterschiedliche Auffassungen.<sup>106</sup>

## 5.5 Folgerungen

### 5.5.1 Allgemeines

- 71 Auszugehen ist vom **Grundsatz der Freiheit sowohl in Bezug auf die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands (inkl. technische Spezifikationen) als auch in Bezug auf die Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien**. Diese Freiheit wird beschränkt durch das grundsätzliche Verbot vergabefremder Kriterien und insbesondere das Diskriminierungsverbot.
- 72 Massstab der Beurteilung ist nach dem Ausgeführten **die Frage, ob sich einschränkende Vorgaben für den in Frage stehenden konkreten Auftrag sachlich rechtfertigen lassen**. Kann diese Frage bejaht werden, muss die betreffende Vorgabe in aller Regel zulässig sein. Einzüräumen ist, dass der aktuelle Stand der Rechtsprechung und Lehre zahlreiche Fragen offen und damit **Raum für Rechtsunsicherheiten** lässt. Im Einzelnen sind abstrakte Aussagen zur Zulässigkeit bestimmter Vorgaben auch deshalb heikel, weil sich im konkreten Fall zwar unter Umständen durchaus Argumente für eine bestimmte Lösung finden lassen und gleichzeitig nicht von der Hand zu weisen ist, dass diese zur Bevorzugung bestimmter Anbieter, beispielsweise von ortsansässigen, führt. Dazu kommt, dass zu ganz konkreten Frage wie namentlich der hier gestellten kaum gerichtliche Urteile ergangen sind, die eine wirklich verlässliche Prognose erlauben.

### 5.5.2 Anforderungen an die Qualität der verwendeten Lebensmittel

- 73 Ausser Frage steht nach meiner Beurteilung, dass **grundsätzlich Anforderungen an die Qualität der verwendeten Lebensmittel (z.B. Verwendung biologischer Produkte) gestellt werden dürfen**. Eine andere Frage ist, anhand welcher **Kriterien** diese Qualität gemessen wird. Angesichts der Rechtsprechung des EuGH und der Äusserungen in der Lehre dazu muss davon ausgegangen werden, dass die Qualität nicht ausschliesslich anhand eines „exklusiven“ Labels beurteilt werden darf, sondern ein Kriterium verwendet werden muss, dass tatsächlich einen objektiven Vergleich der Angebote erlaubt.

### 5.5.3 Beschränkung auf Produkte aus der Region?

- 74 Die Vorgabe, dass nur bestimmte Produkte aus der Region verwendet werden dürfen, bezieht sich an sich ebenso auf den Beschaffungsgegenstand selbst, was grundsätzlich für seine Zulässigkeit spricht. Ins Feld geführt werden kann für eine solche Vorgabe auch das Argument des Umweltschutzes (Transportweg), insbesondere dann, wenn der Auftrag (zulässigerweise, vgl. vorne Ziffer 5.4) eine Zubereitung von Mahlzeiten vor Ort vorsieht.

---

<sup>105</sup> BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000.

<sup>106</sup> Vgl. die Übersicht bei GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 424 ff. N 945 ff.

75 Dagegen kann eingewendet werden, dass allein die Herkunft aus der Region das Produkt als solches qualitativ nicht von gleichwertigen Produkten anderer Herkunft abhebt. Abgesehen davon, dass der Transport der Produkte ökologisch ins Gewicht fallen kann, ist ein regional produziertes Produkt tatsächlich nicht einfach „besser“ als ein gleichwertiges Produkt, das aus einer anderen Region stammt. Vor dem Hintergrund, dass das Vergaberecht den möglichst freien Wettbewerb „will“ und eine Berücksichtigung von Allgemeininteressen – auch dann, wenn diese als solche durchaus begründet sind – nur in beschränktem Ausmass zulässt, beurteile ich Vorgaben betreffend die Verwendung von Produkten aus der Region als **tendenziell heikel**. Sachlich einigermassen begründbar erscheinen solche Vorgaben wohl dann, wenn sie in einem Zusammenhang mit der Herstellung von Mahlzeiten vor Ort stehen (vgl. nachstehende Ziffer 5.5.4). Einzuräumen ist, dass insbesondere zu diesem Punkt keine gerichtlichen Entscheidungen bekannt sind, die ein wirklich verlässliches Urteil zulassen. Ein gewisses Beschwerderisiko kann aber nach meiner Beurteilung nicht vollends ausgeschlossen werden.

#### **5.5.4 Zubereitung der Mahlzeiten vor Ort**

76 Zur Vorgabe der Zubereitung von Mahlzeiten vor Ort lassen sich je nach konkreter Ausgestaltung des Auftrags sowohl Argumente für als auch Argumente gegen die Zulässigkeit anführen.

77 Gute Gründe sprechen namentlich dann für die Zulässigkeit einer solchen Vorgabe, wenn die **Zubereitung direkt in den einzelnen Einrichtungen (Tagesschule, Kinder- oder anderweitige Tagesstätte) erfolgen** soll. Diese Vorgabe **betrifft direkt die Art der nachgefragten Leistung** und ist damit nicht „vergabefremd“. Sie lässt sich beispielsweise auch mit dem pädagogischen Argument begründen, die Kinder könnten die Herstellung der Produkte direkt vor Ort miterleben. Es dürfte zwar auf der Hand liegen, dass es für einen ortsansässigen Anbieter einfacher als für einen auswärtigen ist, den Auftrag vor Ort zu erfüllen. Dies gilt allerdings auch für andere standortgebundene Aufträge wie namentlich Bauaufträge und kann deshalb nicht per se ein Gesichtspunkt sein, der zur Unzulässigkeit der Vorgabe führt.

78 Als **tendenziell heikler** erachte ich eine verbindliche Vorgabe im Sinn der Stossrichtung von Ziffer 11.3 der Ausschreibungsunterlagen vom 4. Mai 2014 (die allerdings keine verbindliche Vorgabe darstellte), dass Mahlzeiten **ausserhalb der Einrichtungen in einem bestimmten geografischen Raum** hergestellt werden müssen, wenn diese anschliessend an die einzelnen Einrichtungen zu transportieren sind. Diese Lösung unterscheidet sich von der Herstellung von Mahlzeiten andernorts im Wesentlichen nur durch den Transportweg, der grundsätzlich ein heikles Beurteilungskriterium darstellt (vorne Ziffer 5.4).

79 Immerhin kann für diese Lösung das auch in den Ausschreibungsunterlagen ins Feld geführte Argument vorgetragen werden, die Kinder könnten in diesem Fall unter Umständen die Herstellung der Mahlzeiten im Rahmen eines Besuchs der Produktionsstätte miterleben. Eine Bereitstellung der Mahlzeiten vor Ort erleichtert der Stadt zudem den Transport zu den einzelnen Einrichtungen, wenn diese Leistung durch städtische Stellen (KA, KI) übernommen werden soll. Allerdings gilt dies auch für eine Lösung, wonach der Anbieter die Mahlzeiten zwar auswärts herstellt, aber an einen bestimmten Ort im geografischen Raum der Stadt Bern anliefert. Der Besuch der Produktionsstätte wäre mindestens theoretisch unter Umständen auch dann möglich, wenn diese weiter entfernt ist.

80 Unter dem Strich könnte auch eine Lösung in dem Sinn, dass der Anbieter die Mahlzeiten in Bern oder Umgebung herstellen muss und die Stadt den Transport zu den einzelnen Einrichtungen übernimmt, **wohl einigermassen nachvollziehbar begründet werden**. Eine Garantie dafür, dass ein Gericht dieser Argumentation auch folgen würde, besteht indes nach meiner Beurteilung **nicht**.

## 6 Aufteilung des Auftrags in Lose

### 6.1 Zulässigkeit von Losen

81 Aus der Freiheit in Bezug auf die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands ergibt sich, dass ein Auftrag **grundsätzlich auch in verschiedene Lose aufgeteilt werden darf**. Eine solche Aufteilung widerspricht dem Vergaberecht nicht, sondern unterstützt im Gegenteil die damit bezweckte Marktöffnung in dem Sinn, dass sich um einen (Teil-)Auftrag unter Umständen auch Anbieter bewerben können, die nicht in der Lage wären, den gesamten Auftrag zu erfüllen.

### 6.2 Verbot missbräuchlicher Aufteilung

82 Aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung der Anbietenden und der Transparenz ergibt sich, dass die Vorschriften über die Schwellenwerte und das anwendbare Verfahren (vorne Ziffer 3.3) aber nicht durch „geeignete“ Vorkehren umgangen werden dürfen. Ein Auftrag darf deshalb nach dem sog. **Aufteilungsverbot** (Art. 2 ÖBV) deshalb nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Schwellenwerte nach Artikel 3 ÖBG zu unterschreiten. Art. 2 ÖBV verbietet (nur) die rechtsmissbräuchliche, „künstliche“ Aufteilung eines Auftrags. Eine Aufteilung ist somit nicht prinzipiell verboten, sondern bleibt grundsätzlich möglich, muss „aber sachlich begründet sein und zu kohärenten Teilaufträgen führen“.<sup>107</sup> Massstab der Beurteilung könnte etwa das finanzhaushaltrechtliche Trennungsverbot gemäss Art. 102 der Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 (GV)<sup>108</sup> sein; eine Aufteilung von Aufträgen ist nach diesem Massstab namentlich dann unzulässig, wenn zwischen einzelnen Teilaufträgen ein derart enger Zusammenhang besteht, dass der eine Auftrag ohne den andern keinen oder wenig Sinn macht.

83 Mit Blick auf die Bildung von Losen für einen bestimmten Auftrag kommt dem Aufteilungsverbot allerdings **beschränkte Bedeutung** zu. Das Verbot will verhindern, dass ein Auftrag in mehrere unabhängige Aufträge aufgeteilt wird, die je für sich in einem „untergeordneten“, einfacheren Verfahren (freihändig oder in einem Einladungsverfahren) vergeben werden können. Diese Gefahr besteht nicht, wenn der Auftragswert der einzelnen Aufträge nach Art. 3 ÖBV zusammengerechnet wird. Im vorliegenden Fall ist jedenfalls von „gleichartigen Einzelaufträgen“ im Sinn von Art. 3 Abs. 1 ÖBV auszugehen, womit eine solche Zusammenrechnung erfolgen muss.

84 Unter diesen Umständen spricht auch das Aufteilungsverbot nach Art. 2 ÖBV nicht dagegen, einen Auftrag für ein Catering für verschiedene städtische Einrichtungen in bestimmte Lose aufzuteilen.

### 6.3 Beschränkung der Anzahl Lose für einen bestimmten Anbieter?

85 Um den Zugang eines unliebsamen Anbieters zumindest zu beschränken und andere Anbieter zum Zug kommen zu lassen, könnte erwogen werden, die Vergabe von Losen in dem Sinn zu beschränken, dass einem bestimmten Anbieter nur eine bestimmte Anzahl Lose oder nur ein Los zugeschlagen werden darf. Für ein solches Vorgehen könnte das Interesse am Marktzugang einer möglichst grossen Anzahl Anbieter sprechen. Dagegen ist einzuwenden, dass Eingriffe in die Marktstruktur – weil vergabefremd – vergaberechtlich verpönt sind (vorne Ziffer 5.3). Zudem besteht die Möglichkeit, dass mit einem solchen Vorgehen der Zuschlag unter Umständen nicht – wie dies Art. 30 Abs. 1 ÖBV verlangt – für das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden darf.

---

<sup>107</sup> JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 825 N 57.

<sup>108</sup> BSG 170.111.

86 Die Praxis hat sich, soweit bekannt, bis anhin kaum mit dem Problem der „Losabschottung“ zu befassen gehabt. Bekannt ist einzig das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Aargau zu § 18 Abs. 2 des Aargauer Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD AG) mit folgendem Wortlaut:

Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst, Ausbildung von Lehrlingen, gerechte Abwechslung und Verteilung.

87 Das Kantonsgericht au bezeichnete das am Schluss erwähnte Zuschlagskriterium „gerechte Abwechslung und Verteilung“ in einem Urteil aus dem Jahr 2008 als

„ein sog. ‚vergabefremdes‘ Zuschlagskriterium, das nicht unmittelbar zur Bestimmung des im Hinblick auf die konkrete Vergabe wirtschaftlich günstigsten Angebots beiträgt, sondern Allgemeininteressen berücksichtigt [...]. Gemäss Matthias Hauser (Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1420) erscheint die gerechte Abwechslung u.U. sinnvoll, wenn mit einer Mehrzahl entsprechender Konstellationen (ähnliche Aufträge, zu erwartende Gleichwertigkeit mehrerer Offerten) mit den jeweils gleichen Anbietern zu rechnen ist. Ansonsten sei eine Abwechslung nicht gewährleistet. Dass die eingehenden Angebote gleichwertig sind, ist bei Vergaben wie der vorliegenden Sammelausschreibung von kleineren Strassenbauaufträgen häufig der Fall. Mit dem Kriterium der Abwechslung hat es die Vergabebehörde bei solchen Vergaben auch in der Hand, ein allfälliges ‚Klumpenrisiko‘ zu vermeiden. Klar erscheint sodann, dass der ‚gerechten Abwechslung und Verteilung‘ als vergabefremdem Kriterium kein allzu grosses Gewicht zukommen darf [...]. Letztlich soll damit lediglich erreicht werden, dass bei an sich (in Bezug auf die preis- und qualitätsrelevanten Zuschlagskriterien) gleichwertigen Angeboten eine Abwechslung möglich ist. Vorliegend kommt dem Kriterium ein Gewicht von 5 % zu, was im Hinblick auf das der Vergabestelle zukommende grosse Ermessen bei der Handhabung der Kriterien vertretbar erscheint.“<sup>109</sup>

88 Zu beachten ist, dass das Aargauer Submissionsdekret die „gerechte Abwechslung und Verteilung“ als Zuschlagskriterium und nicht etwa als Eignungskriterium vorsieht, das entweder vollständig oder gar nicht erfüllt ist. Es wäre gestützt auf die zitierte Bestimmung somit auf jeden Fall nicht möglich, bestimmte Anbieter zum Vornherein von bestimmten (Teil-)Aufträgen oder Losen auszuschliessen. Das Kriterium erlaubt einzig die Berücksichtigung einer „gerechten Abwechslung und Verteilung“ im Rahmen der Beurteilung der Offerten, aber auch dies nur mit einer geringen Gewichtung.

89 Weiter in Richtung „Losabschottung“ geht die bundesrechtliche Regelung im neuen, seit dem 1. Januar 2012 in Kraft stehenden Art. 21 Abs. 1<sup>bis</sup> BÖB mit folgendem Wortlaut:

Teilt die Auftraggeberin die zu beschaffenden Leistungen in Teilleistungen (Lose) auf, so kann sie festlegen, dass ein einzelner Anbieter oder eine einzelne Anbieterin nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann. Sie kündigt dies in der Ausschreibung an.

90 Dazu soweit ersichtlich besteht zu dieser Bestimmung noch keine gerichtliche Praxis. Die Lehre kritisiert, dass diese Vorgabe einem Eingriff in die Marktstruktur gleichkommt und damit an sich vergabefremd ist. Sie postuliert „zumindest eine einlässliche **Begründungspflicht** der Vergabestelle bei Anwendung der Bestimmung“, damit „die in der Bestimmung inhärente Missbrauchsgefahr möglichst“ einzudämmen.<sup>110</sup> MARTIN BEYELER kommentiert diese Bestimmung in der Besprechung eines Urteils des Oberlandesgerichts Düsseldorf<sup>111</sup> wie folgt:

„1. Dieses Urteil ist im Allgemeinen deswegen von Interesse, weil es der Schweiz noch an Rechtsprechung zur Loslimitierung (Losabschottung), insbesondere zu dem am 1.1.2012 in Kraft getrete-

<sup>109</sup> AGVE 2008 31, Urteil vom 18. August 2008 (WBE 2008.150), E. 5.2.

<sup>110</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 374 N 840; Hervorhebung im Original.

<sup>111</sup> Urteil OLG Düsseldorf VII-Verg 99/11 vom 7. Dezember 2011.

nen Abs. 1<sup>bis</sup> des Art. 21 BöB, mangelt, im Speziellen aber auch darum, weil es lehrreiche Überlegungen zur Frage nach den rechtlichen Voraussetzungen der Loslimitierung bereithält.

2. Wer den Art. 21 BöB Abs. 1<sup>bis</sup> liest, kann zur Auffassung gelangen, dass die Losabschottung stets unter der einzigen Voraussetzung zulässig sei, dass sie in der Ausschreibung (bzw. den jeweiligen Ausschreibungen) bekanntgegeben wird.

a. Das referierte Urteil zeigt aber, dass nach deutschem Vergaberecht - und das aus grenzüberschreitend beachtenswerten Gründen - davon ausgegangen wird, dass eine Ausschreibungsregel, wonach ein bestimmtes Unternehmen a priori nur eine begrenzte Zahl unter allen infrage stehenden Losen erhalten kann, selbst wenn es in weiteren Losen am günstigsten böte, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein kann. Mit Bezug auf das BöB ist insofern festzustellen, dass all dessen Bestimmungen, also auch der Art. 21 Abs. 1<sup>bis</sup>, im Lichte von dessen erstem Artikel zu lesen sind.

b. Wichtige öffentliche Interessen, die alleine über sorgfältig definierte Spezifikationen, verbunden mit einer fachgerechten und strengen Eignungsprüfung, nicht hinreichend abgesichert werden können, wie insbesondere die Liefersicherheit bei einem aus wichtigen Gründen stetig benötigten Produkt, bei dem ein Ausbleiben der Leistung schwerwiegende Konsequenzen hätte, stellen einen tauglichen Grund für eine Loslimitierung dar, falls durch diese im konkreten Fall bewirkt wird, dass ein Lieferengpass oder ein Lieferantenausfall rascher oder mit besserem Ergebnis überwunden werden kann.

c. Die allgemeine Erschwerung beziehungsweise Verhinderung von Marktkonzentrationen, Oligopolen und Monopolen ist grundsätzlich kein Ziel, das im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren verfolgt werden dürfte, da die Marktgestaltung aus vergaberechtlicher Sicht dem Wettbewerb überlassen bleiben muss und die Verhinderung von schädlichen Konzentrationen den Wettbewerbsaufsichtsbehörden zusteht. Wenn jedoch in einem konkreten Fall der Wettbewerb tatsächlich unmittelbar vor dem Erlöschen stünde, falls (nur) einem bestimmten Bieter vergeben würde, so dass hierdurch künftiger Wettbewerb auf absehbare Zeit faktisch verunmöglicht wäre, kann sich eine Losabschottung zum Schutze des Wettbewerbs rechtfertigen. Das dürfte vorab auf Spezialmärkte zutreffen, von denen der Auftraggeber auch künftig (nach der infrage stehenden Beschaffung) abhängt und in denen nur sehr wenige (oder nur der nämliche) Auftraggeber überhaupt auftreten.

3. Im Übrigen ist anzumerken, dass nach dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 1<sup>bis</sup> BöB die Anzahl an Losen beschränkt werden kann, die ein Bieter ‚erhalten kann‘, die ihm also maximal vergeben werden. Das bedeutet, dass es keinem Interessenten unter Bezugnahme auf eine Loslimitierungs-Regel verwehrt werden kann, sich um alle infrage stehenden Lose zumindest zu bewerben, wobei insbesondere die Eignungsprüfung vorbehalten bleibt. Diese Auslegung gefährdet keine Ziele dieser Bestimmung und fördert zugleich die Ziele des Art. 1 BöB, weil so bezüglich jedes Loses tendenziell mehr Wettbewerb entsteht, auch wenn aufgrund der Loslimitierung klar ist, dass nicht notgedrungen in allen Losen das beste Angebot gewinnen wird. Eine Loslimitierung schon bezüglich des Rechts zur Verfahrensteilnahme ist mithin jedenfalls auf Bundesebene nicht zulässig.<sup>112</sup>

<sup>91</sup> Zu beachten ist, dass die bundesgesetzliche Regelung Art. 21 Abs. 1<sup>bis</sup> BöB als solche für das Bundesgericht und für alle andern rechtsanwendenden Behörden selbst dann ist, wenn sie sich als verfassungswidrig erweisen sollte (Art. 190 BV). Sie dürfte in der Praxis im Sinn der erwähnten Lehrmeinungen aber einschränkend auszulegen sein. Besteht – wie namentlich im Kanton Bern – demgegenüber überhaupt keine Bestimmung über eine mögliche „Losabschottung“, muss sie nach meiner Beurteilung nach dem Ausgeführten als unzulässig qualifiziert werden.

## 6.4 Folgerungen

<sup>92</sup> Eine Beschränkung der Vergabe einzelner Lose in dem Sinn, dass ein bestimmter Anbieter zum Vornhinein nicht mehr als eine bestimmte Anzahl Lose oder nur ein Los zugeschlagen erhalten kann, ist nach meiner Beurteilung – **insbesondere auch mangels gesetzlicher Grundlage – unzulässig**. Eine solche

<sup>112</sup> MARTIN BEYELER, Baurecht 4/2012, S. 269.

Vorgabe kommt einem **vergabefremden, verpönten Eingriff in die Marktstruktur** gleich und führt unter Umständen dazu, dass ein (Teil-)Auftrag nicht – wie dies Art. 30 Abs. 1 ÖBV zwingend vorschreibt – für das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden kann. Aus rechtlicher Sicht muss von solchen Vorgaben abgeraten werden.

## 7 Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

93 Gestützt auf die vorstehenden Überlegungen beantworte ich die eingangs gestellten Fragen in knapper Form wie folgt:

### Frage 1:

*Besteht die Möglichkeit, dass städtische Stellen gewisse Leistungen im Zusammenhang mit dem Catering selbst erbringen und die Stadt nur die benötigten weiteren Leistungen mittels einer öffentlichen Beschaffung von Dritten „einkauft“?*

Ja. Die Stadt ist grundsätzlich frei zu entscheiden, ob sie ihre Aufgaben mit eigenen Mitteln erfüllt oder die Auftrag Dritten zur Erfüllung überträgt. Sie hat auch die Möglichkeit, die Aufgaben teilweise selbst zu erfüllen und teilweise Dritten zu übertragen. Sie ist dementsprechend auch frei in der Frage, welche Leistungen sie bei eigenen städtischen Stellen beziehen und welche Leistungen sie mittels einer öffentlichen Beschaffung bei Dritten beziehen will.

### Frage 2:

*Besteht die Möglichkeit, den Auftrag ohne förmliches Vergabeverfahren an eine stadtnahe Organisation, evtl. an eine eigens dafür gegründete Organisation, zu vergeben? Unter welchen Voraussetzungen gegebenenfalls?*

Das Vergaberecht erfasst grundsätzlich „alle Arten von öffentlichen Aufträgen“ an alle Dritten, die nicht Teil der Stadtverwaltung sind. Eine Ausnahme gilt für sog. „Quasi-inhouse-Vergaben“ an ein Unternehmen, das mit der Vergabestelle sehr eng verbunden ist. Die Voraussetzungen für die Qualifikation eines Geschäfts als vergaberechtsfreie „Quasi-inhouse-Vergabe“ sind ausserordentlich streng. Nach der Lehre schliesst jede noch so geringfügige private Beteiligung eine solche Vergabe aus. Allein der Umstand, dass eine Organisation gestützt auf einen Leistungsauftrag der Stadt öffentliche Aufgaben der Stadt Bern erfüllt, reicht bei Weitem nicht aus. Mit Blick auf die mir bekannten Partnerorganisationen der Stadt kann in keinem Fall davon ausgegangen werden, dass eine vergaberechtsfreie „Quasi-inhouse-Vergabe“ möglich wäre. Theoretisch denkbar (aber prima vista kaum wirklich zielführend) wäre die Gründung einer eigens dafür geschaffenen Organisation, die aber im Wesentlichen auch nur für ihren eigenen öffentlichen Auftraggeber tätig sein dürfte.

### Frage 3:

*Sind in einem Vergabeverfahren Vorgaben in dem Sinn zulässig, dass die Mahlzeiten in Bern vor Ort zubereitet werden müssen und dafür nur bestimmte Produkte (z.B. biologische Lebensmittel, lokale Produktion) verwendet werden dürfen?*

Die Stadt kann die Anforderungen an die Qualität der Produkte grundsätzlich frei umschreiben, solange sich diese sachlich rechtfertigen lassen. Denkbar ist beispielsweise die Vorgabe, dass biologische Produkte zu verwenden sind. Demgegenüber sind Vorgaben zur geografischen Herkunft der Produkte vergaberechtlich heikel, weil sie im Ergebnis einem verpönten (versteckten) „Heimatschutz“ gleichkommen können. Vor entsprechenden Vorgaben muss aus (vergabe-)rechtlicher Sicht abgeraten werden.

Eine Vorgabe betreffend Zubereitung vor Ort lässt sich unter Umständen sachlich rechtfertigen, namentlich dann, wenn die Zubereitung in den Einrichtungen selbst erfolgen soll. Für eine solche Vorgabe kön-

nen unter anderem pädagogische Interessen ins Feld geführt werden. Als tendenziell heikel erachte ich demgegenüber Vorgaben zum Ort der Zubereitung ausserhalb der Einrichtungen; die „Qualität“ der Leistung als solcher unterscheidet sich in diesem Fall nicht wesentlich von derjenigen nach einer Lösung, nach der die Mahlzeiten auswärts zubereitet, aber nach Bern gebracht werden.

Frage 4:

*Kann der Auftrag in mehrere Lose, z.B. für einzelne Standorte, aufgeteilt werden? Wäre die Vorgabe zulässig, dass ein Anbieter lediglich den Zuschlag für ein einziges Los erhalten kann?*

Die Aufteilung eines Auftrags in verschiedene Lose ist vergaberechtlich grundsätzlich ohne Weiteres zulässig und auch nicht unerwünscht, weil damit der Marktzugang kleinerer Anbieter tendenziell gefördert wird. Die Aufteilung darf aber nicht dazu führen, dass die Vorschriften über die Schwellenwerte und das anwendbare Verfahren umgangen werden. Im vorliegenden Fall wäre der Wert der einzelnen Aufträge nach Art. 3 ÖBV zur Bestimmung des anwendbaren Verfahrens aber ohnehin zusammenzurechnen, womit dem Aufteilungsverbot kaum praktische Bedeutung zukommt.

Eine Vorgabe in dem Sinn, dass ein Anbieter zum Vornherein lediglich den Zuschlag für ein einziges Los oder eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann, erachte ich als unzulässig.

## 8 Hinweise zur Ausschreibung und zu den Ausschreibungsunterlagen

### 8.1 Pflichtenheft vom 4. Mai 2014

- 94 Das mit Publikation vom 18. Juni 2014 eröffnete Vergabeverfahren ist offenbar reibungslos verlaufen, womit sich Anmerkungen dazu und zu den Ausschreibungsunterlagen an sich erübrigen. Ich erlaube mir dennoch mit Blick auf künftige Ausschreibungen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zu Wert und Unwert eine, zwei Anmerkungen zum Dokument des Schulamts und Jugendamts „Catering Tagesschulen/Kita/Tagi Stadt Bern – Pflichtenheft für die Dienstleistung“ vom 4. Mai 2015.
- 95 Gegenstand und Umfang des Auftrags werden unter Ziffer 5 umschrieben. In dieser Hinsicht ist die Vergabestelle nach dem Ausgeführten grundsätzlich frei. Zu den Anforderungen unter dem Gesichtswinkel der Ökologie und Nachhaltigkeit (Ziffer 5.3) ist immerhin anzumerken, dass das Erfordernis, dass die Lebensmittel „zu einem Grossteil aus regionalen Produktionsbetrieben“ stammen müssen, unter Umständen auch als unproblematischer „verdeckter Heimatschutz“ qualifiziert werden könnte (dazu vorne Ziffer 5.5.3).
- 96 Sollte die „Bereitschaft für die Anstellung von Mitarbeitenden aus beruflichen oder sozialen Integrationsprojekten“ als Eignungskriterium verstanden werden (vgl. Ziffer 9, 1. Lemma), wäre dies kaum zulässig. Allerdings wird dieser Aspekt später als Zuschlagskriterium behandelt (Ziffer 11.1). Aus meiner Sicht wäre eine Klärung angezeigt, welche rechtliche Bedeutung dem erwähnten Erfordernis genau zukommt.
- 97 Dem Grundsatz der Transparenz kommt in Vergabeverfahren grosse Bedeutung zu, womit gute Gründe für eine strenge Anwendung dieses Grundsatzes sprechen.<sup>113</sup> Generell ist es im Interesse der Transparenz angezeigt, die einzelnen Anforderungen und deren rechtliche Tragweite möglichst genau zu umschreiben. Diesem Erfordernis ist nach meiner Beurteilung mit eher „weichen“ Formulierungen (vgl. etwa Ziffer 5.3: „aus möglichst biologischen Produktionsbetrieben“; „zu einem Grossteil aus regionalen Produktionsbetrieben“; Ziffer 5.6: „erfolgen im Prinzip zweimal pro Woche“) nur beschränkt Rechnung getragen, vor allem dann, wenn – wie dies Ziffer 9 nahelegt – diese Anforderungen unbedingt eingehalten werden müssen. Soweit solche eher offen formulierten Anforderungen für den Zuschlag bedeutsam sind, stellt sich im Weiteren die Frage, wie sie genau beurteilt werden. Unzulässig wäre es auf jeden Fall, eine Beurteilung anhand von Kriterien vorzunehmen, die aus der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich sind.<sup>114</sup>

### 8.2 Künftige Ausschreibung

- 98 Im beiliegenden Dokument sind Vorschläge für den Fall skizziert, dass ein Auftrag künftig so ausgeschrieben werden soll, dass städtische Stellen wie das KA und das KI im Rahmen des Catering mitwirken. Aufgrund der mir zur Verfügung stehenden Informationen ist es im heutigen Zeitpunkt allerdings nicht möglich, alle Einzelheiten bereits abschliessend vorzuschlagen. Eine konkrete Lösung müsste nach meinem Dafürhalten mit den Zuständigen noch einigermaßen einlässlich diskutiert werden; näher auszuloten wäre im Besonderen, welche konkreten Leistungen stadintern organisiert werden können (z.B. Abholen von Mahlzeiten in welchem geografischen Raum?). Die Vorschläge sollen aber immerhin zeigen, in welche Richtung eine neue Ausschreibung gehen könnte.
- 99 Einzelne Vorschläge beurteile ich nach dem Ausgeführten als nicht völlig „risikofrei“. Wie erwähnt erachte ich namentlich eine Vorgabe, wonach die Mahlzeiten zwar nicht direkt in den Einrichtungen zubereitet

<sup>113</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 377 ff., 846 ff.; JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, N 81 f.

<sup>114</sup> Zum Problem GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 377 ff., 846 ff.

werden, aber doch im Raum Bern hergestellt werden müssen, als nicht vollends unproblematisch. In diesem Zusammenhang darf aber auch berücksichtigt werden, dass die Ausschreibung eine anfechtbare vergaberechtliche Verfügung darstellt (Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG), die innert zehn Tagen anzufechten ist (Art. 14 Abs. 1 ÖBG). Nach der Praxis des Bundesgerichts gelten die Ausschreibungsunterlagen als integrierender Bestandteil der Ausschreibung, sofern sie mit der Ausschreibung selbst bereits zur Verfügung stehen, d.h. auf der Internetplattform simap.ch aufgeschaltet werden.<sup>115</sup> Dementsprechend sind Beanstandungen sowohl gegen die Ausschreibung im Sinn von Art. 10 ÖBV als auch gegen die Ausschreibungsunterlagen nach Art. 11 ÖBV ohne Verzug bereits in dem Moment zu erheben, in dem sie den potentiellen Anbietenden zur Kenntnis gebracht werden. Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat den Grundsatz bestätigt, dass Mängel der den Anbietenden bekannt gemachten Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich innert zehn Tagen zu beanstanden sind und dass das Beschwerderecht verwirkt ist, wenn von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht wird. Das Gericht hat dazu erwogen:

„Das Gesetz führt die Ausschreibungsunterlagen nicht als eigenständiges Anfechtungsobjekt auf. Ob die Ausschreibungsunterlagen Bestandteil der Ausschreibung bilden und deshalb zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen, geht aus den Materialien nicht hervor [...]. Das Bundesgericht erachtet die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als integrierender Bestandteil der Ausschreibung. Allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind deshalb, wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst, innert zehn Tagen seit der Zustellung zu rügen, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist [...]. Von diesem Grundsatz ist dann abzuweichen, wenn Dokumente den Anbieterinnen und Anbietern erst nach ihrer Zulassung zur Teilnahme am zweiten Teil des selektiven Verfahrens, das nunmehr ohne erneute öffentliche Ausschreibung abläuft, übergeben werden [...], ferner, wenn die zehntägige Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist, bevor die potentiellen Anbieterinnen und Anbieter die Ausschreibungsunterlagen beziehen können. Das Bundesgericht erachtet es in diesen Fällen als zulässig, die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen auch noch im nächstfolgenden Beschwerdeverfahren vorzubringen [...].“<sup>116</sup>

<sup>100</sup> Damit steht nach Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist in der Regel fest, ob der ausgeschriebene Auftrag rechtlich noch in Frage gestellt werden kann oder Bestand haben wird. Diese Überlegung rechtfertigt es unter Umständen, bei gegebenem Interesse an einer bestimmten Lösung auch gewisse (vertretbare) Risiken einzugehen.

Bern, 3. Juli 2015



Ueli Friederich

---

<sup>115</sup> BGE 129 I 313 E. 6.

<sup>116</sup> VGE 22471 vom 24. August 2006, BVR 2007 S. 177 E. 2.2.