

Faktenblatt

Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (Art. 9 BöB/IVöB)

Juli 2021

Betroffene Phase im Beschaffungsablauf:

Art. 9 BöB/IVöB erweitert den Begriff der unterstellten öffentlichen Aufträge.

Dem Vergaberecht ausdrücklich unterstellt sind die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen. Vorausgesetzt ist, dass die Anbieterin auf diesem Weg ein exklusives Recht erhält, um eine öffentliche Aufgabe im öffentlichen Interesse zu erfüllen und dafür eine Gegenleistung erhält. Art. 9 BöB/IVöB unterstellt diese Beauftragung dem **Vergaberecht**, wenn kein Spezialgesetz vorgeht. Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bzw. Konzession wird dann in einem Vergabeverfahren nach BöB/IVöB ausgeschrieben.

Spezialgesetze können abweichende Regelungen enthalten, konkret den Auswahlprozess vom beschaffungsrechtlichen Geltungsbereich ausnehmen (so z.B. Art. 3a StromVG, PBG). [Auch das kantonale Recht kann in Spezialgesetzen in diesem Sinn Ausnahmen bzw. Vorbehalte vorsehen.](#)

Einordnung: Um was geht es?

Art. 9 BöB/IVöB erweitert den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts, indem dadurch nicht nur «klassische» Beschaffungen, d.h. der Einkauf von Waren und Dienstleistungen durch die Verwaltung, sondern grundsätzlich auch die Aufgabenübertragung an eine (private) Leistungserbringerin oder die Verleihung einer Konzession zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diesen Regeln unterstellt wird.

Diese in Art. 9 BöB/IVöB geregelte Ausdehnung des vergaberechtlichen Geltungsbereichs ist im GPA nicht vorgesehen. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen fällt daher grundsätzlich in den Nicht-Staatsvertragsbereich.

Die *Schwellenwerte* gelten bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und bei der Verleihung von Konzessionen sinngemäss zur Wahl des richtigen Vergabeverfahrens. Die jeweilige Auftragsart ist, wie bei anderen öffentlichen Aufträgen, anhand der charakteristischen Leistung (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) zu bestimmen, gemischte Aufträge anhand des Schwergewichts.

Übertragung einer öffentlichen Aufgabe

Hauptanwendungsfall der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe ist die Übertragung einer Aufgabe an eine Privatperson oder private Organisation (Auftragnehmerin), welche die Leistungen anstelle bzw. im Auftrag des Gemeinwesens den Bürgerinnen erbringt. Typischerweise, aber nicht ausschliesslich, handelt es sich um «Service public»-Angebote. Zwischen dem Gemeinwesen bzw. der Verwaltung und der Auftragnehmerin wird in der Regel eine spezifische *Leistungsvereinbarung* (oder auch «Leistungsauftrag») abgeschlossen.

Folgende allgemeine Voraussetzungen sind zu beachten:

- Die Übertragung setzt eine *gesetzliche Grundlage* voraus, welche die Art der Aufgabenerfüllung durch die Privaten in den Grundzügen regelt, um sicherzustellen, dass dabei die öffentlichen Interessen ausreichend gewahrt werden. Art. 9 BöB/IVöB selber ist keine solche Grundlage.
- Der Staat muss die Privaten bei ihrer Tätigkeit *beaufsichtigen/kontrollieren*.
- Es ist zu gewährleisten, dass die Privaten bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die Verfassung, insbesondere die *Grundrechte*, beachten.

Beispiele: Angebote des öffentlichen Verkehrs (Ortsverkehr), Spitexleistungen, Betrieb eines Spitals auf der kantonalen Spitalliste, Bau- und Betrieb einer öffentlichen Infrastruktur, Energieberatung.

Vorbehalten bleiben spezialgesetzlich geregelte Ausschreibungsverfahren (vgl. dazu auch unten).

Verleihung einer Konzession

Bisher waren Konzessionserteilungen dem Beschaffungsrecht nur unterstellt, wenn sie der *Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe* dienen (BGE 144 II 177 E. 1.3.2). Dies gilt gestützt auf Art. 9 BöB/IVöB weiterhin, auch wenn aus dem Wortlaut abgeleitet werden könnte, dass ein blosses öffentliches Interesse an der Verleihung der Konzession für die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht genügt. Entscheidend ist somit, dass die Privaten eine öffentliche Aufgabe erfüllen:

- Eine private Auftragnehmerin erhält besondere und ausschliessliche *Rechte*, die *grundsätzlich dem Staat vorbehalten* sind und den

Privaten vorher nicht zustanden (Monopolcharakter). Sie dürfen diese Rechte gegen Entgelt verwerten (z.B. von Nutzern zu entrichtende Gebühren).

- Der zu übertragende Bereich steht im Zusammenhang mit einer *öffentlichen Aufgabe*. Konzessionen, welche keinen Zusammenhang zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe aufweisen (z.B. Sondernutzungskonzessionen im Zusammenhang mit der Nutzung von öffentlichem Grund und Boden wie Marktstände, Plakatwerbeflächen etc.), fallen dagegen **nicht** unter Art. 9 BöB/IVöB, **aber allenfalls unter Art. 2 Abs. 7 BGBM**. Es sind jedoch Mischformen möglich, welche u.U. dem Vergaberecht gleichwohl unterstehen (vgl. etwa das Beispiel eines städtischen Veloverleihsystems).
- Durch die Verleihung der Konzession erlangt die Auftragnehmerin gegenüber Konkurrentinnen in aller Regel eine *Alleinstellung* (Exklusivität, Monopolstatus).

Beispiele: Bau und/oder Betrieb eines öffentlichen Parkhauses, Entsorgung bestimmter Abfälle, Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, Versorgungsaufgaben aus dem Gesundheits- und Sozialbereich, Aufbau und Betrieb eines städtischen Veloverleihsystems (zumindest soweit das Gemeinwesen eine entsprechende öffentliche Aufgabe wie z.B. Förderung der langsamen Mobilität definiert hat und nicht nur der öffentliche Grund zur Verfügung gestellt wird).

Prüfschema

Ob allenfalls ein Anwendungsfall von Art. 9 BöB/IVöB (Konzession oder Aufgabenübertragung) vorliegt, kann anhand des nachfolgenden Prüfschemas beurteilt werden:

1.) Übertragung der Verantwortung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (gestützt auf das einschlägige Gesetz)

Vorausgesetzt ist zunächst eine *gesetzliche Grundlage*, worin die Verwaltung ermächtigt wird, die *Erfüllungsverantwortung* für eine konkrete öffentliche Aufgabe auf Private zu übertragen. Aus dem Spezialgesetz muss zudem hervorgehen, dass mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe auch die zur Wahrnehmung dieser Verantwortung erforderlichen (ausschliesslichen) Rechte eingeräumt werden. Art. 9 BöB/IVöB ist keine solche gesetzliche Grundlage, sondern regelt nur die Art und Weise bzw. das Verfahren, *wie eine* Auftragnehmerin ausgewählt wird, indem die Übertragung der Aufgabe oder Konzession in einem Vergabeverfahren erfolgen muss. **Wichtig:** Auch die Verleihung von Konzessionen bzw. Aufgabenübertragungen, welche (unzulässigerweise) ohne spezialgesetzliche Grundlage erfolgen, können in

den vergaberechtlichen Anwendungsbereich gemäss Art. 9 BöB/IVöB fallen.

2.) Wahrnehmung der eingeräumten Rechte im öffentlichen Interesse

Die Auftragnehmerinnen üben eine staatliche Funktion aus. Sie müssen somit primär *im öffentlichen Interesse* tätig sein. Daneben dürfen sie aber auch kommerzielle Interessen verfolgen; dadurch wird ihre Tätigkeit im öffentlichen Interesse finanziert.

3.) Direktes oder indirektes Entgelt oder Abgeltung

Die *Gegenleistung* kann auch in der blossen Einräumung des (exklusiven) Nutzungsrechts bestehen, sodass nicht das Gemeinwesen, sondern Dritte, z.B. Anlagebenutzerinnen, die Auftragnehmerin entschädigen (indirektes Entgelt). Auch finanzielle Abgeltungen im Sinne der Subventionsgesetzgebung können eine solche Entschädigung der Auftragnehmerin darstellen.

4.) Ausnahmen

Die *allgemeinen Ausnahmen vom Geltungsbereich* nach Art. 10 BöB/IVöB (Ausnahmekatalog nach Abs. 1, Monopole und Vergaben innerhalb der Staatssphäre nach Abs. 2/Abs. 3, weitere Ausnahmen nach Abs. 3/Abs. 4) sind bei allen öffentlichen Aufträgen zu beachten, also auch bei der Übertragung bzw. Verleihung öffentlicher Aufgaben und Konzessionen.

Vorbehalt Spezialgesetz und Binnenmarktgesetz

Spezialgesetze des Bundes und der Kantone können **abweichende Regeln** vorsehen. So kann die Übertragung von öffentlichen Aufgaben oder die Erteilung von Konzessionen spezialgesetzlich in einem anderen, eigenen Verfahren übertragen werden, sodass Art. 9 BöB/IVöB und das Vergaberecht **nicht anwendbar** ist.

Beispiele für Bundesrecht finden sich im Bereich der Strom- und Wasserversorgung: Art. 3a StromVG, Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG. Auch die Erteilung einer Personenbeförderungskonzession nach PBG fällt nicht unter die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts. **Auf Bundesebene wird auch das Subventionsgesetz (SuG) als Spezialgesetz zum BöB betrachtet (mit Auswirkungen auf den Rechtsschutz und die Publikation).**

Auch Kantone können spezialgesetzliche Ausnahmen vorsehen.

Beispiel: Ein Kanton kann z.B. ein eigenes Verfahren zur Verleihung einer Konzession für die Nutzung des Untergrunds (Abbau von Bodenschätzen o.ä.) kennen, welches das Beschaffungsrecht

verdrängt, aber als transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren mit spezialgesetzlich definierten Kriterien ausgestaltet sein muss.

Wenn die Aufgabe an Private ausnahmsweise ohne Beachtung des Beschaffungsrechts übertragen werden darf und mehrere Anbieterinnen zur Verfügung stehen, muss das Auswahlverfahren dennoch *transparent, objektiv und unparteiisch* erfolgen. Dies folgt aus den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen (bei der Übertragung von Monopolkonzessionen z.B. auch aus Art. 2 Abs. 7 BGBM). Ausserdem sind im Spezialgesetz neu auch die Rechtsform der Übertragung (Verfügung oder öffentlich-rechtlicher Vertrag), die Anforderungen im Hinblick auf die Aufgabenübertragung und der Rechtsschutz separat zu regeln.

Rechtsschutz

Der Rechtsschutz richtet sich wie bei anderen öffentlichen Aufträgen grundsätzlich nach Art. 51 ff. BÖB/IVöB. Auf Bundesebene dürfte Art. 9 BÖB nur

beschränkt von Bedeutung sein, da Konzessionserteilungen des Bundes praktisch alle spezialgesetzlich geregelt sind. Zudem existiert mit Art. 15b SuG auch für die Übertragung öffentlicher Bundesaufgaben mit Abgeltung eine relativ weitreichende Spezialbestimmung, mit Sonderregeln bezüglich der Publikation des Auswahlverfahrens und auch zur «Abschlussverfügung» inkl. Rechtsschutz (Art. 35 SuG). Auf Ebene der Kantone und Gemeinden gilt grundsätzlich voller Rechtsschutz, d.h. die fragliche Übertragung der Aufgabe bzw. Verleihung der Konzession ist einer gerichtlichen Überprüfung und nötigenfalls Korrektur zugänglich.

Weiterführende beschaffungsrechtliche Beratung: Geschäftsstelle BPUK/FöB bzw. Kompetenzzentrum Beschaffungswesen Bund KBB