



Die Anwendbarkeit der staatsvertraglichen Auslinkklausel am Beispiel von Telekommunikationsdienstleistungen

In Anwendung der staatsvertraglichen Auslinkklausel besteht die Möglichkeit, gewisse Auftraggeber oder einen ganzen Tätigkeitsbereich von der Unterstellung unter das Vergaberecht zu befreien. Im Rahmen dieses Beitrags zeigt der Autor am Beispiel von Telekommunikationsdienstleistungen auf, welche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der staatsvertraglichen Auslinkklausel – als relativ komplexe Materie – gelten und welche Probleme im Zusammenhang mit ihrer Anwendung bestehen können.

■ Von Adrian Weber, Rechtsanwalt LL.M.

Einführung in das Thema

Wer sich mit Submissionsrecht befasst, kommt in einem ersten Schritt nicht darum herum, festzustellen, ob eine zu beurteilende Beschaffung in subjektiver und objektiver Hinsicht überhaupt dem Vergaberecht untersteht. Die vorliegend interessierende staatsvertragliche Auslinkklausel beschlägt den Geltungsbereich des Vergaberechts und beantwortet – neben anderen Aspekten – im Ergebnis die Frage, ob eine Beschaffung öffentlich auszuschreiben ist oder nicht.

Gestützt auf das bilaterale Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (BilatAbk; SR 0.172.052.68) besteht die Möglichkeit, gewisse Auftraggeber dem Überkommen nicht zu unterstellen, wenn in den betreffenden Sektoren echter Wettbewerb herrscht (sog. «staatsvertragliche Auslinkklausel» oder «Nichtunterstellungsklausel»). Dies betrifft Auftraggeber aus den Bereichen Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung (unter Ausschluss der Stromversorgung) sowie private Vergabestellen, welche öffentliche Dienstleistungen erbringen. Des Weiteren kann ein ganzer Tätigkeitsbereich von der Unterstellung befreit werden, soweit unter den infrage stehenden Auftraggebern Wettbewerb herrscht. Gemäss Art. 3 Abs. 5 BilatAbk setzt dies kumulativ voraus, dass (1) andere Unternehmen ebenfalls die Möglichkeit haben, (2) dieselben Dienst-

leistungen (3) in demselben geografischen Gebiet unter (4) im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten.

Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ist infolge dieser Auslinkklausel in der Lage, mittels einer beschwerdefähigen Verfügung einen der erwähnten Tätigkeitsbereiche (also Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung) ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das Vergaberecht zu befreien. Wenn das UVEK einem Gesuch um Nichtunterstellung stattgibt, hat dies dieselben Folgen für den Staatsvertrags- wie auch für den Binnenmarktbereich. Das betreffende Verfahren ist in der Verordnung des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht vom 18. Juli 2002 (SR 172.056.111) reglementiert. Dieses Nichtunterstellungsverfahren ist nicht nur auf eidgenössische Auftraggeber, sondern ebenfalls auf kantonale Auftraggeber, welche vom BilatAbk betroffen sind, anwendbar. Diesfalls haben die kantonalen Auftraggeber ihr Gesuch beim Interkantonalen Organ, dem Leitorgan der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) einzureichen, wobei das Interkantonale Organ das Gesuch unter Umständen mit einer Stellungnahme an das UVEK weiterleitet.

In der Konsequenz führt dies dazu, dass Auftraggeber, die von der Unterstellung befreit wurden, nicht mehr dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen.

WICHTIGER HINWEIS



Aber Achtung: Dieses Nichtunterstellungssystem gilt lediglich für diejenigen Auftraggeber, die im Zuge des BilatAbk neu dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt wurden. Damit gilt es gerade nicht als Generalklausel für alle unterstellten Auftraggeber. Unter diesem Aspekt können zum Beispiel mit der Energieversorgung betraute Unternehmen des Privatrechts von der Unterstellung unter das Submissionsrecht befreit werden. Dagegen ist eine solche Freistellung für im selben Sektor tätige Gemeinwesen oder öffentliche Unternehmen nicht möglich, nachdem sie bereits unter der alleinigen Geltung des Government Procurement Agreement (GPA) unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen und das GPA in diesem Bereich keine Befreiungsmöglichkeit vorsieht.

Gestützt auf die besagte Auslinkklausel wurden bereits die Telekommunikation und der Güterverkehr auf der Normalspur von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht ausgenommen.

Die Anwendung der Auslinkklausel auf Telekommunikationsdienstleistungen

Im Zusammenhang mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen sind als privatrechtliche Aktiengesellschaften konstituierte Versorgungsunternehmen, welche oftmals zu 100% im staatlichen Eigentum stehen und deshalb grundsätzlich für ihre Beschaffungen dem Vergaberecht unterstehen (vgl. dazu den Beitrag «Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben» im WEKA-Newsletter Baurecht kompakt vom Juni 2017), immer wieder mit der Frage konfrontiert, ob zum Beispiel Arbeiten für ein sog. Fibre-To-The-Home-(FTTH-)Rollout öffentlich auszuschreiben sind. Im Rahmen eines solchen Rollouts fallen grundsätzlich Arbeiten und/oder Materiallieferungen für die Gesamtprojektleitung, den Tiefbau, den Kabelzug, die Spleissung sowie die Inhouse-Installation an. Dabei kann es vorkommen, dass ein grosser Teil des neuen Glasfaserkabels im bereits bestehenden Stromnetz verlegt wird.

Das Auftragsvolumen für ein Fibre-To-The-Home-(FTTH-)Rollout kann in der Praxis mehrere Millionen betragen, weshalb eine sorgfältige Prüfung der Unterstellung unter das Vergaberecht auf jeden Fall sinnvoll und geboten ist.



Für das vorstehende Beispiel kommt die submissionsrechtliche Prüfung der Unterstellung unter das Vergaberecht im Wesentlichen zu den folgenden Ergebnissen:

- Gemäss Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a BilatAbk wurden per 1. Juni 2002 (Inkrafttreten des Abkommens) «Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen» dem Abkommen und damit den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt. Das bedeutet, dass diese Anbieter unter der alleinigen Geltung des GPA bis zum 1. Juni 2002 nicht dem Vergaberecht unterstanden.
- Gleichzeitig hält Art. 3 Abs. 5 BilatAbk Folgendes fest: *«Dieses Kapitel gilt nicht für Aufträge, die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für Einkäufe ausschliesslich in Verbindung mit einem oder mehreren Telekommunikationsdienstleistungen vergeben, sofern andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Dienstleistungen in demselben geographischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten. [...] Diese Bestimmung gilt unter den oben genannten Bedingungen ebenfalls für die von den Anbietern von Dienstleistungen des Schienenverkehrs, den im Bereich der Energieversorgung mit Ausnahme der Stromversorgung tätigen Vergabestellen und den privaten*

Vergabestellen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, vergebenen Aufträge, sobald diese Sektoren liberalisiert sind.»

- Art. 3 Abs. 5 BilatAbk schafft somit die Möglichkeit, dass Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen unter gewissen Bedingungen für die Vergabe von Aufträgen nicht den Regeln des Beschaffungsrechts unterstehen. Dies ist, wie bereits vorstehend erwähnt, unter folgenden Bedingungen der Fall:
 1. Es steht anderen Auftraggebern frei,
 2. dieselben Dienstleistungen
 3. innerhalb eines geografisch beschränkten Gebiets
 4. unter Bedingungen anzubieten, die im Wesentlichen gleich sind.
- Wie als wichtiger Grundsatz vorstehend bereits erwähnt wurde, betrifft die Ausklinsklausel nur diejenigen Unternehmen, die aufgrund des BilatAbk neu den Regeln über die öffentlichen Beschaffungen unterworfen werden (vgl. das Gutachten der Wettbewerbskommission betreffend Ausklinsklausel und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt). Da der Bereich der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen mit dem BilatAbk neu den Regeln über die öffentlichen Beschaffungen unterworfen wurde, kommt die Möglichkeit

der Anrufung der Ausklinsklausel für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen zur Anwendung.

- Entscheidend für die Frage der Anrufung der Ausklinsklausel ist, ob zwischen den Anbietern der Telekommunikationsdienstleistungen Wettbewerb herrscht. Das UVEK befreit bejahendenfalls den Tätigkeitsbereich ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht (vgl. Art. 2b Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.11]). Es regelt die Detailfragen in einer Verordnung (vgl. Art. 2b Abs. 3 VöB), nämlich – wie bereits vorstehend erwähnt – in der Verordnung des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht.
- Mit Feststellungsverfügung vom 1. Juni 2002 (Inkrafttreten des BilatAbk) nahm das UVEK auf Gesuch von Swisscom AG, Orange Communications SA und TDC Switzerland den Tätigkeitsbereich der Telekommunikation integral von der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts aus, weil in diesem Bereich eben Wettbewerb herrsche.
- Zwischenzeitlich wird diese Rechtslage, die den Tätigkeitsbereich der Telekommunikation betrifft, im Anhang zur Verordnung des



UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht in generell-abstrakter Weise und damit allgemein verbindlich geregelt. Als von der Unterstellung befreite Bereiche und Teilbereiche gelten somit «Telekommunikation auf dem Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft: a. Teilbereich der Festnetztelekommunikation b. Teilbereich der Mobiltelekommunikation c. Teilbereich des Internet-Zugangs d. Teilbereich der Datenkommunikation».

- Der Tätigkeitsbereich Telekommunikation ist somit ex lege von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreit, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass in diesem Bereich Wettbewerb herrscht und deshalb die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht notwendig sei, um den wirtschaftlichen Einsatz der Mittel sicherzustellen. Die Rechtslage wurde damit erga omnes (gegenüber allen) geklärt, weshalb sämtliche (auch die kantonalen und kommunalen) Vergabestellen auf dem Gebiet der Schweiz, welche im relevanten Bereich Beschaffungen vornehmen, im Staatsvertragsbereich von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreit sind. Unterhalb der Schwellenwerte des BilatAbk gilt die staatsvertragliche Ausklinkklausel nicht.

Die Wettbewerbskommission hat in einem Gutachten zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz [BGBM]; SR 943.02) jedoch festgehalten, dass das BGBM eine Ausdehnung der Ausklinkklausel auch auf diese Gebiete zulasse (vgl. Gutachten der Wettbewerbskommission betreffend Ausklinkklausel und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt).

- Um auf das eingangs erwähnte Beispiel zurückzukommen, stellt sich mithin vorliegend die Frage, ob die Ausschreibung zur Planung und Erstellung eines Glasfasernetzes bzw. eines FTTH-Rollouts als zum Sektor «Tätigkeitsbereich Telekommunikation» gehörend betrachtet werden kann, was Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausklinkklausel gemäss Art. 3 Abs. 5 BilatAbk ist. Im Kern stellt sich mithin die

Frage, ob Versorgungsunternehmen im Rahmen der Erstellung eines Glasfasernetzes als Telekommunikationsdienstleister gelten. Gemäss der Auffassung in der einschlägigen Rechtsliteratur (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 481) gehört zur jeweiligen Sektorentätigkeit «alles, was für die rechtskonforme, fachgerechte und zeitgemässe Verfolgung der [...] Kerntätigkeiten [...] direkt und indirekt (einschliesslich: infrastrukturell) erforderlich ist. Darüber hinaus ist auch all jenes zur Sektorentätigkeit zu zählen, was nicht in diesem Sinne erforderlich [...], aber für die Verfolgung der Kerntätigkeit nützlich ist oder aus sonstigen Gründen (gegebenenfalls in freier Wahl und Entscheidung) vom Sektorauftraggeber zwecks Unterstützung, Beförderung oder Verbesserung der Sektorentätigkeit unternommen wird [...]».

- Im Lichte dieser Definition muss das Erstellen eines Glasfasernetzes wohl als der Sektorentätigkeit «Telekommunikation» zugerechnet werden (infrastrukturelle Leistung). Damit unterstehen die in diesem Zusammenhang getätigten Beschaffungen aufgrund der Ausklinkklausel nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Dies gilt vor allem auch dann, wenn Versorgungsunternehmen zusätzlich über das zu erstellende Glasfasernetz hinaus selber die entsprechenden Leistungen wie Radio- und TV-Programme, Telefonie und den Zugang zum Internet zur Verfügung stellen. Dies spricht dann ebenfalls dafür, dass die Erstellung des Glasfasernetzes insgesamt der Sektorentätigkeit zuzurechnen ist.
- Fraglich kann allerdings sein, ob auch im Bereich der Erstellung eines Glasfasernetzes effektiv Wettbewerb herrscht, was ja der Grund dafür ist, bei entsprechenden Auftragsvergaben überhaupt auf die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht zu verzichten. Präsentiert sich die Situation dergestalt, dass das Glasfasernetz auch von einem anderen Versorgungsunternehmen bzw. Anbieter im Wettbewerb hätte erstellt werden können, so kann wohl berechtigt davon ausgegangen werden, dass tatsächlich Wettbewerb herrscht und auch von dieser Seite her

keine Einwände bestehen, entsprechende Auftragsvergaben von der Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts auszunehmen.

Ergebnis und Empfehlung

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kann demnach mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass Versorgungsunternehmen hinsichtlich eines FTTH-Rollouts nicht dem Vergaberecht unterstehen. Dieses Ergebnis deckt sich zudem mit der Tatsache, dass im Kanton Zürich in der Vergangenheit nachweislich Bauleistungen für solche FTTH-Glasfasernetze freihändig vergeben wurden.

Dennoch sind gewisse Restrisiken nicht ganz von der Hand zu weisen und falls möglich zu vermeiden oder im Einzelfall zu überprüfen, insbesondere in Bezug auf den Fall,

- dass ein Versorgungsunternehmen, obwohl keine Ausschreibungspflicht besteht, dennoch eine Ausschreibung durchführt, die formell einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren gleichkommt (u.a. klare Nennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien);
- dass ein Versorgungsunternehmen über sein Glasfasernetz heute oder später selber keine entsprechenden Dienstleistungen im Bereich Telekommunikation anbietet, sondern einzig Drittanbietern das Netz zur Verfügung stellen möchte;
- dass ein Versorgungsunternehmen im Zusammenhang mit der Verlegung des Glasfasernetzes gleichzeitig auch das Stromnetz verlegt (die Verlegung des Stromnetzes ist vergaberechtlich nicht privilegiert);
- dass auch bei einer vergaberechtsfreien Vergabe der Aufträge das BGBM berücksichtigt werden muss. Das bedeutet, dass zum Beispiel ortsfremden Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden darf (vgl. Art. 3 Abs. 1 BGBM).



AUTOR

Adrian Weber, Rechtsanwalt, LL.M., Partner in der Kanzleigemeinschaft Advokaturen im Rabenhaus, Zürich, befasst sich schwerpunktmässig mit Submissionsrecht sowie Bau- und Immobilienrecht.