

JAAC 65.41

Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. November 2000 i.S. A. [BRK 2000-007]

Marchés publics. Champ d'application matériel et temporel de la LMP. Adjudication de gré à gré d'un marché de services.

- ***Le champ d'application matériel de la LMP ne comprend pas les prestations de services des agences de presse, ni les contrats d'utilisation de banques de données; il s'étend par contre à la mise à disposition de moyens permettant la transmission de données (consid. 3a).***
 - ***Les contrats de durée conclus avant le 1^{er} janvier 1996 ne rentrent pas dans le champ d'application temporel de la LMP (consid. 3c).***
-

Öffentliches Beschaffungswesen. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich des BoeB. Freihändige Vergabe eines Dienstleistungsauftrages.

- ***Der sachliche Anwendungsbereich des BoeB umfasst keine Presseagentur-Dienstleistungen und Datenbankbenützungsverträge, hingegen die Zurverfügungstellung von Datenübertragungsmittel (E. 3a).***
 - ***Vor dem 1. Januar 1996 abgeschlossene Dauerverträge fallen nicht unter den zeitlichen Anwendungsbereich des BoeB (E. 3c).***
-

Acquisti pubblici. Campo d'applicazione materiale e temporale della LAPub. Aggiudicazione libera di un mandato di prestazioni di servizi.

- Il campo d'applicazione materiale della LAPub non comprende le prestazioni di servizi delle agenzie di stampa, né i contratti per l'utilizzo di banche dati, ma copre l'ambito della messa a disposizione di mezzi che permettono la trasmissione di dati (consid. 3a).

- I contratti di lunga durata conclusi prima del 1° gennaio 1996 non rientrano nel campo d'applicazione temporale della LAPub (consid. 3c).

A. Der Bund hat mit den in der Schweiz tätigen Nachrichtenagenturen stets Verträge abgeschlossen, um über die verbreiteten Meldungen aus dem Bundeshaus, aus allen Regionen der Schweiz und aus dem Ausland zu verfügen. 1990 hat die Bundeskanzlei (BK) zwei Verträge und 1994 einen dritten Vertrag mit der Schweizerischen Depeschagentur (SDA) abgeschlossen. Darin wurde Folgendes vereinbart:

Vertrag I:

Die SDA liefert der Bundesverwaltung einen umfassenden Agenturdienst mit Meldungen aus dem Bundeshaus und aus allen Regionen der Schweiz sowie aus dem Ausland in deutscher, französischer und italienischer Sprache (Fr. 600 000.- jährlich). Sie bedient damit zudem die Bundeshausjournalisten (Fr. 450 000.-) und die Auslandsjournalisten im Palais des Nations in Genf (Fr. 550 000.- für den lediglich französischsprachigen Dienst). Die SDA übersetzt weiter für die Tessiner Medien diejenigen Informationen aus dem Bundeshaus, die nur in Deutsch und Französisch herausgegeben werden (Fr. 850 000.-). Schliesslich stellt sie für den Bund ausserhalb der Bürozeiten einen detailliert geregelten Alarmdienst für Krisensituationen sicher (Fr. 200 000.-).

Vertrag II:

Die SDA bietet der Bundesverwaltung und den Bundeshausjournalisten Zugang zu ihrer laufend aktualisierten Datenbank ELSA (Informationen auf Deutsch und Französisch; Fr. 90 000.- jährlich).

Vertrag III:

Dem Bund wird ermöglicht, im Maximum 500 Seiten pro Jahr via OTS (Original Text Service) verbreiten zu lassen. Damit erhält der Bundesrat die Möglichkeit, den Redaktionen Erklärungen oder Kommunikés von ausserordentlicher Bedeutung im Wortlaut unmittelbar zukommen zu lassen (Fr. 140 000.- pro Jahr).

Die beiden ersten Verträge wurden vermutlich 1990 abgeschlossen und galten erstmals für das Jahr 1991. Der dritte Vertrag wurde im Dezember 1994 unterzeichnet und galt erstmals für das Jahr 1995. Jeder dieser Verträge erneuert sich stillschweigend, falls er nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende Jahr gekündigt wird.

B. In einer Anfrage vom 8. Februar 1999 an die BK zeigte sich die A. erstaunt, dass die drei Verträge mit der SDA nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche

Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) am 1. Januar 1996 nicht öffentlich ausgeschrieben wurden. In ihrer Antwort vom 5. Juli 1999 wies die BK darauf hin, dass sie sich während zwei Jahren mit der A. auseinandergesetzt und ein umfassendes Bild über deren Leistungsangebot erhalten habe. Die BK sei zum Schluss gekommen, dass momentan nur die SDA das geforderte Leistungsniveau erreiche. Nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) könne die Auftraggeberin den Auftrag direkt vergeben, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrages nur ein Anbieter in Frage komme und es keine angemessene Alternative gebe. In der Folge verfügte die BK am 17. April 2000 gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB, dass die zwischen ihr und der SDA abgeschlossenen Verträge von 1991/1995 nicht öffentlich ausgeschrieben werden. Zur Begründung brachte sie vor, es handle sich um sehr spezifische Dienstleistungen, die nur von der SDA in der notwendigen hohen Qualität und unter Berücksichtigung der technischen Besonderheiten erbracht werden könnten. Im Übrigen wies die BK darauf hin, dass die Verträge von 1991/1995 nach wie vor gültig und durch das Inkrafttreten des BoeB nicht hinfällig geworden seien. Ihre Verfügung versah die BK mit einer Rechtsmittelbelehrung an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK). Mit Beschwerde gegen diese Verfügung gelangte die A. sodann an die BRK.

Aus den Erwägungen:

1.-2. (...)

3.a. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB bedeutet der Begriff «Dienstleistungsauftrag» ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422). Es ist mit anderen Worten zu prüfen, ob die Verträge zwischen der BK und der SDA eine Dienstleistung im erwähnten Sinne enthalten. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB führt ebenfalls die dem BoeB unterstehenden Dienstleistungen auf. Bei diesem Anhang handelt es sich um eine Liste von Dienstleistungen gemäss Annex 4 des ÜoeB. Die dort aufgeführten Dienstleistungen werden im Rahmen der VoeB unverändert übernommen (vgl. Erläuterungen [zu Art. 3] zum Vernehmlassungsentwurf der VoeB[246], S. 4). Sowohl Annex 4 des ÜoeB als auch Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen und verweisen im Übrigen auf die Referenz-Nummern der Zentralen Produktklassifikation («Central Product Classification», CPC) der Vereinten Nationen (UNO; Ausgabe 1991). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BoeB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen.

Die vorliegend zur Beurteilung stehenden Dienstleistungen fallen nicht allgemein unter Ziff. 15 von Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB mit der irreführenden Bezeichnung «Werbung, Information und Public Relations». Die CPC-Referenz-Nr. 871, auf die sich Ziff. 15 bezieht, betrifft nämlich folgende Dienstleistungen: «sale or leasing services of advertising space or time; planning; creating and placement services of advertising; other

advertising services». In keiner Weise werden damit Informationen und Agentur-Meldungen angesprochen, wie sie in den streitigen Verträgen vorgesehen sind.

aa. Die im Vertrag I erwähnten Agentur-Dienstleistungen an die Bundesverwaltung, die Bundeshausjournalisten und die Auslandjournalisten in Genf ebenso wie der Alarmdienst fallen unter die CPC-Referenz-Nr. 962 «News agency services». Diese Kategorie beinhaltet sämtliche Arten von Presseagentur-Dienstleistungen: «news agency services to newspapers and periodicals; news-reporting agency services to radio stations; news agency services to television stations» (CPC-Referenz-Nr. 9621, 9622 und 9623). Die Dienstleistungen der CPC-Referenz-Nr. 962 sind im abschliessend zu verstehenden Anhang zu Art. 3 Abs. 1 VoeB bzw. in Annex 4 des ÜoeB nicht aufgeführt und unterstehen demnach nicht dem Anwendungsbereich des BoeB.

Die ebenfalls im Vertrag I enthaltenen Übersetzungen für die Tessiner Medien von Informationen aus dem Bundeshaus, die nur in Deutsch und Französisch herausgegeben werden, stellen einen Übersetzungsdienst dar, welcher der CPC-Referenz-Nr. 87905 «Translation and interpretation services» zuzuordnen ist. Diese Dienstleistungen bilden Bestandteil der Haupt-Klassifikations-Nr. 879 «Other business services», die im Anhang zu Art. 3 Abs. 1 VoeB bzw. in Annex 4 des ÜoeB nicht erwähnt ist. Sie sind dem Anwendungsbereich des BoeB daher aus dem gleichen Grund entzogen.

bb. Der Zugang der Bundesverwaltung und der Bundeshausjournalisten zur Datenbank ELSA (Elektronische Volltext-Archiv der SDA und der Sportinformation) gemäss Vertrag II fällt nicht unter Ziff. 7 von Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB mit der Bezeichnung «Informatik und verbundene Tätigkeiten» und dem Verweis auf die CPC-Referenz-Nr. 84 «Computer and related services». Die Klassifikations-Nr. 8440 bezieht sich zwar auf «Database services» («all services provided from primarily structured databases through a communication network»), doch wird im Sinne einer Ausnahme Folgendes präzisiert: «Documentation services consisting in information retrieval from databases are classified in subclass 96311 (Library services)». Der Zugang zur Datenbank ELSA ist demnach der Klassifikation Nr. 9631 «Library and archive services» zuzuordnen. Die beiden Unter-Klassifikationen werden dabei wie folgt umschrieben: Die Nr. 96311 («Library services») mit «Services of libraries of all kinds. Documentation services, i. e. collection, cataloguing, whether manually or computer-aided, and retrieval services of documents. The services may be provided to the general public or to a special clientele, such as students, scientists, employers, members, etc.». Die Nr. 96312 («Archive services») bezieht sich ihrerseits auf «Services of archives. Documentation services, i. e. collection, cataloguing, whether manually or computer-aided, conservation and retrieval services of documents, mainly for historical and other scientific purposes». Die Dienstleistungen der CPC-Referenz-Nr. 9631, gleichviel, ob sie der Unter-Klassifikation Nr. 96311 oder 96312 angehören, sind im abschliessend zu verstehenden Anhang zu Art. 3 Abs. 1 VoeB bzw. in Annex 4 des ÜoeB nicht aufgeführt und unterstehen demnach nicht dem Anwendungsbereich des BoeB.

Mit Bezug auf die Verträge I und II fehlt es mithin an der sachlichen Zuständigkeit der BRK, um über die Beschwerde befinden zu können.

cc. Vertrag III ermöglicht dem Bund, bis zu 500 Seiten pro Jahr den OTS zu benutzen, um den Redaktionen Erklärungen oder Kommunikqués von ausserordentlicher Bedeutung direkt im Wortlaut zukommen zu lassen. Damit stellt die SDA dem Bund ein Mittel zur Übermittlung von Daten zur Verfügung. Eine solche Dienstleistung fällt unter Ziff. 5 von Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB mit der Bezeichnung «Fernmeldewesen» und dem Verweis auf die CPC-Referenz-Nr. 752 (ausser 7524, 7525, 7526). Sie ist der Klassifikation Nr. 7523 («Data and message transmission services») bzw. der Unter-Klassifikation 75231 («Data network services») zuzuordnen, welche folgende Leistungen umfasst: «Network services necessary to transmit data between equipment using the same or different protocols. This service can be provided via a public or dedicated data network (i. e. via a network dedicated to the customer's use)». Im Gegensatz zu den Verträgen I und II fällt Vertrag III somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BoeB.

b. Bei Vertrag III handelt es sich um einen Vertrag mit einem jährlichen Auftragswert von Fr. 140 000.-. Er wurde anfänglich für ein Jahr abgeschlossen und erneuert sich stillschweigend, sofern er nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende Jahr gekündigt wird. Seine Laufzeit ist folglich unbestimmt, so dass für die Berechnung des Schwellenwertes auf die monatliche Rate multipliziert mit 48 abzustellen ist (Art. 15 Bst. b VoeB). Der für den Vertrag III massgebende Auftragswert liegt demnach bei Fr. 560 000.- und damit - entgegen der vom Vertreter der BK an der parteiöffentlichen Sitzung vertretenen Meinung - deutlich über dem für die Anwendbarkeit des BoeB im Jahre 2000 erforderlichen Schwellenwert von Fr. 248 950.- (Art. 6 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung vom 8. Dezember 1999 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2000 [AS 1999 3496]).

c. In ihrer an die Beschwerdeführerin gerichteten Verfügung vom 17. April 2000 hat die BK ihre Weigerung, die mit der SDA 1991/1995 abgeschlossenen Verträge öffentlich auszuschreiben unter anderem damit begründet, diese seien nach wie vor gültig und durch das Inkrafttreten des BoeB und der VoeB am 1. Januar 1996 nicht hinfällig geworden. Diese Frage gilt es als weitere und letzte Eintretensvoraussetzung zu prüfen. Nachdem sich ergeben hat, dass die Verträge I und II bereits in sachlicher Hinsicht nicht in den Anwendungsbereich des BoeB fallen, hat sich die Prüfung der (inter)temporalen Frage dabei auf Vertrag III zu beschränken.

aa. Im Sinne einer (einzigen) Übergangsbestimmung hält Art. 37 BoeB fest, das Gesetz finde «auf sämtliche geplanten Aufträge Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten ausgeschrieben werden oder, falls die Aufträge ohne Ausschreibung vergeben werden, über die vor dem Inkrafttreten noch kein Vertrag geschlossen wurde. Die übrigen Verfahren richten sich nach altem Recht und sind für die Berechnung des Schwellenwertes nicht massgebend.» In der Botschaft wird darauf hingewiesen, dass das GATT-Übereinkommen keine Übergangsbestimmungen betreffend in diesem Zeitpunkt bereits angelaufenen Beschaffungen enthält. Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolge oft in Schritten und über einen längeren Zeitraum hinweg. Es

müsse daher eine Lösung gefunden werden für Beschaffungen, die am Tag der Inkraftsetzung des Gesetzes bereits angelaufen, aber noch nicht abgeschlossen seien. Andernfalls könnten Verzögerungen eintreten, die erfahrungsgemäss finanzielle Einbussen bewirkten. Alle Aufträge, bei denen die Ausschreibung vor dem Inkrafttreten erfolgt sei, seien nach bisherigem Recht abzuwickeln. Dagegen seien für alle Aufträge, bei denen nach diesem Datum die Ausschreibung erfolgt, oder für die nach altem Recht keine Ausschreibung notwendig gewesen und der Vertrag noch nicht geschlossen sei, die neuen Bestimmungen zu beachten. Müsste das Gesetz bereits auf laufende Vergabeverfahren angewendet werden, käme dies einer Vorwirkung gleich, da sich die Betroffenen schon vor Inkrafttreten darauf einstellen müssten, um nicht gewisse Teile des Vergabeverfahrens wiederholen zu müssen (Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV 1204). In den parlamentarischen Beratungen wurde dem Entwurf des Bundesrates in diesem Punkt diskussionslos zugestimmt.

Positiv ausgedrückt bedeutet die Regel von Art. 37 BoeB, dass für die Frage, ob eine freihändige Vergabe dem alten oder dem neuen Recht unterstellt ist, der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend ist. Bei einem Vertragsschluss vor dem 1. Januar 1996 untersteht die freihändige Vergabe dem alten, bei einem Vertragsschluss ab dem 1. Januar 1996 dem neuen Recht. Vorliegend wurde der Vertrag III am 5. Dezember 1994 unterzeichnet und für eine anfängliche Minimaldauer von einem Jahr (vom 1. Januar bis 31. Dezember 1995) abgeschlossen mit stillschweigender Erneuerung, sofern er jeweils nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende Jahr gekündigt wird. In Anwendung von Art. 37 BoeB fiel die freihändige Vergabe von Vertrag III im Dezember 1994 nicht in den Anwendungsbereich des BoeB und kann folglich auch nicht Gegenstand einer sich auf dieses Gesetz stützenden Beschwerde bilden. Jede andere Lösung verstiesse gegen das grundsätzliche Verbot echter Rückwirkung, wonach neues Recht nicht auf einen Sachverhalt angewendet werden darf, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Dies ergibt sich als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz aus Art. 4 Abs. 1 der alten Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV, AS 1 3; *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 267). Das Prinzip liegt ebenso Art. 1 SchlT des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) zugrunde, dessen analoge Anwendung im öffentlichen Recht anerkannt wird (vgl. [BGE 112 Ib 43](#)).

bb. Die Beschwerdeführerin wendet in diesem Zusammenhang allerdings ein, das später erfolgte Inkrafttreten des BoeB hätte die Vergabebehörde verpflichtet, den Vertrag III auf den nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen und ein neues Vergabeverfahren nach den Regeln des BoeB durchzuführen. Es gilt somit zu prüfen, ob die Vergabebehörde gehalten ist, einen Vertrag zu beenden, der vor dem Inkrafttreten des BoeB

abgeschlossen worden ist, dessen Erfüllung sich aber durch die von Jahr zu Jahr erfolgte stillschweigende Weiterführung über das Inkrafttreten des Gesetzes hinaus erstreckt.

cc. Der Vertrag III wurde anfänglich für eine Minimaldauer von einem Jahr abgeschlossen mit stillschweigender Erneuerung, sofern er nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende Jahr gekündigt wird. Diese Ausgangslage ist im Schweizerischen Recht vor allem bei der Miete und Pacht bekannt (Art. 255 und 295 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR], SR 220). Miet- und Pachtverträge, die nach Ablauf einer bestimmten Mindestdauer als stillschweigend erneuert gelten, sind Verträge auf unbestimmte Dauer (BGE 114 II 166 E. 2b; *Theo Guhl / Alfred Koller*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 44, Rz. 17). Gleiches gilt bei einem anderen typischen Dauervertrag, nämlich dem Arbeitsvertrag, Art. 334 Abs. 2 OR hält in diesem Sinne fest, dass ein (vorerst) befristetes Arbeitsverhältnis als unbefristetes Arbeitsverhältnis gilt, wenn es nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt wird (vgl. dazu das Beispiel bei *Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, S. 356). In der Literatur wird ergänzend präzisiert, dass es sich beim (stillschweigend) erneuerten Vertrag um denselben Vertrag handelt (*Pierre Tercier*, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995, Rz. 2804). Die erwähnten Grundsätze können auch auf andere Dauerverträge übertragen werden. Denn ungewiss ist der Endzeitpunkt des Dauervertrages immer dann, wenn sich bei seiner Verabredung das eine (dass er eintritt) oder das andere (wann er eintritt) oder beides nicht sagen lässt. Dauerverträge mit ungewissem Endzeitpunkt werden entsprechend als Verträge auf unbestimmt vereinbarte Dauer bezeichnet (*Peter Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 34). Für den hier zur Diskussion stehenden Vertrag III kann zudem festgehalten werden, dass dessen Inhalt jeweils nicht neu ausgehandelt oder angepasst werden muss. Unterbleibt wie im vorliegenden Fall eine Kündigung, so kommt es folglich nicht zu einem (stillschweigenden) neuen Vertragsschluss, sondern es wird ein bereits bestehender Vertrag zu den gleichen Bedingungen bzw. zum vereinbarten Inhalt stillschweigend weitergeführt. Es kann bei diesem Stand der Dinge auch nicht gesagt werden, jede stillschweigende Weiterführung bilde eine neue freihändige Vergabe, die ab 1. Januar 1996 den Regeln des BoeB unterstellt werden müsste. Desgleichen stellt auch der periodisch zu treffende Entscheid, den mit der Erfüllung des Vertrages III verbundenen Budgetposten zu erneuern, nicht eine neue Vergabeverfügung dar, sondern eine blosser Bestätigung einer rechtlichen Verpflichtung, die sich aus einer Vertragsklausel ergibt.

dd. Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass vorliegend ein einziger Vertrag mit einer unbestimmten Dauer zur Diskussion steht, der gültig vor dem Inkrafttreten des BoeB abgeschlossen worden ist, dessen Ausführung sich aber durch die von Jahr zu Jahr erfolgte stillschweigende Weiterführung (weit) über das Inkrafttreten des Gesetzes hinaus erstreckt. Dies führt zur Prüfung der Frage, ob eine unechte Rückwirkung des BoeB die Anwendbarkeit dieses Gesetzes *pro futuro* auf den Vertrag III zur Folge hat.

ee. Nach der Rechtsprechung ist eine gesetzliche Ordnung dann rückwirkend, wenn sie auf Sachverhalte angewendet wird, die sich abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht haben.

Eine solche Rückwirkung ist ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nur möglich, wenn sich die Rückwirkung aus dem Gesetzesinhalt als klar gewollt ergibt und wenn sie durch triftige Gründe veranlasst und zeitlich beschränkt ist (BGE 126 V 135 E. 4a, BGE 122 V 408 E. 3a/aa, BGE 120 V 329 E. 8b, je mit Hinweisen). Von dieser Rückwirkung im eigentlichen Sinne zu unterscheiden ist die so genannte unechte Rückwirkung. Hier findet das neue Recht - gestützt auf Sachverhalte, die früher eingetreten sind und noch andauern - lediglich für die Zeit seit Inkrafttreten (*ex nunc et pro futuro*) Anwendung. Diese Rückwirkung ist bei kantonalen Erlassen und bundesrechtlichen Verordnungen grundsätzlich als zulässig zu erachten, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen (BGE 126 V 135 E. 4a, BGE 124 III 271 E. 4e, BGE 122 II 124 E. 3b/dd, BGE 122 V 8 E. 3b, BGE 408 E. 3b/aa, je mit Hinweisen). Sieht hingegen ein Bundesgesetz ausdrücklich oder sinngemäss die unechte Rückwirkung vor oder untersagt es eine solche, ist diese Anordnung gemäss Art. 191 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101; Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV) für den Richter von vornherein verbindlich und kann nicht überprüft werden. Ob einer neuen bundesgesetzlichen Bestimmung die Bedeutung unechter Rückwirkung zukommt, muss sich aus dem Wortlaut (insbesondere der Übergangsbestimmungen), der sinngemässen Auslegung oder durch Lückenfüllung ergeben (BGE 126 V 136 E. 4a, BGE 122 V 8 E. 3a mit Hinweis).

ff. Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d. h. ein so genannt qualifiziertes Schweigen darstellt (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 192). Die Lücke wird auch als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes bezeichnet, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf. Dabei gelten als Massstab nur die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte, nicht hingegen Wertungen, die von aussen an das Gesetz herangetragen werden. Wenn eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetzes unvollständig ist, darf die rechtsanwendende Behörde diese Lücke füllen (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 200).

gg. Eine Übergangsordnung soll die Einführung des neuen Rechts ermöglichen oder erleichtern und den Übergang zwischen altem und neuem Recht mildern. Sie schafft mit dem Erlass technisch-organisatorischer Bestimmungen die Voraussetzungen für die Anwendung des neuen Rechts. Sie trägt allfälligen Härten der Betroffenen unter anderem dadurch Rechnung, dass sie gewisse Bestimmungen der Neuregelung früher oder später in Kraft treten lässt als den übrigen Erlass, Anpassungsfristen gewährt oder auf andere Weise für eine stufenweise Einführung strengerer Vorschriften sorgt. Auf welchen Zeitpunkt eine Neuregelung in Kraft gesetzt werden soll, ist dem pflichtgemässen Ermessen des Gesetzgebers anheimgestellt und hängt vom angestrebten Zweck ab. Eine rasche Einführung drängt sich in der Regel im Wirtschaftsrecht auf, wo die staatlichen Massnahmen häufig in den Wirtschaftsablauf eingreifen und der damit verfolgte Zweck schnell durchgesetzt werden muss, um Missbräuchen vorzubeugen. Neben dem öffentlichen Interesse, das hinter jeder Rechtsänderung stehen muss, sprechen

im Übrigen Erwägungen der Rechtsgleichheit und der Rechtseinheit dafür, dass altrechtliche Rechtsverhältnisse möglichst rasch mit dem neuen Recht in Einklang gebracht werden. Nur wenn schützenswerte Interessen es gebieten, kann in einem gewissen Mass bei der Anpassung an das neue Recht auf bestehende Rechtsverhältnisse Rücksicht genommen werden (BGE 123 II 395 E. 9, BGE 123 II 446 E. 9 mit Hinweisen).

hh. In aller Regel bilden einmalige Beschaffungen bzw. Aufträge Gegenstand von Submissionen. Es geht um die Erstellung eines Bauwerks, die Anschaffung konkreter Güter oder einen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung während eines begrenzten Zeitraums. Der Gesetzgeber dürfte bei der Formulierung von Art. 37 BoeB denn auch in erster Linie zeitlich begrenzte Verträge vor Augen gehabt haben. In diesem Sinne wird in der Botschaft des Bundesrates erwähnt, es müsse eine Lösung gefunden werden für Beschaffungen, die am Tag der Inkraftsetzung des Gesetzes bereits angelaufen, aber noch nicht abgeschlossen seien. Umgekehrt sind mit Bezug auf das Fehlen einer ausdrücklichen Ordnung für Verträge mit unbestimmter Dauer keine Anhaltspunkte für ein so genanntes qualifiziertes Schweigen ersichtlich. An diese Konstellation ist bei der Formulierung der Übergangsbestimmung wahrscheinlich nicht gedacht worden. Dieser Schluss wird verstärkt durch die Feststellung, dass sich die Bundesgesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen auch sonst nirgends mit der Frage allfälliger Grenzen der Zulässigkeit von Dauerverträgen befasst, obschon diese geeignet sind, den wirksamen Wettbewerb, wie er gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b BoeB gestärkt werden soll, einzuschränken. Es ist folglich nicht möglich, aus dem Text von Art. 37 BoeB oder der Entstehungsgeschichte des Gesetzes abzuleiten, dass die Übergangsbestimmung von Art. 37 BoeB auch Verträge mit unbestimmter Dauer umfasst.

ii. Gemäss Art. 1 Bst. b BoeB besteht einer der Hauptzwecke des Gesetzes darin, den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen zu stärken. Die vermehrte Schaffung einer Wettbewerbslage für die Vergabe öffentlicher Aufträge fördert einerseits die Liberalisierung des Handels und stärkt andererseits die Wettbewerbsfähigkeit der Anbieterinnen und Anbieter (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1176). Die verstärkte Öffnung des Marktes wiederum dient dem in Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB aufgeführten Zweck, nämlich dem wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel (*Peter Gauch / Hubert Stöckli*, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Ziff. 7.2). Das Beschaffungsrecht verfolgt für den Bereich des Staatshandelns insofern analoge Zielsetzungen wie das Wettbewerbsrecht (insbesondere das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [KG], SR 251) für die private Wirtschaftstätigkeit (vgl. die Bemerkungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission [WEKO] vom 30. Juli 1998, veröffentlicht in: *Gauch/Stöckli*, a.a.O., Beilage 3, S. 1). Ein Vertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt wird, räumt dem Zuschlagsempfänger eine Vorzugsstellung ein und verschliesst seinen Konkurrenten den Zugang zum Markt für Jahre bzw. Jahrzehnte. Indem er die Konkurrenz verfälscht, beeinträchtigt er eines der Hauptziele des BoeB. Je länger ein solcher Vertrag dauert, desto grösser wird im Übrigen die Wahrscheinlichkeit, dass Anpassungen am Vertrag oder gar eine Neuausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren an sich angezeigt wären. In diesem Sinne verlangt das

mit dem BoeB verfolgte Ziel der Marktöffnung, dass eine Dienstleistung, die ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, nur für eine bestimmte bzw. maximale Dauer vergeben wird und entsprechend regelmässig wieder öffentlich ausgeschrieben werden kann. Der Bundesgesetzgeber war sich der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst, so dass er ins BoeB keine Bestimmung aufgenommen hat, welche die Dauer solcher Verträge begrenzen würde. Insofern liegt eine Lücke vor. Diese braucht hier jedoch aufgrund der intertemporalen Regelung gemäss BoeB nicht ausgefüllt zu werden.

jj. Der vorliegend zur Diskussion stehende Vertrag III wurde am 5. Dezember 1994 geschlossen, mithin vor dem Inkrafttreten des BoeB am 1. Januar 1996 und selbst vor der definitiven Verabschiedung dieses Gesetzes durch die Bundesversammlung am 16. Dezember 1994. Bereits bekannt war damals immerhin die GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, die ihrerseits auf einem Vorentwurf beruhte, der intern und extern ein Vernehmlassungsverfahren durchlaufen hatte. Das über kurz oder lang bevorstehende Inkrafttreten des BoeB musste der BK somit bei Vertragsschluss bekannt sein. Nichts weist jedoch darauf hin, dass sich die BK durch einen raschen Abschluss von Vertrag III dem Anwendungsbereich des BoeB entziehen und eine *Fait-accompli*-Situation schaffen wollte. Es ist im Gegenteil zu berücksichtigen, dass die Anwendbarkeit der Submissionsregeln auf Dienstleistungsverträge durch das ÜoeB neu eingeführt wurde, so dass die Vergabebehörden mit den genauen diesbezüglichen Voraussetzungen des künftigen BoeB vor dessen Verabschiedung nicht vertraut waren (in gleichem Sinne siehe auch Entscheid des Neuenburger Verwaltungsgerichts vom 19. Dezember 1997, veröffentlicht in *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 1998 I 299 E. 2c*, wo die rückwirkende Anwendung des ÜoeB auf eine Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe im Rahmen der Expo 2001 abgelehnt wurde). Zudem war sich offenbar selbst der Gesetzgeber der Problematik von Verträgen mit unbestimmter oder (sehr) langer Dauer nicht bewusst.

kk. Kerngehalt des Submissionsrechts bildet das eigentliche Vergabeverfahren, während dessen - in Beachtung zwingender Regeln des öffentlichen Rechts - der Vertragspartner der Vergabebehörde ausgewählt und die Leistungen bzw. Gegenleistungen sowie die hauptsächlichen Modalitäten des künftigen Vertrages festgelegt werden. Der Abschluss des Vertrages und dessen Erfüllung bilden lediglich die Umsetzung der Zuschlagsverfügung. Insofern unterscheidet sich das BoeB vom KG, welches wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Unternehmen stets dann und so lange massregelt, als sie Auswirkungen auf den Markt zeitigen. Unter dem Gesichtspunkt der Regeln des Wettbewerbs rechtfertigt es sich folglich, das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene neue KG auch auf Wettbewerbsabreden anzuwenden, die beim Inkrafttreten des KG zwar bereits getroffen waren, sich aber nach wie vor wettbewerbsbeschränkend auswirken ([BGE 124 III 497 E. 1](#) mit Hinweisen). Demgegenüber zielt der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen nur auf Fehler und Unregelmässigkeiten ab, die während des Vergabeverfahrens begangen worden sind, und vermag die spätere Erfüllung des Vertrages jedenfalls dann nicht zu beeinflussen, wenn sie mit der getroffenen Zuschlagsverfügung übereinstimmt. Die Spezialbestimmung von Art. 37 BoeB sieht die Nichtrückwirkung für Beschaffungen vor, die im

Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes bereits angelaufen, aber noch nicht abgeschlossen waren. Diese Regel hat mit um so grösserem Recht für Beschaffungen zu gelten, die bei Inkrafttreten des BoeB schon beendet waren und sich bereits im Stadium des Vollzugs befanden, welches seinerseits nicht mehr eigentlich Gegenstand der Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen bildet.

Vorliegend stellt die unbestimmte Dauer des Dienstleistungsauftrags gemäss Vertrag III Bestandteil der Beschaffung dar, wie sie im Zeitpunkt der freihändigen Vergabe im Dezember 1994 unter der Herrschaft der alten Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens gültig vorgesehen werden konnte. Ihr Fortwirken unter der Herrschaft des neuen Rechts ergibt sich aus den stillschweigenden jährlichen Weiterführungen, welche lediglich die Erfüllung des früher geschlossenen Vertrages bilden. Da die Erfüllung des Vertrags nicht zum eigentlichen Gegenstand der Regelung des Vergabewesens gehört, würde eine Anwendung *ex nunc* des BoeB auf den Vertrag III darauf hinauslaufen, einen unter der Herrschaft des früheren Rechts gültig festgelegten Vertragsinhalt in Frage zu stellen und eher eine echte, grundsätzlich verbotene als eine unechte Rückwirkung darstellen.

Es kann somit festgehalten werden, dass das BoeB die Vergabebehörde nicht zu verpflichten vermag, auf Ersuchen eines Konkurrenten hin in eine bestehende, vor dem Inkrafttreten des Gesetzes gültig für eine unbestimmte Dauer eingegangene vertragliche Bindung einzugreifen. Im Besonderen verlangt das BoeB nicht, dass die blosser Möglichkeit der Kündigung des Vertrages sich in eine entsprechende Verpflichtung wandelt (zum Vergleich im Recht der Europäischen Union (EU) siehe Urteil des EU-Gerichtshofes vom 24. September 1998, Walter Tögel gegen Niederösterreichische Gebietskrankenkasse [C-76/97, Slg. 1998, I-5357], Rz. 50-54 sowie noch nicht veröffentlichtes Urteil des EU-Gerichtshofes vom 5. Oktober 2000 EU-Kommission gegen Frankreich, Rz. 35-42).

Die Kündigung von Vertrag III und eine neue, mit den Bestimmungen des BoeB übereinstimmende Vergabe dieser Dienstleistung liegt somit allein im Zuständigkeitsbereich der Vergabebehörde und in deren Verantwortung (in gleichem Sinne siehe auch Entscheid [99/3/039] des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 20. August 1999, wo festgehalten wird, dass das geltende Submissionsdekret keine Handhabe bietet, noch vor seinem Inkrafttreten abgeschlossene Verträge aufzuheben).

d. Nachdem sich ergeben hat, dass Vertrag III in zeitlicher Hinsicht nicht in den Anwendungsbereich des BoeB fällt, kann auch insoweit auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

4. Bei diesem Stand der Dinge erübrigen sich an sich jegliche Ausführungen zur Frage der materiellen Begründetheit der Beschwerde. Nachdem sich die Parteien in ihren Rechtsschriften an die BRK auf die Frage konzentrieren, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB gegeben seien, kann zu Vertrag III, der immerhin in sachlicher Hinsicht dem Anwendungsbereich des BoeB untersteht, Folgendes beigelegt werden:

a. Im Anwendungsbereich des BoeB hat die Vergabebehörde freie Wahl zwischen dem offenen und selektiven Verfahren, während eine freihändige Vergabe (oder eine Vergabe im Einladungsverfahren) nur unter den in Art. 13

Abs. 1 VoeB abschliessend und detailliert aufgeführten Voraussetzungen zulässig ist (Entscheid der BRK vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in [VPB 64.8 E. 1b/aa](#) mit Hinweisen). Da es sich um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, restriktiv auszulegen (Entscheid des Neuenburger Verwaltungsgerichts vom 19. Dezember 1997, veröffentlicht in RDAF 1998 I 298 E. 2a; *Nicolas Michel*, Droit public de la construction, Freiburg 1996, Rz. 1910; *Evelyne Clerc*, Innovation et marchés publics: Propriété intellectuelle, prototype, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in: *Nicolas Michel / Roger Zäch [Hrsg.]*, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 88).

b. Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB kann die Auftraggeberin den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, sofern aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Dieser Ausnahmetatbestand beruht seinerseits auf dem Vorbehalt von Art. XV Ziff. 1 Bst. b ÜoeB. Er ist erst dann erfüllt, wenn der Auftrag aufgrund der genannten Besonderheiten nur an einen bestimmten Anbieter erteilt werden kann, d. h. wenn dieser als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen (in gleichem Sinn siehe auch Urteil der EU-Kommission gegen Italien [C-57/94, Slg. 1995, I-1249], Rz. 23 f.; ebenso Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts [VB.1999.00106] vom 17. Februar 2000, E. 5c). Die Beweislast dafür, dass die aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will (Entscheid der BRK vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in [VPB 64.8 E. 2a/bb](#)). In Anbetracht des Wortlauts von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB ist die BK nicht nur verpflichtet, zur Rechtfertigung der Anwendung des freihändigen Verfahrens das Vorliegen technischer Gründe im Sinne dieser Vorschrift darzutun, sondern sie muss auch glaubwürdig erläutern und - wenn möglich - belegen, dass diese technischen Gründe es unbedingt erforderlich machen, den Vertrag III an die SDA zu vergeben.

c. Vertrag III beinhaltet einen Übermittlungsdienst, mit dem Daten wichtiger Erklärungen oder Kommunikés des Bundesrates direkt den Redaktionen übermittelt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Dienstleistung von vornherein nur von der SDA sollte erbracht werden können. Gemäss den Ausführungen des Vertreters der BK an der parteiöffentlichen Sitzung steht zum Beispiel Associated Press (AP) in einem Vertragsverhältnis mit den meisten Schweizer Zeitungen, welche AP als zweite Informationsquelle benutzen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass AP auch die Gegenstand von Vertrag III bildende Dienstleistung übernehmen könnte. Schliesslich sind mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in der Schweiz verschiedene Unternehmen entstanden, welche die genannten Übermittlungsdienste zwischen Bundeshaus und den Redaktionen wohl auch besorgen könnten.

Es ergibt sich somit, dass die Voraussetzungen einer Ausnahme nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB mit Bezug auf Vertrag III an sich nicht erfüllt sind. Dies vermag indes nichts daran zu ändern, dass aus den in E. 3 dargelegten Gründen auf die Beschwerde insgesamt im Sinne der Erwägungen nicht einzutreten ist.

[246] Zu beziehen beim Eidgenössischen Finanzdepartement, 3003 Bern.

JAAC 65.41 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. November 2000 i.S. A. [BRK 2000-007]

| | |
|---------|---|
| In | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden |
| Dans | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| In | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr | 2001 |
| Année | |
| Anno | |
| Band | 65 |
| Volume | |
| Volume | |
| Seite | --- |
| Page | |
| Pagina | |
| Ref. No | 150 005 180 |

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.