

## Urteilkopf

144 II 177

15. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Intermobility SA gegen Einwohnergemeinde Bern und Publi-Bike AG (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C\_994/2016 vom 9. März 2018

**Regeste (de):**

Art. 1 Ziff. 1 GPA, Art. 5 BGBM, Art. 83 lit. f BGG, Art. 6 IVöB; öffentliches Beschaffungswesen, Begriff der öffentlichen Beschaffung, Verhältnis zur Erteilung einer Sondernutzungskonzession.

Eine Definition des Begriffs "öffentliche Beschaffung" ist den vergaberechtlichen Erlassen fremd (E. 1.3.1). Für eine öffentliche Beschaffung ist kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen. Steht bei der Erteilung einer Sondernutzungskonzession nicht ein regulativer Zweck im Vordergrund, sondern die Übertragung eines geldwerten Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, liegt es nahe, das Gesamtgeschäft in Würdigung aller Umstände als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren (E. 1.3.2). Die Ausschreibung eines Veloverleihsystems, das detaillierten Vorgaben entsprechen muss und der Umsetzung eines kommunalen Erlasses zur Förderung des Langsamverkehrs dient, gilt in Anwendung dieser Grundsätze als öffentliche Beschaffung (E. 1.3.3 und 1.3.4), auch wenn alle Angebote zu einem Preis von Fr. 0.- offeriert werden. Die Gegenleistung des Staates als Merkmal einer öffentlichen Beschaffung besteht in der Einräumung von Sondernutzungsrechten am öffentlichen Grund (E. 1.3.5; vgl. dazu auch BGE 144 II 184).

**Regeste (fr):**

Art. 1 ch. 1 AMP, art. 5 LMI, art. 83 let. f LTF, art. 6 AIMP; marché public, rapport avec l'octroi d'une concession d'usage privatif.

Les dispositions du droit des marchés publics ne contiennent pas de définition de la notion de "marché public" (consid. 1.3.1). Est caractéristique du marché public, le fait que la collectivité publique, en tant que demandeur, commande des biens ou des services en échange d'une contre-prestation, afin d'accomplir ses tâches. Lorsque l'octroi d'une concession d'usage privatif ne vise pas en premier lieu un but de régulation, mais le transfert d'un droit ayant valeur pécuniaire pour l'accomplissement de tâches publiques, il paraît approprié en tenant compte de toutes les circonstances de qualifier l'entier du marché de marché public (consid. 1.3.2). L'appel d'offre pour un système de vélos en libre-service, qui doit répondre à des prescriptions détaillées et qui sert à la mise en oeuvre d'un acte législatif communal visant la promotion de la mobilité douce doit être considéré, en application de ces principes, comme un marché public (consid. 1.3.3 et 1.3.4), même si toutes les offres sont proposées au prix de 0 fr. La contre-prestation de la collectivité, comme caractéristique d'un marché public, réside dans l'octroi de droits d'usage privatif du domaine public (consid. 1.3.5; cf. également ATF 144 II 184).

**Regesto (it):**

Art. 1 cifra 1 AAP, art. 5 LMI, art. 83 lett. f LTF, art. 6 CIAP; commesse pubblica, nozione di appalto pubblico, rapporto con il rilascio di una concessione d'uso esclusivo.

Le normative in materia di commesse pubbliche non contengono nessuna definizione di "appalto pubblico" (consid. 1.3.1). La caratteristica di un appalto pubblico è il fatto che lo Stato, in qualità di richiedente e al fine di adempiere ai propri compiti, ordina beni o servizi in cambio di una controprestazione. Quando il rilascio di una concessione d'uso esclusivo non mira principalmente a regolare, bensì a trasferire un diritto relativo al compimento di compiti pubblici che ha un valore pecuniario, appare appropriato - tenendo conto di tutte le circostanze - qualificare l'intero negozio quale appalto pubblico (consid. 1.3.2). Il bando di

concorso per un sistema di messa a disposizione di biciclette, che deve rispondere a prescrizioni dettagliate e che serve a concretizzare un atto legislativo comunale che vuole promuovere la mobilità dolce, va considerato, in applicazione di questi principi, come un appalto pubblico (consid. 1.3.3 e 1.3.4), anche se tutte le offerte sind proposte al prezzo di fr. 0. La controprestazione della collettività, caratteristica di un appalto pubblico, risiede nel riconoscimento di diritti d'uso esclusivo del suolo pubblico (consid. 1.3.5; cfr. anche DTF 144 II 184).

Sachverhalt ab Seite 179

BGE 144 II 177 S. 179

A. Die Einwohnergemeinde Bern schrieb am 22. Juli 2015 den Auftrag für ein öffentliches Veloverleihsystem in der Stadt Bern im offenen Verfahren aus. Der Auftrag umfasst die Planung, Finanzierung und den Aufbau eines Veloverleihsystems in der Stadt Bern sowie dessen Betrieb während fünf Jahren durch einen Gesamtdienstleister. Das Veloverleihsystem soll stationsgebunden sein und gewisse Nutzungszahlen nicht unterschreiten. Für die Benützung der Velos kann der Gesamtdienstleister ein Gebührenmodell vorsehen. Den Preis für den Auftrag schätzte die Einwohnergemeinde Bern auf Fr. 800'000.- pro Jahr. Innert Frist gingen zwei Angebote zu einem Preis von Fr. 0.- ein. Am 27. Januar 2016 erteilte die Einwohnergemeinde Bern der PubliBike AG den Zuschlag, deren Angebot mit 3,854 Punkten die beste Bewertung erhielt. Mit 3,587 Punkten erreichte die Intermobility SA den zweiten Platz.

B. Die Intermobility SA gelangte gegen den Zuschlag an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, das ihr Rechtsmittel mit Entscheid vom 25. April 2016 abwies. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 20. September 2016 ebenfalls ab.

C. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2016 erhebt die Intermobility SA Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht. Sie verlangt die Aufhebung des Urteils vom 20. September 2016 und die Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz. Die Einwohnergemeinde Bern beantragt, auf die Rechtsmittel nicht einzutreten. Eventualiter seien die Rechtsmittel abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Das Verwaltungsgericht schliesst seinerseits auf Abweisung der Rechtsmittel, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die PubliBike AG (fortan: Zuschlagsempfängerin) stellt keine formellen Anträge, vertritt aber den Standpunkt, dass auf die Rechtsmittel nicht eingetreten werden kann. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und das Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland haben auf eine Stellungnahme verzichtet. Mit Eingabe vom 23. Januar 2017 reicht die Intermobility SA eine Replik zu den Vernehmlassungen ein. Der Abteilungspräsident hat das Gesuch der Intermobility SA (fortan: Beschwerdeführerin) um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 17. November 2016 abgewiesen.

BGE 144 II 177 S. 180

D. Mit Eingabe vom 3. Mai 2017 teilt die Einwohnergemeinde Bern mit, dass sie mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag über den ausgeschriebenen Auftrag abgeschlossen hat. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht ein und weist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab, soweit darauf einzutreten ist.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. (...)

1.3 Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; BGE 133 II 396 E. 2.1 S. 398). Von einer Frage mit grundsätzlicher Bedeutung ist auszugehen, wenn der Entscheid einer Rechtsfrage für die Praxis wegleitend sein kann und sie von ihrem Gewicht her nach höchstrichterlicher Klärung ruft (BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; BGE 138 I 143 E. 1.1 S. 146 f.). Für den ausgeschriebenen Auftrag gingen zwei Angebote zu einem Preis von jeweils Fr. 0.-- ein. Die Frage, ob ein Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen

Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG vorliegt, bedarf angesichts dessen der näheren Betrachtung.

1.3.1 Das Bundesgerichtsgesetz führt nicht näher aus, was unter einer öffentlichen Beschaffung im Sinne von Art. 83 lit. f BGG zu verstehen ist. Von einer beschaffungsrechtlichen Entscheidung im Sinne der genannten Bestimmung ist aber jedenfalls dann auszugehen, wenn er gestützt auf einschlägige submissionsrechtliche Erlasse erlassen oder hätte erlassen sollen (vgl. Urteil 2C\_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.4). Eine Definition des Begriffs "öffentliche Beschaffung" ist aber auch den vergaberechtlichen Erlassen fremd (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 212; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.1; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, S. 269 Rz. 605): Gemäss Art. 1 Ziff. 1 des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA) findet das Übereinkommen auf alle Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken betreffend die öffentliche Beschaffung Anwendung. Immerhin deutet das GPA auf BGE 144 II 177 S. 181

ein eher weites Verständnis des Begriffs "öffentliche Beschaffung" hin. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) bestimmt seinerseits in Art. 5 lediglich, dass sich öffentliche Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten (Abs. 1) und sie dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen berücksichtigen (Abs. 2). Der Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (mit Änderungen vom 15. März 2001 [IVöB; BSG 731.2-1]), die auch der Kanton Bern unterzeichnet hat (vgl. Art. 1 des Gesetzes des Kantons Bern vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]), setzt unter anderem voraus, dass ein öffentlicher Auftrag erteilt werden soll (vgl. Art. 6 IVöB). Was unter einem öffentlichen Auftrag zu verstehen ist, umreisst die Interkantonale Vereinbarung nicht.

1.3.2 Nach Lehre und Rechtsprechung ist für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen (vgl. BGE 141 II 113 E. 1.2.1 S. 117; BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2; je mit Hinweisen). Demgegenüber ist der blosse Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3). Dasselbe gilt grundsätzlich auch, wenn der Staat lediglich eine Sondernutzungskonzession für die Benützung von öffentlichem Grund erteilt, weil der Staat damit nicht etwas beschafft, sondern im Gegenteil dem Privaten ein Recht einräumt und dafür (in der Regel) eine Gegenleistung erhält (BGE 143 II 120 E. 6 S. 126; BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3). Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung, wenn mit der Erteilung der Konzession untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden (vgl. BGE 135 II 49 E. 4.4 S. 56; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3, mit Hinweisen). Die Verleihung einer Konzession schliesst die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts folglich nicht aus. Ist die Erteilung BGE 144 II 177 S. 182

einer Sondernutzungskonzession in ein Gesamtgeschäft eingebettet, kann sich in Würdigung sämtlicher Umstände des Geschäfts ergeben, dass es insgesamt als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist (vgl. BEYELER, a.a.O., S. 402 Rz. 819; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, S. 117 Rz. 188). Als naheliegend erweist sich dieser Schluss insbesondere dann, wenn bei der Erteilung der Sondernutzungskonzession nicht ein regulativer Zweck (Ordnung der Nutzung öffentlichen Grundes) im Vordergrund steht, sondern die Übertragung eines (geldwerten) Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (vgl. BEYELER, a.a.O., S. 415 Rz. 830).

1.3.3 Im vorliegenden Fall hat die Einwohnergemeinde Bern den Aufbau und Betrieb eines Veloverleihsystems ausgeschrieben, das der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen soll. Das Veloverleihsystem dient der Umsetzung des Reglements der Stadt Bern vom 13. Juni 1999 über die Förderung des Fuss- und Veloverkehrs (RFFV; Systematische Sammlung des Stadtrechts von Bern [SSSB] 761.4). Das Reglement bezweckt eine Umlagerung des motorisierten Individualverkehrs auf den Langsamverkehr (Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 RFFV). Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung im Rahmen des Veloverleihsystems sind detailliert vorgegeben. Es bestehen enge Vorgaben betreffend die Anzahl, Dichte und Verteilung der Stationen sowie die Anzahl und Verfügbarkeit der Velos, das Tarifsystem und die zu erreichende Nutzungsintensität. Die Finanzierung soll über

Benützungsgebühren, Sponsorengelder und einen Deckungsbeitrag der Einwohnergemeinde Bern erfolgen. Mit dem Auftrag zur Bewirtschaftung des Veloverleihsystems erteilt die Einwohnergemeinde Bern dem Betreiber sodann das exklusive Recht zur Inanspruchnahme von (Sonder-)Nutzungsrechten am öffentlichen Boden. Zudem erbringt sie weitere Dienstleistungen gegenüber dem Betreiber des Veloverleihsystems (z.B. Realisierung der Standorte).

1.3.4 Mit Blick auf den Auftrag des kommunalen Gesetzgebers zur Umlagerung des motorisierten Individualverkehrs auf den Langsamverkehr kann der Betrieb eines Veloverleihsystems als öffentliche Aufgabe betrachtet werden. Wird damit ein privater Dienstleister betraut, erscheint dies jedenfalls als öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 6 Abs. 3 IVöB (vgl. BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58; Urteil 2C\_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 2.2). Daran ändert nichts, dass dem ausgewählten Betreiber zur Erfüllung seiner Aufgabe die Sondernutzung von öffentlichem Grund eingeräumt wird. Angesichts der klaren Vorgaben für den Betrieb des Veloverleihsystems wird BGE 144 II 177 S. 183

deutlich, dass dabei nicht ein regulativer Zweck im Vordergrund steht. Der Einwohnergemeinde Bern geht es um die Erbringung einer spezifischen Dienstleistung im öffentlichen Interesse. Sie übernimmt dabei nicht vorrangig eine Ordnungsfunktion für die Nutzung des öffentlichen Grundes für beliebige, allenfalls im privaten Interesse stehende Zwecke. Obwohl mit dem Auftrag zum Betrieb eines Veloverleihsystems notwendigerweise verknüpft, erscheint die Erteilung von Sondernutzungsrechten an öffentlichem Grund im Gesamtgefüge des Geschäfts nur als eines von zahlreichen Anliegen, die mit der Ausschreibung verfolgt werden.

1.3.5 Sodann gelangt die Vorinstanz mit überzeugender Begründung zur Auffassung, dass es sich beim Auftrag zum Betrieb des Veloverleihsystems um einen Dienstleistungsauftrag gegen Entgelt handelt, obschon das Veloverleihsystem von beiden Anbieterinnen zu einem Preis von Fr. 0.- offeriert wurde: Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe kann vom Gemeinwesen auch in anderer Form als durch Geldzahlung abgegolten werden (vgl. BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58; Art. II Ziff. 2 GPA; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 75 Rz. 179 f.; BEYELER, a.a.O., S. 335 f. Rz. 726 f. und S. 339 Rz. 730; POLTIER, a.a.O., S. 91 Rz. 153). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, stellen die Erteilung von Sondernutzungsrechten an öffentlichem Grund und die weiteren Dienstleistungen der Einwohnergemeinde Bern zugunsten des ausgewählten Anbieters geldwerte Leistungen und damit ein Entgelt dar. Ausserdem wird dem Anbieter das Recht eingeräumt, für die Benützung der Velos von seinen Kunden eine Entschädigung zu verlangen (vgl. BEYELER, a.a.O., S. 418 Rz. 833). Erbringt das Gemeinwesen das Entgelt wie im vorliegenden Fall für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch einen kommerziell motivierten Privaten, ist auch unter diesem Gesichtspunkt von einem öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 6 IVöB auszugehen. Da es sich bei der Einwohnergemeinde Bern zudem um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von Art. 8 IVöB handelt und eine Ausnahme nach Art. 10 IVöB nicht gegeben ist, fällt die Erteilung des Auftrags zum Betrieb eines Veloverleihsystems in den Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung. Damit hat der angefochtene Entscheid einen beschaffungsrechtlichen Vorgang im Sinne von Art. 83 lit. f BGG zum Gegenstand.