

**2017 IV/4**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II  
i. S. Publicom AG gegen das Bundesamt für Kommunikation  
B-3797/2015 vom 13. April 2016

**Öffentliches Beschaffungswesen. Ausschluss von öffentlich-rechtlich konstituierten Anbieterinnen bei Unterangeboten. Verpflichtung zur Abklärung des relevanten Sachverhalts.**

**Art. 27 und Art. 94 BV. Art. XIII Abs. 4 Bst. a des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA). Art. 12 VwVG. Art. 11 BöB. Art. 25 Abs. 4 VöB.**

1. Weder aus Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA noch aus Art. 11 BöB ergibt sich eine gesetzliche Grundlage für den Ausschluss von Unterangeboten (E. 3.3–3.5). Indessen ist die Aufzählung der Ausschlussgründe gemäss Art. 11 BöB nicht abschliessend (E. 4.1).
2. Die Teilnahme von öffentlich-rechtlich konstituierten Rechtssubjekten an Vergabeverfahren ist aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich erlaubt, solange diese nicht durch unzulässige Quersubventionierung zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (E. 4.6 und E. 4.7.1 f.).
3. Das Vermeiden von Wettbewerbsverzerrungen entspricht zwei klassischen Zielen des Vergaberechts. Dies trifft in erster Linie auf die Wettbewerbszielsetzung zu, aber auch auf das Gebot der Gleichbehandlung. Damit ist in der Frage nach der Quersubventionierung kein vergabefremder Aspekt zu sehen (E. 4.8).

**Marchés publics. Exclusion de soumissionnaires de droit public en cas de sous-enchères. Obligation de clarifier l'état de fait pertinent.**

**Art. 27 et art. 94 Cst. Art. XIII par. 4 let. a accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP). Art. 12 PA. Art. 11 LMP. Art. 25 al. 4 OMP.**

1. Ni l'art. XIII par. 4 let. a AMP, ni l'art. 11 LMP ne constituent une base légale permettant d'exclure une sous-enchère (consid. 3.3–3.5). L'énumération des motifs d'exclusion contenus à l'art. 11 LMP n'est toutefois pas exhaustive (consid. 4.1).

2. La participation de personnes morales de droit public à des procédures d'adjudication est en principe admise du point de vue du droit constitutionnel économique pour autant qu'elle n'entraîne pas une distorsion de la concurrence en raison de subventions croisées illicites (consid. 4.6 et 4.7.1 s.).
3. En empêchant les distorsions de concurrence, le droit des marchés publics vise deux objectifs classiques: il s'agit en premier lieu de renforcer la concurrence, et aussi de faire respecter le principe de l'égalité de traitement. Aussi, il n'y a pas lieu de considérer la question des subventions croisées comme un élément étranger au droit des marchés publics (consid. 4.8).

**Acquisti pubblici. Esclusione di offerenti di diritto pubblico che presentano un'offerta sottocosto. Obbligo di chiarire i fatti rilevanti.**

**Art. 27 e art. 94 Cost. Art. XIII par. 4 lett. a dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (GPA). Art. 12 PA. Art. 11 LAPub. Art. 25 cpv. 4 OAPub.**

1. Né l'art. XIII par. 4 lett. a GPA né l'art. 11 LAPub costituiscono una base legale che permette l'esclusione di offerte sottocosto (consid. 3.3–3.5). L'elenco dei motivi di esclusione previsto all'art. 11 LAPub non è tuttavia esaustivo (consid. 4.1).
2. La partecipazione di soggetti giuridici di diritto pubblico alle procedure di aggiudicazione è di principio ammessa dal profilo del diritto costituzionale economico, sempreché ciò non crei distorsioni della concorrenza dovute a un inammissibile sovvenzionamento incrociato (consid. 4.6 e 4.7.1 seg.).
3. La volontà di evitare distorsioni della concorrenza combina due obiettivi classici del diritto in materia di acquisti pubblici. Si tratta in primo luogo della promozione della concorrenza, ma anche della garanzia del principio della parità di trattamento. Il problema del sovvenzionamento incrociato non va dunque considerato come elemento estraneo al diritto degli appalti (consid. 4.8).

Am 28. Januar 2015 schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM; nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der

Schweiz) unter dem Projekttitel « (1552) 808 Analyse des SRG Online-Angebotes » einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 852823). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasst der Auftrag Analysen des Online-Angebots der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG SSR), wobei diese sich jeweils auf ein Kalenderjahr beziehen und jährlich durchgeführt werden müssen. Mit den Analysen soll das Online-Angebot anhand quantitativer Methoden untersucht werden.

In der Folge gingen fristgerecht zwei Angebote ein, nämlich dasjenige der Publicom AG und jenes der Universität Zürich. Der Zuschlag vom 20. Mai 2015 an die Universität Zürich (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) wurde am 26. Mai 2015 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 868921) publiziert.

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 26. Mai 2015 erhob die Publicom AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 15. Juni 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die Zuschlagsverfügung vom 26. Mai 2015 aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid aufzuheben und die Sache mit Weisungen entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerin zur neuen Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin wirft der Zuschlagsempfängerin vor, dass diese, indem sie deutlich unter Kosten offeriert habe, ein unzulässiges Unterangebot eingereicht habe. Ein Unterangebot eines öffentlich-rechtlichen Anbieters sei aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zu beanstanden; es müsse verhindert werden, dass Dienstleistungen der Zuschlagsempfängerin mit Steuergeldern quersubventioniert werden, um diese dann nicht kostendeckend am freien Markt anzubieten (...).

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde im Sinne des Eventualantrages der Beschwerdeführerin gut.

[Das Bundesgericht bestätigt diesen Entscheid mit Urteil vom 22. Mai 2017 (2C\_582/2016, zur Publikation vorgesehenen).]

*Aus den Erwägungen:*

**2.3** Im Folgenden stellt sich einerseits die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Anbieterin, welche ein Unterangebot einreicht, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann oder gar muss. Andererseits ist zu entscheiden, ob die Vergabestelle bei entsprechenden Anzeichen nicht nur

befugt, sondern auch verpflichtet ist, ein ungewöhnlich niedriges Angebot einer öffentlich-rechtlichen Anbieterin daraufhin zu prüfen, ob Grundsätze des Vergaberechts beziehungsweise des Wirtschaftsverfassungsrechts verletzt worden sind. Schliesslich ist für den Fall, dass die vorstehend aufgeworfenen Fragen zu bejahen sind, in Bezug auf den Sachverhalt zu prüfen, ob die Offerte der Zuschlagsempfängerin Auffälligkeiten aufweist, welche die Vergabestelle zu weiteren Abklärungen hätten veranlassen müssen.

### 3.

**3.1** Weder das BöB (SR 172.056.1) noch die VöB (SR 172.056.11) in der ursprünglichen Fassung vom 11. Dezember 1995 regeln das Vorgehen bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten. Indessen ist Art. 25 VöB mit dem neuen Titel « Bereinigung und Bewertung der Angebote » im Rahmen der Revision vom 18. November 2009 durch einen entsprechenden Absatz ergänzt worden (AS 2009 6149 ff., insb. 6154; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/40 E. 4.1). Gemäss dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 25 Abs. 4 VöB kann die Auftraggeberin, die ein Angebot erhält, dessen Preis im Vergleich zu den andern Angeboten aussergewöhnlich niedrig ist, bei der Anbieterin Erkundigungen darüber einholen, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB vorliegt. Mit dieser Bestimmung wird, wie in Bezug auf die Offertbereinigung nach Art. 25 Abs. 1 VöB, zunächst festgehalten, dass bei aussergewöhnlich niedrigen Angeboten die Abklärungen auch eine Kontaktaufnahme mit dem betroffenen Anbieter zu rechtfertigen vermögen (vgl. zur Kontaktaufnahme im Rahmen der Offertbereinigung etwa ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, 2009, insb. Rz. 51 und 244, oder GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 683 m.H.).

**3.2** Ein « ungewöhnlich niedriges Angebot » kann als eine Offerte aufgefasst werden, die das Vorliegen eines Unterangebots vermuten lässt (vgl. die Definition zu Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA von GERHARD KUNNERT, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 269 ff.). Ein « Unterangebot » ist ein Angebot, das unter den Gestehungskosten des Anbieters liegt (Zwischenverfügung des BVGer B-1057/2012 vom 29. März 2012 E. 2.6; vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2011, N. 10 zu Art. 11 BöB, sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1109 m.H.).

**3.3** Unterangebote sind in Art. 11 BöB nicht als Ausschlussgrund erwähnt. Demnach sind Unterangebote nach dem Beschaffungsrecht des Bundes im Grundsatz zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und

Eignungskriterien erfüllt sind (BVGE 2011/40 E. 4.5; TRÜEB, a.a.O., N. 10 zu Art. 11 BöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1110 ff.). Auch besteht diesbezüglich kein Grund zur Annahme einer generellen Pflicht der Vergabestelle zur Einholung zusätzlicher Informationen allein aufgrund eines aussergewöhnlich niedrigen Angebotspreises. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wäre eine solche Pflicht jedenfalls lediglich auf offensichtliche und krasse Fälle zu beschränken (BVGE 2011/40 E. 4.6), in deren Kontext in aller Regel aber auch ein Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB und damit einhergehend die Pflicht zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Art. 12 VwVG) in Frage stehen dürfte (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3.3.1). Immerhin lässt sich bereits den Materialien zur VöB entnehmen, dass ein Unterangebot zum Ausschluss eines Anbieters führen kann, wenn damit eine Verletzung des UWG (SR 241) verbunden ist (Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 1. Januar 2010, S. 17 zu Art. 25 Abs. 4 VöB, <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf>>, abgerufen am 15.01.2016; vgl. zum Ganzen CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 342, und zum kantonalen Vergaberecht etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00348 vom 27. August 2003 E. 3e). Dasselbe gilt auch für den Gesetzgeber im Rahmen des Vorentwurfs zum neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, wenn er von der Unzulässigkeit unlauterer Angebote im Sinne des UWG ausgeht (Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 1. April 2015, S. 35 zu Art. 42 Abs. 3; <<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revisi-on-des-beschaffungsrechts.html>>, abgerufen am 18.05.2016).

**3.4** Eine unter den Gestehungspreisen liegende Offerte ist namentlich zu rechtfertigen, wenn diese abgegeben wird in der Absicht, in einem Markt neu Fuss zu fassen oder in einer kritischen Phase personelle Überkapazitäten zu überbrücken beziehungsweise Arbeitsplätze zu erhalten (ROBERT WOLF, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 13; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1115 und 1126, je m.H. auf die Rechtsprechung). Ökonomische Prämisse dieser Konzeption ist das Wissen darum, dass die Risiken, die Unterangebote für die in Frage stehenden Unternehmen mit sich bringen, schon als solche dazu führen, dass der Anreiz für die Abgabe von

derartigen Offerten tendenziell in einem vernünftigen Rahmen bleibt. Der Verordnungsgeber hatte also, obwohl das in Art. 25 Abs. 4 VöB nicht explizit gesagt wird, bei der Regelung des Umgangs mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten private Anbieter vor Augen, die die Folgen risikoreichen Verhaltens selbst zu tragen haben und einem hinreichenden « Druck zur Wirtschaftlichkeit » beziehungsweise den Marktgesetzlichkeiten ausgesetzt sind (vgl. unter Betonung des Unterschieds zu den öffentlichen Vergabestellen dazu etwa GIOVANNI BIAGGINI, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 2007, S. 660 ff., MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz*, 2004, S. 62 f., nachfolgend: *Öffentliche Beschaffung*).

**3.5** Nichts anderes als aus dem Beschaffungsrecht des Bundes ergibt sich auch aus Art. XIII Abs. 4 Bst. a des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.422). Diese Bestimmung sieht vor, dass die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen kann, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann (vgl. zum Ganzen BVGE 2011/40 E. 4.2). Dabei ist diese Norm (wie auch Art. XV Abs. 6 des revidierten GPA) im Sinne einer Mindestvorgabe so zu verstehen, dass sie die Nachfrage beim Anbieter erlaubt, aber auch einer nationalen Regulierung nicht entgegensteht, welche die Vergabestelle zur Nachfrage verpflichtet (vgl. dazu rechtsvergleichend etwa das Urteil des EuGH vom 29. März 2012 C-599/10 SAG ELV Slovensko u.a., veröffentlicht in der digitalen Sammlung [Allgemeine Sammlung] unter < <http://curia.europa.eu> >, Rn. 27 ff., oder zur deutschen Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A [VOB/A] etwa RUDOLF WEYAND, *Vergaberecht*, 4. Aufl., München 2013, N. 682 ff. zu § 16 VOB/A, wobei die unangemessen niedrigen Angebote in der VOB/A vom 7. Januar 2016 neu in § 16d geregelt sind). KUNNERT hält dazu fest, dass « von international-rechtlichen Rahmengesetzen realistischerweise keine entscheidenden Beiträge zur Problemlösung » erwartet werden können. Insofern überrasche es nicht, wenn sich der WTO-Vergabekodex damit begnüge, das Thema der ungewöhnlich niedrigen Angebote « am Rande » der Zuschlagsentscheidung zu behandeln (KUNNERT, a.a.O., S. 270). In diesem Sinne hat auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bereits mit Entscheid VB.2002.00384 E. 3d erkannt, dass sich aus Art. XIII Par. 4 Bst. a GPA (wie auch aus dem einschlägigen kantonalen Vergaberecht)

keine gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss von Unterangeboten ergibt. Und ebenso gilt aufgrund des soeben in Bezug auf das Regulierungsziel des GPA Gesagten, dass dieses den Ausschluss von Unterangeboten auch nicht verbietet. Damit ist davon auszugehen, dass das GPA (aus der Sicht derjenigen Rechtsauffassung, welche die Betonung der Wettbewerbszielsetzung favorisiert) weniger in die « richtige Richtung » weist, als in der Lehre teilweise angenommen wird (vgl. GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, S. 34 f. Ziff. 14.3 f.). Zur Wettbewerbszielsetzung hält etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass das Verbot von Unterangeboten den Anbietern das Eindringen in neue Märkte erschweren und bestehende Marktstrukturen zementieren würde. Dies wiederum würde nicht der Zielsetzung des Vergaberechts entsprechen (vgl. etwa die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00384 E. 3d und VB.2005.00240 vom 30. August 2006 E. 3.5.1, je m.H.).

#### 4.

**4.1** Das Fehlen von Ausschlussgründen stellt die Voraussetzung jeder Verfahrensteilnahme und Auftragserteilung an einen Anbieter dar (JÄGER, a.a.O., S. 331). Die Ausschluss- beziehungsweise Widerrufgründe sind in Art. 11 BöB umschrieben. Danach kann die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen, insbesondere wenn die Anbieter: (Bst. a) die geforderten Eignungskriterien nach Art. 9 nicht mehr erfüllen; (Bst. b) der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt haben; (Bst. c) Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben; (Bst. d) den Verpflichtungen aus Art. 8 nicht nachkommen; (Bst. e) Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen; (Bst. f) sich in einem Konkursverfahren befinden. Bei den in dieser Bestimmung genannten Gründen handelt es sich aber nicht um eine abschliessende Aufzählung, denn die Verwendung des Begriffs « insbesondere » zeigt, dass von einer bloss beispielhaften Aufzählung auszugehen ist (Zwischenverfügung des BVGer B-6136/2007 und B-6137/2007 vom 30. Januar 2008 E. 9 und zu Art. 19 Abs. 3 BöB etwa das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, a.a.O., Rz. 366; JÄGER, a.a.O., S. 335). So ist namentlich per 1. Januar 2010 in Art. 21a VöB (AS 2009 6149) der durch die Rechtsprechung gestützt auf Art. VI Par. 4 GPA entwickelte Ausschluss wegen unzulässiger Vorbefassung des Anbieters und dem daraus resultierenden Wettbewerbsvorteil geregelt (vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.2; TRÜEB, a.a.O., N. 13 zu Art. 11 BöB).

**4.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, um dem UWG zum Durchbruch zu verhelfen, könne der Katalog der Ausschlussgründe auch insoweit nicht als abschliessend verstanden werden. Konkret wirft sie der Zuschlagsempfängerin einen « Wettbewerbsvorteil durch Rechtsverstoss » vor, welcher von Art. 2 UWG erfasst werde. Das UWG-widrige Verhalten der Zuschlagsempfängerin begründet nach Auffassung der Beschwerdeführerin einen Ausschluss- beziehungsweise Widerrufsgrund nach Art. 11 BöB (...). Replicando führt sie ergänzend aus, dass das Verhalten der Zuschlagsempfängerin auch am Gebot der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu messen sei. Darum gelte es, Quersubventionierungen mittels Steuergeldern zu vermeiden. Ein Verzicht auf das Unterbinden von mit Steuergeldern quersubventionierten « Dumpingpreisen » könne und dürfe nicht Eingang in die Rechtsprechung finden (...). Damit wird (jedenfalls implizit) geltend gemacht, es müsse einen Ausschlussgrund geben, der im Ergebnis die Verletzung der Wettbewerbsneutralität durch die öffentliche Hand als Anbieterin verhindere. Ansonsten würden die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Art. 25 Abs. 4 VöB, auf welche im Einzelnen später einzugehen sein wird (...), keinen Sinn ergeben.

Die Beschwerdeführerin weist im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zu Art. 2 UWG auf § 40 Abs. 3 des Gesetzes über die Universität Zürich vom 15. März 1998 (LS 415.11) hin, wonach die Universität Zürich Dienstleistungen in der Regel mindestens kostendeckend in Rechnung zu stellen hat. Dazu konkretisiere § 15 des Finanzreglements der Universität Zürich vom 16. November 2009 (LS 415.112), dass die von Dritten im Rahmen von Dienstleistungen zu leistende Entschädigung marktkonform und mindestens kostendeckend anzusetzen sei, wobei insbesondere direkte Kosten, wie Lohn- und Sozialversicherungskosten des beteiligten Personals, Sachkosten, Mehrwertsteuer und die Abgeltung besonderer Risiken sowie indirekte Kosten (Overhead) wie der Raum, die Infrastruktur- und Administrationskosten zu berücksichtigen seien. Indem die Zuschlagsempfängerin nicht kostendeckende Dienstleistungen angeboten habe, habe sie gegen diese Regeln verstossen.

**4.3** Die Vergabestelle bringt zur Frage des Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin lediglich vor, dass keine Verdachtsmomente vorgelegen hätten, welche einen Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB oder ein ungewöhnlich niedriges Angebot der Zuschlagsempfängerin hätten vermuten lassen. Deren Preiskalkulation bewege sich denn auch im Rahmen früherer

vergleichbarer Studien. Ausführungen zur Frage eines Ausschluss- beziehungsweise Widerrufungsgrunds nach Art. 11 BöB in Zusammenhang mit UWG-widrigem Verhalten beziehungsweise dem Gebot der Wettbewerbsneutralität macht die Vergabestelle dagegen nicht.

**4.4** Die Vergabestelle legt ihrer Argumentation richtigerweise die Auffassung zugrunde, dass es nicht ihre Sache ist, den Vorgaben des Zürcher Universitätsgesetzes betreffend die Quersubventionierung zum Durchbruch zu verhelfen. Zutreffend ist auch, dass weder das Binnenmarktrecht noch das Vergaberecht des Bundes die Tatsache der Subvention von Anbietern an sich als Problem adressieren (Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 14. April 2015 E. 6a, in: Baurecht 4/2015 S. 233 f. Nr. 326, mit Anmerkungen BEYELER; vgl. dazu auch WOLF, a.a.O., S. 13 f.). In vergleichbarer Weise hat etwa für das deutsche Recht das Oberlandesgericht Düsseldorf (nachfolgend: OLG) angenommen, dass aus dem Erhalt staatlicher Fördermittel als solchem keine für den betreffenden Bieter ungünstigen Rechtsfolgen abgeleitet werden können (grundlegend: Beschluss des OLG vom 26. Juli 2002 Verg 22/02 E. B/3a/aa; vgl. auch Beschluss der Vergabekammer [VK] Bund vom 24. April 2013 VK 3–20/13 E. II/2a). Inwieweit allenfalls in der Verletzung einschlägiger Normen des Universitätsgesetzes ein lauterkeits- und damit bundesrechtlich relevanter Rechtsbruch im Sinne von Art. 2 UWG zu sehen ist (vgl. dazu etwa PETER JUNG, in: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2010, N. 107 ff. zu Art. 2 UWG), kann zudem aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offenbleiben.

**4.5** Das in Art. 27 BV verankerte Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit schützt die freie Wahl des Berufs sowie die freie wirtschaftliche Entfaltung des Individuums. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Art. 27 BV schützt damit den individualrechtlichen Gehalt; Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung schützt die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit, wobei diese beiden Aspekte eng aufeinander bezogen sind und nicht isoliert betrachtet werden können (BGE 138 I 378 E. 6.1 m.H.; Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung (BBl 1997 I 175, 293, 296); KLAUS

A. VALLENDER, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, N. 29 f. zu Art. 27 BV). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren beziehungsweise nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 131 II 271 E. 9.2.2 m.H.). Zu vermeiden gilt es demnach die Verzerrung des Wettbewerbs unter direkten Konkurrenten (RHINOW et al., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 5 N. 135). Auch eine faktische Massnahme kann gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen (BGE 138 I 378 E. 6.2.2).

**4.6** Die Wirtschaftsfreiheit gibt auch in ihrer Ausprägung als Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrierenden beziehungsweise Wettbewerbsneutralität keinen individualrechtlichen Schutz vor staatlicher Konkurrenz. Wird das Gemeinwesen in gleicher Weise wie ein Privater unternehmerisch tätig, so bewirkt dies zunächst nur eine systemimmanente Verschärfung des Konkurrenzdrucks, mit der jeder Wirtschaftsteilnehmer jederzeit zu rechnen hat (BGE 138 I 378 E. 6.2.2 m.H.; RHINOW et al., a.a.O., § 18 N. 57 und 68). Dies gilt jedenfalls so lange, als ein gewisses Mass nicht überschritten wird (STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, 2000, S. 102 f.). Auch UHLMANN geht davon aus, dass die gewinnorientierte staatliche Wirtschaftstätigkeit zulässig ist; gerade die Gewinnorientierung stelle dabei die Einhaltung der Wettbewerbsneutralität sicher (FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, 1997, S. 216 ff.; vgl. dazu auch SCHLATTER, welche sich dieser Meinung anschliesst, ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, 2009, S. 38 ff.). VOGEL ist der Meinung, dass unternehmerisch tätige Subjekte mit staatlichem Hintergrund nicht per se in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, sofern diese rechtlich oder finanziell nicht bessergestellt werden und so nicht gezielt die Wettbewerbsverhältnisse verzerrt werden (VOGEL, a.a.O., S. 102 ff.). Daraus ergibt sich, dass der Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft insoweit eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine Rechtsregel darstellt (BGE 138 I 378 E. 6.2.2 in fine; UHLMANN, a.a.O., S. 180 f.; anders möglicherweise VALLENDER, a.a.O., N. 55 zu Art. 27 BV, wie auch PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, 2007, Rz. 179). Dabei wird jedenfalls eine formell-gesetzliche Grundlage vorausgesetzt (RHINOW et al., a.a.O., § 5 N. 149; SCHLATTER, a.a.O., S. 32), was sich

unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs im Sinne von Art. 36 BV schon aus dem materiellen Gesetzesbegriff im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV ergibt (vgl. dazu BVGE 2014/50 E. 4.3 ff. und insbesondere zur marktordnenden Wirkung staatlicher Einkaufstätigkeit BVGE 2009/17 E. 8.2). Ausserdem soll sich die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens wettbewerbsneutral beziehungsweise nicht wettbewerbsverzerrend zeigen und mit Blick auf die Gleichbehandlung der Konkurrierenden den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen werden wie ein entsprechendes privates Unternehmen (BGE 130 I 96 E. 3.7). Aus der Sicht des Betroffenen kann es keinen Unterschied machen, ob das Gemeinwesen andere private Konkurrenten (namentlich im Sinne der Schaffung gewisser regulatorischer Rahmenbedingungen) verfassungswidrig unterstützt oder ob es selbst, unmittelbar durch seine Teilnahme am Marktprozess, Urheberin einer Wettbewerbsverzerrung ist (UHLMANN, a.a.O., S. 198 ff.).

#### 4.7

**4.7.1** Für das Vergaberecht ergibt sich aus dem zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ausgangslage soeben Gesagten, dass die Teilnahme von Subjekten mit staatlichem Hintergrund, namentlich von selbstständigen öffentlich-rechtlich konstituierten Rechtssubjekten, an Vergabeverfahren grundsätzlich erlaubt ist (Entscheidung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 14. April 2015 E. 5b, in: Baurecht 4/2015 S. 233 f. Nr. 326, mit Anmerkungen BEYELER; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1382, nachfolgend: Geltungsanspruch). Insoweit nimmt das Vergaberecht den Markt grundsätzlich so hin, wie er tatsächlich ist. Dies aufbauend auf der Prämisse, dass die Marktteilnahme an sich dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden nicht widerspricht (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1389). Davon gehen auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER (a.a.O., Rz. 251) aus, wenn sie festhalten, dass einem öffentlich beherrschten « Profitcenter », welches als Marktteilnehmerin auftritt, keine Aufträge mittels In-house-Beschaffung zugehalten werden dürfen. In diesem Sinne führt auch BEYELER aus, dass Akteure, welche für eine vergaberechtsfreie In-house-, Quasi-in-house oder In-state-Vergabe infrage kämen, dieses Privileg verlieren, sobald sie an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1387). In gleicher Weise wird für das EU-Vergaberecht bereits in Form einer Begriffsbestimmung geklärt, dass auch eine öffentliche Einrichtung als Wirtschaftsteilnehmer eine Anbieterstellung im Sinne des Richtlinienrechts einnehmen

kann. Art. 2 Abs. 1 Ziffer 11 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94/65 vom 28.03.2014, nimmt insoweit die Konzeption früherer Definitionen auf (vgl. dazu auch die Urteile des EuGH vom 18. Dezember 2014 C-568/13 Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, veröffentlicht in der digitalen Sammlung, Rn. 30 ff.; und vom 6. Oktober 2015 C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme, veröffentlicht in der digitalen Sammlung, Rn. 32 ff.). Davon offensichtlich inspiriert ist die vergleichbare Legaldefinition « Anbieterin » gemäss Art. 3 Bst. a des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, < <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> >, abgerufen am 18.05.2016), nach welcher ebenfalls davon auszugehen ist, dass sich eine öffentliche Einrichtung um öffentliche Aufträge bewerben darf.

**4.7.2** Der Grundsatz der Zulässigkeit staatlichen Anbietens in öffentlichen Vergabeverfahren steht jedoch unter einem wichtigen Vorbehalt: Die in Frage stehenden Subjekte müssen über eine entsprechende gesetzliche Marktbetätigungserlaubnis verfügen, welche namentlich sicherstellt, dass keine faktische Quersubventionierung der Wettbewerbstätigkeit des Subjekts aus hoheitlichen oder anderen marktfernen Tätigkeiten dieses Subjekts stattfinden kann (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1386). Nach RICHLI versteht sich generell von selbst, dass öffentliche Unternehmen eine allfällige privatwirtschaftliche Tätigkeit nicht aus dem Monopolbereich quersubventionieren dürfen (RICHLI, a.a.O., Rz. 334). In gleicher Weise hält auch UHLMANN fest, dass eine Quersubventionierung unzulässig ist. Ganz generell verbiete der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, dass Verwaltungsträger einen funktionierenden Markt durch Finanztransfers verfälschen (UHLMANN, a.a.O., S. 213 f. und 216). Daraus schliesst das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, dass in Bezug auf die Kalkulation der Anbieter eine gewisse Kontrolle am Platz ist, wenn es sich bei den Anbietern um öffentliche Gemeinwesen handelt oder um private Organisationen, die erhebliche staatliche Finanzmittel erhalten; in diesen Fällen ist es nach dieser Rechtsprechung gerechtfertigt, vermehrt auf die Kalkulation der Angebote zu achten, um Quersubventionen zu vermeiden (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2007.00531 vom 1. Oktober 2008 E. 3.4.7 und VB.98.00319 vom 24. November 1999 E. 7c, letzteres publiziert in Baurechtsentscheide

1/2000 Nr. 9; vgl. zum Ganzen mit rechtvergleichendem Fokus das Urteil VB.2002.00384 E. 3d; s. auch WOLF, a.a.O., S. 13 f.).

**4.7.3** Zum Schluss, dass Unterangebote der öffentlichen Hand für die Vergabestelle relevant sind, führt auch ein Blick auf die Ziele des Vergaberechts selbst. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB will der Bund mit diesem Gesetz den Wettbewerb unter den Anbietern stärken. Zugleich soll der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gefördert werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB). Die Gesetzeszwecke stehen einerseits in einem engen Bezug zueinander (Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV 950, 1176), können aber auch im Sinne von Zielkonflikten in einem Spannungsverhältnis stehen (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.6.1 m.H.). Dabei ist davon auszugehen, dass die Vergabeerlasse keine Rangfolge festlegen beziehungsweise die Ziele gleichwertig sind, womit eine Abwägung im Einzelfall erfolgen muss (MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI, 2. Aufl. 2007, S. 498). Damit hat das Gebot der haushälterischen Verwendung öffentlicher Mittel keinen Vorrang im Verhältnis zu Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung der Anbieter (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 359, nachfolgend: Ziele und Instrumente; a.M. STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, S. 70 f.). Dabei besteht der Anreiz zur Teilnahme namentlich im Vertrauen auf die Fairness des Wettbewerbsverfahrens (SUTER, a.a.O., S. 71). Teil der Wettbewerbszielsetzung ist auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität (BEYELER, Ziele und Instrumente, a.a.O., S. 27 ff.). Des Weiteren führt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zutreffend aus, dass eine gewisse Aufmerksamkeit in Bezug auf die Frage der Quersubventionierung auch der Gleichbehandlung der Anbieter dient (Urteil VB.98.00319 E. 7c). Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass das Verbot der Quersubventionierung auch aus der Sicht der Ziele des Vergaberechts nicht als irrelevanter beziehungsweise vergabefremder Gesichtspunkt erscheint.

**4.8** Zusammenfassend ist ein öffentlich-rechtliches Subjekt grundsätzlich berechtigt, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Indessen muss bei einer derartigen Teilnahme darauf geachtet werden, dass das unternehmerisch tätige Subjekt nicht wettbewerbsverzerrend auftritt. Als Konsequenz daraus muss die Vergabestelle jedenfalls die Möglichkeit

haben, wenn nicht gar verpflichtet sein, ein Angebot eines öffentlichen Anbieters, welches aufgrund von Quersubventionierung nicht kostendeckend ist, gestützt auf Art. 11 BöB auszuschliessen. Das sagt BEYELER in aller Klarheit, wenn er für den Fall einer unzulässigen Quersubventionierung davon ausgeht, dass ein « Teilnahmerecht » auszuschliessen ist (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1386). In gleicher Weise geht auch FETZ von der unzulässigen Quersubventionierung als möglichem (wohl fakultativem) Ausschlussgrund aus, wenn er in diesem Zusammenhang auf die nicht abschliessende Aufzählung der Ausschlussgründe in Art. 11 BöB hinweist (FETZ, a.a.O., S. 507 mit Fn. 113; vgl. zum Ganzen E. 4.1). Aus rechtsvergleichender Sicht ist auch die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, wonach ein Mitgliedstaat im Hinblick auf die Möglichkeit, ein Angebot einer öffentlichen Einrichtung abzulehnen, eine öffentliche Finanzierung berücksichtigen darf, die eine solche Einrichtung erhält (Urteil Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, Rn. 30 ff.). An dieser Stelle ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die Anforderungen an die erforderliche Normstufe und Normdichte nicht überspannt werden dürfen (vgl. dazu spezifisch zu Art. 11 BöB JÄGER, a.a.O., S. 337). Richtig ist zwar, dass der Ausschluss mit Blick auf Rechtsgüter, die nicht aus den Zielsetzungen des Vergaberechts abgeleitet werden, eine Verordnung oder gar eine formell-gesetzliche Grundlage voraussetzt (JÄGER, a.a.O., S. 337 f.; oder mit Blick auf die Umweltschutzgesetzgebung MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 154; vgl. in Bezug auf Zuschlagskriterien BGE 140 I 285 E. 7.2 m.H.; sowie das Urteil des BVGer B–4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4). Demgegenüber ist das Ziel der Wahrung der verfassungsrechtlich gebotenen Wettbewerbsneutralität beziehungsweise der Gleichbehandlung der Konkurrierenden dem Vergaberecht als konkretisiertem Wirtschaftsverfassungsrecht vergleichbar der Vermeidung gewisser Verstösse gegen das UWG (vgl. dazu E. 3.3) inhärent. Der zu vermeidende Wertungswiderspruch ergibt sich mit anderen Worten aus dem Regulierungsziel der Stärkung des Anbieterwettbewerbs selbst (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB; vgl. E. 4.7.3). Damit steht die fehlende gesetzliche Grundlage einem Ausschluss eines öffentlich-rechtlich konstituierten Subjekts als Anbieter zur Vermeidung von Quersubventionierung nicht im Wege. Mit anderen Worten dürfen unternehmerisch tätige Subjekte mit staatlichem Hintergrund in Bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit von Unterangeboten aufgrund ihrer Ungleichheit in Bezug auf

das unternehmerische Risiko beziehungsweise die Möglichkeit der Quersubventionierung nicht mit privaten Anbietern gleichgestellt werden, welchen es nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht verwehrt ist, Unterangebote einzureichen (vgl. E. 3.3).