

Muss Altpapierverkauf ausgeschrieben werden?

Betrachtungen aus juristischer Sicht

Vortrag vom 21. Mai 2008
Schweizerischer Städteverband

Dr. Andreas Güngerich, Rechtsanwalt LL.M.
Kellerhals Hess Rechtsanwälte

Gliederung

- Die Ausschreibung gemäss öffentlichem Beschaffungsrecht
- Die 2 Komponenten des Altpapierverkaufs
- Die Ausschreibungspflicht gestützt auf Art.2 Abs.7 BGBM
- Bedeutung und Umfang der Ausschreibungspflicht betreffend den Verkauf von Altpapier
- Analoge Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts
- Rechtsmittel
- Fragen?

Die Ausschreibung gemäss öffentlichem Beschaffungsrecht

- Gemäss Art. 1 des BG über das öffentliche Beschaffungswesen will der Bund mit diesem Gesetz
 - a) das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten;
 - b) den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken und
 - c) den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern.

- Das öffentliche Beschaffungswesen bezweckt mit der Ausschreibung und dem anschliessenden Vergabeverfahren somit insbesondere einen möglichst effizienten Umgang mit den Finanzen des Gemeinwesens.

Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts

- Das öffentliche Beschaffungsrecht findet Anwendung, wenn die öffentliche Hand (Gemeinwesen) als Abnehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt, und nicht auch dann, wenn sie selber gewerbliche Leistungen offeriert.

Die 2 Komponenten der Entsorgung von Altpapier

■ 1. Das Einsammeln

In einem ersten Schritt ist das Gemeinwesen verpflichtet, Altpapier einzusammeln und abzutransportieren.

Diese Aufgabe fällt unter den Begriff der öffentlichen Beschaffung. Entsprechend ist das Gemeinwesen verpflichtet, die Entsorgung des Altpapiers, gemäss G über das öffentliche Beschaffungswesen aususchreiben.

Die 2 Komponenten der Entsorgung von Altpapier

■ 2. Der Verkauf

In einem zweiten Schritt lässt das Gemeinwesen das Altpapier einem Abnehmer zukommen, welcher dem Gemeinwesen dafür ein Entgelt ausrichtet.

Dieser Vorgang untersteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht, tritt die Gemeinde als Offerentin einer Leistung und nicht als deren Abnehmerin auf.

Ausschreibungspflicht gestützt auf eine andere rechtliche Grundlage

- Wird die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts verneint, stellt sich die Frage, ob das Gemeinwesen beim Verkauf von Altpapier einer Ausschreibungspflicht untersteht, welche sich auf eine andere rechtliche Grundlage stützt.
- Weitere Gesetze, welche eine Ausschreibungspflicht vorschreiben, sind bspw. das Bundespersonalgesetz sowie das Binnenmarktgesetz. Vorliegend ist insbesondere das Binnenmarktgesetz von Interesse.

Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes

- Gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.
- Damit vorliegend eine Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM bejaht werden kann, muss das Gemeinwesen beim Verkauf von Altpapier
 1. über eine Monopolstellung verfügen und
 2. diese Monopolstellung auf Private übertragen.

Die einzelnen Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM

■ 1. Monopolstellung

Die Gemeinde verfügt über ein Entsorgungsmonopol. Dieses Monopol beinhaltet auch die Verwertung von Altpapier.

■ 2. Übertragung auf Private

Indem die Gemeinde das Altpapier nicht selbst verwertet, sondern es an ein spezialisiertes Unternehmen verkauft, überträgt sie ihre Monopolstellung auf Private.

■ Fazit

Der Verkauf von Altpapier dürfte den Vorschriften von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen.

Gründe und Modalitäten einer Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM

- Die Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM bezweckt insbesondere
 - die Erleichterung des diskriminierungsfreien Marktzugangs für konzessionierte Tätigkeiten und
 - die Förderung des Wettbewerbs.
- Die Festlegung der Ausschreibungsmodalitäten ist grundsätzlich Sache der Behörden. Trotzdem wird in der Botschaft zum BGBM vom 24. November 2004 festgehalten, dass es naheliegend sei, die Regeln für die Vergabe öffentlichrechtlicher Aufträge analog anzuwenden.

Analoge Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts

- Es ist somit naheliegend, *gewisse* Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts analog heranzuziehen.

- Dabei gilt es, insbesondere allgemeine Verfahrensgarantien des Vergaberechts zu beachten, namentlich
 - die Grundsätze der Gleichbehandlung,
 - der Nichtdiskriminierung sowie
 - der Transparenz.

Rechtsmittel

- Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.

- Dies hat vorliegend auch für den Verkauf von Altpapier durch die Gemeinde zu gelten.

- Der Entscheid der Gemeinde kann somit angefochten werden, wobei Art. 9 Abs. 2 BGBM vorschreibt, dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorzusehen hat.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für Fragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.