



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 46, März 2019

Offerten staatlicher Anbieter

Was sind Anhaltspunkte für eine verbotene Quersubventionierung?



lic. iur. Mirjam Barmet, Rechtsanwältin,
UrsprungBarmet Anwaltskanzlei, Zürich

Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 425 festgestellt, dass sich öffentlich-rechtliche Anbieter wettbewerbsneutral verhalten müssen und dass ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, namentlich durch eine unzulässige Quersubventionierung, einen Ausschlussgrund darstellt. Vergabestellen sind deshalb verpflichtet, bei Angeboten von öffentlich-rechtlichen Anbietern zusätzliche Abklärungen vorzunehmen und gegebenenfalls einen Anbieter auszuschliessen, sofern konkrete Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung vorliegen. Was aber sind solche Anhaltspunkte und wie erkennt sie eine Vergabestelle?

I. Ausgangslage: Der Publicom-Entscheid (BGE 143 II 425)

Dem Entscheid 143 II 425 lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Im Januar 2015 schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. In diesem Vergabeverfahren reichten sowohl die Universität Zürich – eine öffentlich-rechtliche Anstalt – als auch die Publicom AG – eine private Aktiengesellschaft – ein Angebot ein. Das BAKOM erteilte daraufhin der Universität Zürich den Zuschlag. Die Publicom AG erhob gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, weil das Angebot der Universität Zürich nach Auffassung der Publicom AG ein sogenanntes Unterangebot darstellte, welches vermutungsweise mit öffentlichen Mitteln quersubventioniert würde.

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Eine öffentlich-rechtliche Institution beteiligt sich an einem öffentlichen Submissionsverfahren und reicht eine Offerte ein? In Konkurrenz mit privaten Anbietenden? Für Sie als Vergabestelle heisst das: Vorsicht! Es könnte eine wettbewerbsverzerrende Quersubventionierung vorliegen. Rechtsanwältin Mirjam Barmet zeigt auf, welche Anhaltspunkte auf eine unzulässige Quersubventionierung hinweisen. Ausgangspunkt für ihre Erörterungen bildet das Urteil des Bundesgerichts in Sachen «Publicom», bei dem das Bundesgericht festgestellt hat, dass in einem Vergabeverfahren eine unzulässige Quersubventionierung vorgelegen hatte, was zum Ausschluss der betroffenen Anbieterin, der Universität Zürich, hätte führen müssen.

Mit der vorliegenden Ausgabe Nr. 46 verabschiede ich mich aus dem Redaktionsteam des KRITERIUM. Während gut 14 Jahren – seit der Ausgabe Nr. 15 – durfte ich im Redaktionsteam mitwirken und dieses leiten. Diese Tätigkeit hat mir viel Freude bereitet, und die Beschäftigung mit dem öffentlichen Beschaffungswesen war für mich bereichernd. Bei dieser Gelegenheit danke ich den Kolleginnen und Kollegen im Redaktionsteam für die gute und stets angenehme Zusammenarbeit. Nun ist es aber an der Zeit, dass eine neue Kraft die Leitung des Redaktionsteams übernimmt. Ich wünsche Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, weiterhin viele anregende, für Ihre Arbeit im Beschaffungswesen nützliche Beiträge im KRITERIUM und hoffe, dass Sie dieser Informationsschrift weiterhin die Treue halten.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut. Es kam zum Schluss, dass öffentlich-rechtliche Anbieterinnen nicht wettbewerbsverzerrend auftreten dürfen, dass die Vergabestelle beim Vorliegen gewichtiger Indizien für eine Verletzung der Wettbewerbsneutralität durch öffentlich-rechtliche Anbieterinnen – namentlich bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten – zusätzliche Abklärungen vornehmen müssten und dass die Vergabestelle zumindest die Möglichkeit haben müsse und allenfalls sogar verpflichtet sei, Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen auszuschliessen, wenn diese aufgrund einer Quersubventionierung nicht kostendeckend seien.¹ Im vorliegenden Fall hatte das BAKOM keine zusätzlichen Abklärungen getroffen, obwohl nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gewichtige Indizien für ein wettbewerbsverzerrendes Angebot vorlagen. Namentlich hatte die Universität Zürich die Kosten des Projektleiters in ihrer Preisofferte mit Null Franken beziffert, obwohl sie von einem Stundenaufwand von 180 Stunden ausgegangen war. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Sache deshalb zur Prüfung, ob die Universität Zürich wegen einer Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität vom Verfahren auszuschliessen sei, an das BAKOM zurück. Diesen Entscheid focht das BAKOM (bzw. das UVEK) beim Bundesgericht an, welches namentlich die folgenden zwei Fragen zu beantworten hatte:

1. Gehört die Einhaltung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu den vergaberechtlichen Grundsätzen?
2. Falls ja, *muss* deren Nicht-Einhaltung zum Ausschluss der Anbieterin im Vergabeverfahren führen oder *kann* sie zum Ausschluss führen?

Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu den vergaberechtlichen Grundsätzen gehört, und folgerte, dass der Vergabestelle nicht bloss das Recht, sondern die Pflicht zukomme, eine Anbieterin, die gegen diesen Grundsatz verstösst, auszuschliessen. Eine Verletzung der Wettbewerbsneutralität würde sich, so das Bundesgericht, in qualitativer Hinsicht nicht von den explizit geregelten Ausschlussgründen des Art. 11 BÖB unterscheiden, weshalb es einem Wertungswiderspruch gleichkäme, dem Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität die Anerkennung als Ausschlussgrund zu versagen.²

«Ein Verstoss gegen den [Grundsatz der Wettbewerbsneutralität] liegt namentlich vor, wenn die Offerte der staatlichen Anbieterin auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruht und deshalb geeignet ist, den Wettbewerb auf dem fraglichen

1 Urteil B-3797/2015.

2 BGE 143 II 425 Erw. 4.4.3.

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli,
Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf;
Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDkom

E-Mail gs-stab@bd.zh.ch

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

Beschaffungsmarkt zu verfälschen [...]. Daraus folgt zugleich, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht bei jedem Unterangebot einer staatlichen Offerentin erfüllt sind. Sofern der Fehlbetrag nicht auf unzulässige Weise mit Steuermitteln oder Erträgen aus dem Monopolbereich gedeckt wird, sondern etwa mit dem Erlös aus der (sonstigen) privatwirtschaftlichen Tätigkeit, verstösst die staatliche Anbieterin nicht gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, wenn sie im Einzelfall einen Angebotspreis offeriert, der unterhalb ihrer Selbstkosten liegt [...].»³

II. Herausforderungen

1. Keine Prüfpflicht ohne Anhaltspunkte

Das Verfahren gestaltet sich damit zweistufig; zunächst muss die Vergabestelle einen Anhaltspunkt für eine Quersubventionierung erkennen. Danach hat sie die nötigen Abklärungen zu treffen, um die Frage zu beantworten, ob eine unzulässige Quersubventionierung vorliegt oder nicht. Von der Beantwortung erst dieser Frage hängt ab, ob ein Anbieter allenfalls ausgeschlossen wird oder nicht. Vergegenwärtigt man sich dieses zweistufige Verfahren, wird deutlich: 1. Ein Anhaltspunkt für eine Quersubventionierung ist nicht gleichbedeutend mit einer Quersubventionierung. 2. Erst der Anhaltspunkt löst die Pflicht der Vergabestelle aus. Der Anhaltspunkt ist Einfallstor in eine genauere Abklärung, verpflichtet und legitimiert die Vergabestelle gleichsam, nähere Informationen beim betreffenden Anbieter einzuholen. Will die Vergabestelle ihre Pflicht erfüllen, muss sie also eine deutliche Vorstellung davon haben, wie ein solcher Anhaltspunkt aussieht.

Das Bundesgericht hat mit BGE 143 II 425 einen in rechtlicher Hinsicht klaren und – soweit ersichtlich – unumstrittenen Entscheid gefällt.⁴ Aus praktischer Sicht ist der Entscheid aber herausfordernd, denn das Bundesgericht hat den Vergabestellen eine Pflicht auferlegt (Ausschluss bei Quersubventionierung), aber offengelassen, was Anhaltspunkte für Quersubventionierungen sein können. Es hat zwar im konkreten Fall in der Nichtberücksichtigung der Leistungen des Projektleiters bei der Offertkalkulation einen solchen Anhaltspunkt gesehen. Aber lässt sich daraus für die Frage, was mögliche Anhaltspunkte sein können, in genereller Weise etwas ableiten?

2. Angebotspreis nicht immer verlässlicher Anhaltspunkt

Es ist gut möglich, dass die Vorstellungen darüber, wie quersubventionierte Angebote staatlicher Anbieter aussehen müssen, viel mit dem Sachverhalt des Publicom-Entscheids und der darin auch angesprochenen Frage des Unterangebots zu tun haben. Die Ausgangslage des Publicom-Entscheids war besonders: die Kosten des Projektleiters waren mit Null Franken beziffert, was aber die Publicom AG erst aufgrund der ihr gewährten Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren erfuhr. Zuvor waren es andere Faktoren, welche die Publicom AG dazu veranlasst hatten; namentlich war die Methode der Universität Zürich aufwendiger, was sich nach Meinung der Publicom AG in einem höheren Angebotspreis hätte niederschlagen müssen. Alles in allem kam die Publicom AG nicht umhin anzunehmen, dass hier die Universität Zürich ein Unterangebot einge-

3 BGE 143 II 425 Erw. 4.5.

4 Vgl. David Hill, in: VergabeNews Nr. 17 Dezember 2017, publiziert auf www.beschaffungswesen.ch; Martin Beyeler/Jean-Baptiste Zufferey, in: BR 2018, S. 44; Andreas Abegg/Marco Frei, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, in: recht 2018, S. 142.

reicht hatte, welches mit Mitteln aus dem Monopolbereich oder mit Steuergeldern finanziert würde.

Das Bundesgericht hat an seiner Rechtsprechung zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Unterangeboten im Publicom-Entscheid aber nicht gerüttelt und festgehalten, dass Unterangebote auch von staatlichen Anbietern zulässig sind, solange sie nicht aus dem Monopolbereich oder mit Steuermitteln finanziert werden. Nicht das Unterangebot stellt den Ausschlussbestand dar, sondern die unzulässige Quersubventionierung eines Angebots.

Ein Unterangebot bedeutet, dass ein Angebot nicht kostendeckend ist, dem Anbieter entstehen mehr Kosten als er dadurch einnimmt, ein Verlust entsteht. Ob tatsächlich ein Unterangebot vorliegt, kann deshalb an sich nur beurteilt werden, wenn die Gestehungskosten eines Produkts oder einer Dienstleistung bekannt sind. In der Praxis sind es deshalb die sogenannten aussergewöhnlich tiefen Angebote, welche allenfalls Abklärungen von Seiten der Vergabestelle auslösen. Nicht der Vergleich der Kosten mit dem Preis, sondern der Vergleich der Preise verschiedener Anbieter untereinander lösen Nachforschungen im Zusammenhang mit Unterangeboten aus. Vergleiche von Angebotspreisen geben aber keine Auskunft darüber, wie Angebote allenfalls mitfinanziert werden. Ein aussergewöhnlich tiefer Preis kann zwar ein Anhaltspunkt sein, weil er Hinweise auf ein Unterangebot und dieses wiederum Hinweise auf eine mögliche Quersubventionierung liefert. Weil aber der Preis (und auch der Preisvergleich) über die Art der Finanzierung nichts aussagt, sollten die Vergabestellen nicht leichtfertig davon ausgehen, dass keine Anhaltspunkte für eine Quersubventionierung vorliegen, wenn der Preisvergleich keine Hinweise auf ein aussergewöhnlich tiefes Angebot (oder ein Unterangebot) liefert. Auch dem Publicom-Entscheid lag keine Preisdifferenz zugrunde, welche für sich genommen das Angebot der Zuschlagsempfängerin als aussergewöhnlich tief erscheinen lassen hätte. Die Preisdifferenz betrug 3%.

3. Prüfprogramm erforderlich

Tatsächlich besteht Grund zur Annahme, dass viele Vergabestellen kein bzw. ein wenig trennscharfes Prüfprogramm haben, um Anhaltspunkte für Quersubventionierungen zu erkennen. Einzelne Einblicke in das Vorgehen der Vergabestellen lieferte beispielsweise die Beantwortung des Regierungsrates des Kantons Zürich der Anfrage KR-Nr. 162/2018 betreffend Konkurrenzierung Privater durch Staatsbetriebe? (RRB Nr. 908/2018). Unter anderem führte der Regierungsrat aus: «Im Rahmen der Angebotsprüfungen ergaben sich bisher keine konkreten Hinweise auf eine unzulässige Quersubventionierung. Insbesondere handelte es sich bei den eingereichten Angeboten nicht um Unterangebote, sondern um Angebote mit marktgerechten Preisen. Eine vertiefte Abklärung war deshalb nicht angezeigt» (zu Frage 3, S. 4). Auch das Bundesverwaltungsgericht scheint Anhaltspunkte für eine Quersubventionierung mit dem Vorliegen eines aussergewöhnlich tiefen Angebots gleichzusetzen. In einem im Sommer 2018 ergangenen Entscheid, anlässlich dessen es u.a. beurteilen musste, ob die Vergabestelle zu Recht keine weiteren Abklärungen mit Blick auf eine mögliche Quersubventionierung vorgenommen hatte, hielt es fest, die Abklärungspflicht der Vergabestelle bestehe in Fällen, da «Anzeichen für eine unzulässige Quersubventionierung aufgrund eines aussergewöhnlich tiefen Angebots bestehen». Ein Vergleich der Angebotspreise ergab eine Preisdifferenz von 14% zur Beschwerdeführerin bzw. 7,5% zum zweitgünstigsten Anbieter und damit keine Hinweise auf ein

aussergewöhnlich tiefes Angebot, weshalb die Vorinstanz nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zu Recht keine weiteren Abklärungen getroffen hatte.⁵

Gerade der Publicom-Entscheid zeigt indes, dass der Vergleich von Angebotspreisen nicht in jedem Fall einen zuverlässigen Anhaltspunkt ohne nähere Prüfung weiterer Aspekte liefert. Sowohl ein sehr tiefer als auch ein sehr hoher Preis (und jeder, der zwischen diesen Polen liegt) kann potenziell unzulässigerweise quersubventioniert worden sein. Nicht sachrichtig wäre deshalb die Auffassung, wenn kein aussergewöhnlich tiefes Angebot vorliegt, müssten auch keine vertieften Abklärungen erfolgen. Vielmehr kann der Schluss, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung vorliegen oder nicht, nur das Ergebnis einer Gesamtbeurteilung sein. Es gibt neben dem Angebotspreis sehr wohl noch weitere Aspekte, welche in eine solche Betrachtung einfließen sollten.

III. Anhaltspunkte

1. Teilnahme staatlicher Anbieter

Wieso soll der blosse Umstand, dass ein staatlicher Anbieter am Wettbewerb teilnimmt, dazu führen, dass eine Vergabestelle dessen Angebot einer anderen (möglicherweise genaueren) Prüfung unterzieht als dasjenige privater Anbieter? Staatliche Anbieter treten nicht unter denselben Bedingungen wie Private am Markt auf; sie geniessen faktische Vorteile aufgrund ihrer Doppelrolle. Beispielsweise tragen sie ein viel geringeres Unternehmerrisiko, verfügen über Staatsgarantien, vorbestehendes Wissen aus dem Monopolbetrieb, Steuerbefreiung, profitieren von bestehender Infrastruktur und bestehenden Geschäftsbeziehungen, gewisse Kosten sind erheblich tiefer als bei Privaten oder entfallen ganz (Versicherungen, Revision etc.).⁶ Zufferey fordert daher als Grundvoraussetzung staatlicher Teilnahme an Vergabeverfahren beispielsweise, auf alle Eignungskriterien zu verzichten, die auf der finanziellen Solidität des erfolgreichen Bieters beruhen, und eine grössere Transparenz bei der Gestaltung des Angebotspreises durchzusetzen, damit die Auswirkungen eben auch der faktischen Vorteile erkannt und neutralisiert werden können, und diese in der Bewertung des Angebots zu berücksichtigen.⁷

Die gleich langen Spiesse (ein viel bemühtes Bild in diesem Kontext), als Voraussetzung staatlicher Marktteilnahme und Zweck des Quersubventionsverbots, sind durch die blosse Teilnahme staatlicher Akteure allein schon infrage gestellt. Das Bekenntnis zur grundsätzlich staatsfreien Wirtschaftsordnung verleiht staatlicher Wirtschaftsteilnahme einen Ausnahmecharakter.⁸ Diesem Ausnahmecharakter muss auch im Ausschreibungsverfahren Rechnung getragen werden, denn die Ausgangslage für staatliche Anbieter ist von Grund auf eine andere. Deshalb muss allein der Umstand, dass ein staatlicher Anbieter an einem Ausschreibungsverfahren teilnimmt, ein erster Anhaltspunkt sein, der eine vertieftere Prüfung auslöst.

2. Marktsituation

Beschaffungen finden in unterschiedlichen Märkten statt. Sehr vereinfacht gesprochen: Es gibt Märkte, die von viel Innovation

5 Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7718/2016 vom 2. Juli 2018, Erw. 7.4 f.

6 Vgl. Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 142, 146; Jean-Baptiste Zufferey, in: BR/DC 2016, S. 64 ff.

7 So etwa auch Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 142, 147.

8 So etwa auch Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 142, 147.

geprägt sind, und andere, auf denen wenig Innovation stattfindet. Es gibt Märkte, die stagnieren oder bei denen das Wachstum gar rückläufig ist, und solche, welche rasant wachsen. Die Marktsituationen, welchen sich die Konkurrenten ausgesetzt sehen, haben einen erheblichen Einfluss auf die Preisbildung. Vergabestellen kennen Märkte meist gut, können Tendenzen und Entwicklungen über einen längeren Zeitraum beobachten und verfügen sehr oft über gute Kenntnisse darüber, auf welchen Märkten sich einzelne Marktteilnehmer sonst noch bewegen. Insbesondere kennen sie auch die Situation staatlicher Anbieter und können mitunter abschätzen, inwiefern diese von den beschriebenen faktischen Vorteilen aus ihrer Monopolstellung profitieren.

Stellen wir uns nun als Beispiel einen Markt vor, auf dem es nur wenige Anbieter gibt, staatliche und private. Die Bedingungen auf diesem Markt haben sich in den letzten Jahren dahingehend entwickelt, dass die Preise immer mehr unter Druck geraten sind, unter anderem auch, weil staatliche Anbieter neu in den Markt eingetreten sind. Markteintritte Privater fanden indes nicht statt und sind auch nicht zu erwarten, denn die infrage stehenden Leistungen setzen eine grosse Infrastruktur und viel Know-how voraus. Die in den Markt eingetretenen staatlichen Anbieter verfügen aus ihrer Monopoltätigkeit über beides. In der Preisentwicklung nach unten, welche in den letzten Jahren stattgefunden hat, sehen die Vergabestellen einen Beleg für das Funktionieren des betreffenden Marktes. Dabei kann, gerade aufgrund der Marktteilnahme staatlicher Anbieter und einer Quersubventionierung ihrer Angebote, das Gegenteil der Fall sein. Ein Privater kann mit zunehmend rückläufigen Margen in einem solchen Markt auf Dauer nicht mehr mithalten.

Der Markt bzw. Marktentwicklungen können deshalb in vielen Fällen Anhaltspunkte für mögliche Quersubventionen liefern. Das Beispiel zeigt, dass der Blick allein auf die Preisdifferenzen insbesondere in denjenigen Fällen zu kurz greift, in welchen auch wegen der staatlichen Konkurrenz die Preise unter Druck geraten sind.

3. Fehlende bzw. ungenügende Entflechtung

Die kalkulatorische Trennung von Wettbewerbs- und Monopolbereich ermöglicht erst festzustellen, dass keine Quersubventionierung stattfindet.⁹ Die Trennung ist mit anderen Worten kein Garant, dass keine Quersubventionierung vorliegt, sondern schafft erst die Möglichkeit, eine allfällige Quersubventionierung überhaupt festzustellen. Im bekannten Urteil *Glarnersach*¹⁰ formulierte das Bundesgericht erstmals Voraussetzungen staatlicher Marktteilnahme; nebst den allgemeinen Grundsätzen rechtstaatlichen Handelns (rechtliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) müsse der staatliche Marktteilnehmer das aus Art. 94 BV abgeleitete Prinzip der Wettbewerbsneutralität beachten, weshalb insbesondere «systematische» Quersubventionierungen zu vermeiden seien. In diesem Entscheid wollte es das Bundesgericht noch genügen lassen, dass die staatliche Konkurrentin «sich bemüht, nach besten verfügbaren Schätzungen die Kostenanteile [von Monopol- und Wettbewerbsbereich] zu bestimmen».¹¹ Dies kann angesichts der klaren Haltung des Bundesgerichts im Publi-

com-Entscheid, dass jede Quersubvention aus dem Monopolbereich oder mit Steuern unzulässig ist, nicht mehr gelten. Insofern ist es auch wenig hilfreich, eine Marktbetätigungserlaubnis als Nachweis für eine fehlende Quersubventionierung genügen zu lassen.¹² Die Marktbetätigungserlaubnis ist eine Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren, aber wie bereits der Entscheid *Glarnersach* verdeutlicht, keineswegs gleichbedeutend mit der (vollständigen) Trennung von Wettbewerbs- und Monopolbereich.

Da das Fehlen einer Quersubventionierung Voraussetzung für staatliche Marktteilnahme ist, spricht nichts dagegen, von staatlichen Anbietern den Nachweis für eine vollständige buchmässige Entflechtung der beiden Bereiche zu verlangen.¹³ Tatsächlich kann ein Unternehmen – ob nun staatlich oder privat – erst dann mit Sicherheit sagen, dass es seine Preise nicht quersubventioniert, wenn es die einzelnen Geschäftssparten buchhalterisch voneinander abgrenzt. Wenn dies nicht der Fall ist, liegt im Fehlen einer solchen Trennung oder Entflechtung bereits ein Anhaltspunkt. Hierbei sind auch die vielen Vorteile angesprochen, von denen staatliche Anbieter profitieren, welche sich nur schwer in Zahlen ausdrücken lassen.

In Abwesenheit einer klaren Entflechtung des Monopol- vom Wettbewerbsbereich sollte jedenfalls nicht dem unterlegenen Anbieter die Pflicht aufgebürdet werden, eine Quersubventionierung glaubhaft machen zu müssen, wenn das beste Instrument dazu – die interne Buchhaltung – in den Händen der staatlichen Konkurrenz liegt.

IV. Fazit

Angesichts der zwar recht jungen aber dafür umso klareren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und vor dem Hintergrund der immer grösser werdenden öffentlichen Debatte um die Rolle staatlicher Akteure im Wettbewerb mit Privaten ist es wichtig, dass die Vergabestellen sich darüber Gedanken machen, was Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung sein können. Zu beachten ist dabei, dass quersubventionierte Angebote nicht nur bei einem aussergewöhnlich niedrigen Preis vorliegen können, weshalb ein klares Prüfprogramm erforderlich ist, welches sich nicht nur auf einen Vergleich der Angebotspreise auf der Suche nach einem möglichen Unterangebot beschränkt. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen, welche der Teilnahme eines staatlichen Anbieters, der Marktsituation und Marktentwicklung und gegebenenfalls fehlender bzw. ungenügender Entflechtung des Monopol- vom Wettbewerbsbereichs Rechnung trägt.

Dabei wäre wünschenswert – und zur Verwirklichung eines wirksamen Rechtsschutzes eigentlich unabdingbar –, dass sich eine Praxis etabliert, bei der staatliche Anbieter, welche nicht bereits den Beweis für eine vollständige Entflechtung des Monopol- vom Wettbewerbsbereich erbracht haben, im Einzelfall diese Trennung nachweisen müssen.

¹² Wie von David Hill (a.a.O.) gefordert.

¹³ Abegg/Frei gehen weiter und fordern den Nachweis einer hinreichenden Trennung subsidiär für den Fall, dass eine organisatorische Trennung der beiden Bereiche nicht möglich ist (a.a.O., S. 142, 152).

⁹ Vgl. Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 152.

¹⁰ BGE 138 I 378.

¹¹ BGE 138 I 378, Erw. 9.3.3.