

Klar ist damit zunächst, dass E. nicht an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für das vorliegende Verfahren mitgewirkt hat. Die Frage einer allfälligen unzulässigen Vorbefassung (§ 28 Abs. 1 lit. h SubmD) stellt sich somit von vornherein nicht. Ob die Zuschlagsempfängerin für die Ausarbeitung ihres Angebots aus der Tatsache, dass E. aufgrund seiner früheren Tätigkeit für die Beschwerdeführerin bereits über Vorkenntnisse verfügte, einen Nutzen ziehen konnte und damit allfällige private Rechte der Beschwerdeführerin verletzt wurden, ist hingegen keine submissionsrechtlich relevante Fragestellung, welche die Vergabebehörde (oder das Verwaltungsgericht) zu prüfen hätte (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 4. Oktober 2004 [V 04 186], Erw. 3.c a.E. = LGVE 2004 II Nr. 9).

#### **34 Staatsvertragsbereich; Sektorentätigkeit; Rechtsschutz**

- **Begriff bzw. Umfang der Sektorentätigkeit. Die Beschaffung von Ganzkörperkontaminationsmonitoren für ein Kernkraftwerk gehört zur Sektorentätigkeit.**
- **Selbst wenn eine Beschaffung nicht dem Staatsvertragsbereich untersteht, kann sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ergeben, dass einem ausländischen Anbieter der Rechtsschutz auf gerichtliche Überprüfung des Zuschlags nicht abgesprochen werden kann.**

Verfügung des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. August 2014 in Sachen A. GmbH gegen B. AG (WBE.2014.219).

#### *Sachverhalt*

Im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung (§ 26 Abs. 2 SubmD) stellte sich die Frage, ob die

Beschwerdeführerin als ausländische Anbieterin überhaupt befugt ist, den Zuschlag anzufechten.

*Aus den Erwägungen*

4.

4.1.

Die Vergabestelle bringt zunächst vor, die Beschaffung sei nicht dem Staatsvertragsbereich unterstellt, weshalb die Beschwerdeführerin gar nicht befugt sei, den Zuschlag anzufechten.

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB unterstehen dem Staatsvertragsbereich Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, jeweils in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit in diesen Bereichen vergeben. Dieser Bestimmung entspricht § 30 Abs. 1 SubmD. Dass es sich bei der Vergabestelle als Kernkraftwerk in der Schweiz um ein solches Sektorenunternehmen (Elektrizität) handelt, ist zu Recht nicht umstritten (vgl. Anhang I Annex 3 Ziff. II GPA; Art. 3 Abs. 2 lit. f/ii sowie Anhang IV B-Schweiz lit. b des Abkommens zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 [BilatAbk; SR 0.172.052.68]). Dem Staatsvertragsrecht sind Sektorenauftraggeber unterstellt, soweit sie einen öffentlichen Auftrag im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit vergeben (vgl. Anhang I Annex 3 Note 1 GPA; Art. 3 Abs. 7 i.V.m. Anhang VIII lit. a BilatAbk; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 466, 471 ff.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 168). Dabei ist der jeweiligen Sektorentätigkeit alles zuzurechnen, was für die rechtskonforme, fachgerechte und zeitgemässe Verfolgung der Kerntätigkeiten (z.B. Herstellung von Elektrizität) direkt oder indirekt (einschliesslich:

infrastrukturell) notwendig ist. Darüber hinaus ist auch all jenes zur Sektorentätigkeit zu zählen, was nicht in diesem Sinne erforderlich, aber für die Verfolgung der Kerntätigkeit nützlich ist oder aus sonstigen Gründen (gegebenenfalls aus freier Wahl und Entscheidung) vom Sektorenauftraggeber zwecks Unterstützung, Beförderung oder Verbesserung der Sektorentätigkeit unternommen wird (ob die Ziele tatsächlich erreicht werden, spielt dabei keine Rolle) (BEYELER, a.a.O., Rz. 481 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 155). Die vorliegende Beschaffung von Ganzkörperkontaminationsmonitoren gehört vor diesem Hintergrund ohne Weiteres zur Sektorentätigkeit. Für die Verfolgung der Kerntätigkeit sind sie notwendig bzw. sie dienen dieser unmittelbar, da sie die öffentliche Sicherheit und den Schutz der Personen, die im Kontrollbereich des Kernkraftwerks arbeiten, gewährleisten. Wenn in der Literatur beispielsweise selbst der Betrieb einer Kindertagesstätte, bei der die betreuten Kinder zur Hauptsache jene von Mitarbeitenden sind, zur Sektorentätigkeit gezählt werden – oder der Betrieb eines Restaurants, das primär für die im Rahmen der Sektorentätigkeit beschäftigten Mitarbeiter durch den Sektoren-Auftraggeber bereitgestellt oder betrieben wird (BEYELER, a.a.O., Rz. 481; GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 155), muss dies für die zur Beurteilung stehende Beschaffung von Ganzkörperkontaminationsmonitoren für ein Kernkraftwerk erst recht gelten. Die vorliegende Beschaffung untersteht daher dem Staatsvertragsbereich. Davon ging die Vergabestelle im Übrigen auch selber aus, führte sie für die Beschaffung doch ausdrücklich ein offenes Verfahren nach GATT/WTO-Abkommen bzw. Staatsvertrag durch. Auch wurde das Absageschreiben vom 23. Juni 2014 mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Es mutet eigenartig und widersprüchlich an, wenn die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren nun plötzlich die Ansicht vertritt, der Auftrag unterstehe gar nicht dem Staatsvertragsbereich und könne von der Beschwerdeführerin nicht angefochten werden.

Zu keinem andern Ergebnis führte im Übrigen, wenn die vorliegende Beschaffung nicht dem Staatsvertragsbereich (was – wie dargelegt – jedoch nicht der Fall ist) unterstände: Die Beschwerdeführerin wäre insofern zwar kein privilegierter ausländischer Bieter, d.h.

so zu behandeln wie ein ausländischer Anbieter aus einem Nichtvertragsstaat (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1440 f.). Schweizerischen Vergabestellen ist es jedoch nicht untersagt, ausländische Anbieter aus Nichtvertragsstaaten zuzulassen und ihnen einen Zuschlag zu erteilen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 10. September 2012 [VB.2012.00328], Erw. 2; BEYELER, a.a.O., Rz. 1401, 1442 ff.). Soweit ein solcher Bieter durch einen schweizerische Beschaffungsstelle zur Teilnahme zugelassen wird, stehen ihm auch die aus dem Grundsatz der Vertrauensschutzes fließenden Rechte zu (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 10. September 2012 [VB.2012.00328], Erw. 2; BEYELER, a.a.O., Rz. 1447 ff.). Nachdem die Beschwerdeführerin zur Teilnahme zugelassen wurde, eine Offerte einreichte, Vertreter der Vergabestelle die Produktionsstätte der Beschwerdeführerin in C. besichtigten (wo sie sich die Eigenschaften und Charakteristika der offerierten Geräte präsentieren liessen), die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin bewertete und der Beschwerdeführerin schliesslich die anderweitige Vergabe unter Beifügung einer Rechtmittelbelehrung eröffnete, wäre es mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes nicht vereinbar, der Beschwerdeführerin den Rechtsschutz auf gerichtliche Überprüfung des Zuschlags auf dessen Rechtmässigkeit abzusprechen (siehe BEYELER, a.a.O., Rz. 1447, 1456).

**35 Begriff des öffentlichen Auftrags; Dienstleistungsaufträge; Wahl der Verfahrensart**

- **Begriff des öffentlichen Auftrags; Übertragung der kommunalen Jugendarbeit auf eine externe (private) Trägerschaft ist ein öffentlicher Auftrag (Erw. 1.3.2. und 1.3.3.).**
- **§ 6 SubmD erfasst im Nicht-Staatsvertragsbereich sämtliche (und nicht nur die in Anhang 2 aufgeführten) Dienstleistungsaufträge (Erw. 1.3.4.).**