



Bern, 7. Juni 2019

Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des
Postulats Caroni 15.3398 vom 5. Mai 2015

1 Einführung

Das Postulat Caroni «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes» (15.3398) wurde vom Nationalrat am 16. März 2017 mit 118 zu 76 Stimmen angenommen. Der Vorstoss fordert, in einem Bericht darzulegen, ob das Bundesrecht beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gewährleistet.¹

Bei «geschlossenen Märkten» handelt es sich laut der Definition im Postulat um Märkte, auf denen die Zahl der zugelassenen Anbieter aus faktischen oder regulatorischen Gründen beschränkt ist. Das Auswahlverfahren für Anbieter beim Zugang zu diesen Märkten müsse geregelt werden, um den Bestimmungen der Bundesverfassung (BV)² bezüglich der Gleichbehandlung (Art. 27 und 94 BV), des rechtlichen Gehörs (Art. 29 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) zu genügen. Das Postulat hält ein transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren für die Lösung, um die Wahrung dieser Grundsätze zu garantieren.

Der Autor des Postulats ersucht den Bundesrat, die bestehenden Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht zu untersuchen. Auf dieser Grundlage soll der Bundesrat feststellen, welche Ausnahmen sachlich begründet sind und in welchen Fällen gegebenenfalls explizit ein Ausschreibungsverfahren eingeführt werden sollte.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat eine externe Studie in Auftrag gegeben, um die geschlossenen Märkte des Bundes und ihre Auswahlverfahren unabhängig analysieren zu lassen.³ Der vorliegende Bericht vermittelt einen Überblick über die wichtigsten Diskussionspunkte und die Schlussfolgerungen der in Auftrag gegebenen Studie. Er gibt zudem die Meinung des Bundesrates über die untersuchten Marktzugangsverfahren wieder.

2 Inhalt der in Auftrag gegebenen Studie

Die unabhängige Studie vermittelt einen detaillierten Überblick über die geschlossenen Märkte, die in ihrem Zusammenhang verwendeten Begriffe und ihren Ursprung (Kap. II). Sie enthält des Weiteren eine unter rechtlichen (Kap. III) und ökonomischen (Kap. IV) Gesichtspunkten vorgenommene Bewertung der Zugangsverfahren für diese Märkte. In der Folge beurteilen die Autorinnen und Autoren die Verfahren für den Zugang zu spezifischen geschlossenen Märkten des Bundes und beleuchten dabei Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen, Konzessionen des öffentlichen Dienstes sowie Leistungsaufträge mit Abgeltungen (Kap. V). Hierbei stützen sie sich hauptsächlich auf die gesetzlichen Grundlagen und beziehen die Behördenpraxis nur punktuell in die Analysen ein. Abgerundet wird die Studie nach den Schlussfolgerungen (Kap. VI) durch Empfehlungen und Hinweise auf noch bestehenden Abklärungsbedarf (Kap. VII).

Konkret wurden im Rahmen der Studie die folgenden (teilweise im Postulat genannten) Marktzugangsverfahren analysiert:

- 1) Brennereikonzessionen
- 2) Eisenbahninfrastrukturkonzessionen
- 3) Personenbeförderungskonzessionen
- 4) Flughafeninfrastrukturkonzessionen

¹ Zeitgleich zum Postulat 15.3398 wurde die Motion Caroni «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» (15.3399) eingereicht. Sie fordert die Änderung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR **943.02**), um das Ausschreibungsverfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zu stärken. Diese Motion wurde vom Nationalrat am 16. März 2017 mit 104 zu 87 Stimmen (bei 2 Enthaltungen) angenommen. Sie wurde vom Ständerat noch nicht behandelt.

² SR **101**

³ Abegg A., Hefti A., Seferovic G. et al., 2019, *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes; Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft*, 15. Februar 2019 (Studie auf Deutsch erstellt, Zusammenfassung verfügbar auf Französisch, Italienisch und Englisch); zugänglich unter www.seco.admin.ch > Publikationen > Wettbewerb und Service Public > Staat und Wettbewerb.

- 5) Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen
- 6) Funkkonzessionen
- 7) Grundversorgungskonzession im Fernmeldewesen
- 8) Spielbankenkonzessionen
- 9) Stromverteilnetzkonzessionen
- 10) Wasserrechtskonzessionen
- 11) Radio- und Fernsehprogrammkonzessionen mit Leistungsauftrag
- 12) Bewilligung für Rohrleitungsanlagen
- 13) Leistungsaufträge im Autoverlad
- 14) Auftrag zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz
- 15) Leistungsaufträge zur Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM)
- 16) Leistungsaufträge des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (METAS) an designierte Institute

Laut der Studie liegt aus rechtlicher Sicht bei einer Konzession oder einem Leistungsauftrag ein geschlossener Markt vor, weil der Staat wirtschaftliche Tätigkeiten auf diesem Weg einer beschränkten Zahl von Anbietern vorbehält und den Zugang zu diesen Tätigkeiten reguliert. Die rechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Zugangsverfahrens ergeben sich vor allem aus der BV (insbesondere aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV), aus dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)⁴ und aus dem Kartellgesetz (KG)⁵.

Aus ökonomischer Sicht kann auf eine Unterscheidung zwischen «Konzession» und «Leistungsauftrag» jedoch verzichtet werden. Die jeweilige Rechtsform ist weniger bedeutsam als der Vergabemechanismus. Der Begriff «geschlossener Markt» rührt daher, dass der Marktzugang eines zusätzlichen Anbieters davon abhängt, ob ihm eine neue Konzession oder ein neuer Leistungsauftrag erteilt wird. Geschlossene Märkte können aus zwei Gründen in ökonomischer Hinsicht gerechtfertigt sein: (1) Limitierung des Angebotes eines Gutes im Vergleich zur Situation mit freiem Marktzugang oder (2) Schaffung eines Angebots, welches ansonsten nicht oder nur in ungenügender Menge bereitgestellt würde.

Aus der ökonomischen Theorie folgt, dass Ausschreibungen und andere kompetitive Verfahren für eine effiziente Mittelallokation sorgen, indem sie ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zur Auswahl der Anbieter garantieren. Eine Direktvergabe könnte nur dann zu einer effizienten Allokation führen, wenn der Staat über alle notwendigen Informationen verfügen würde – es also keine Informationsasymmetrie zwischen Staat und Anbieter gäbe. Eine solche Situation ist jedoch in der Praxis ausgeschlossen. So wissen potenzielle Anbieter zum Beispiel besser über ihre wahren Fähigkeiten in Bezug auf Kosten, Möglichkeiten und Qualität Bescheid als der Staat. Dies kann sie dazu bewegen, sich strategisch zu verhalten und ihre Karten nicht offen auf den Tisch zu legen. Aus ökonomischer Sicht kann eine Direktvergabe empfehlenswert sein, sofern die Vergabe unterhalb einer Bagatellgrenze liegt oder der Aufwand des Ausschreibeverfahrens im Missverhältnis zu möglichen Effizienzgewinnen steht. Unter den drei wichtigsten Verfahren – d.h. Ausschreibung, Direktvergabe und Kriterienwettbewerb – eignet sich erstgenanntes am besten, um das Informationsdefizit zwischen Staat und interessiertem Anbieter zu reduzieren. Ausserdem wird dieses Verfahren den Prinzipien des Wettbewerbs⁶, der Verbindlichkeit⁷ und der Chancengleichheit⁸ gerecht.

⁴ SR 172.056.1

⁵ SR 251

⁶ Die Gebote der einzelnen Anbieter stehen im Wettbewerb zueinander. Somit sind die einzelnen Anbieter gezwungen, das Verhalten ihrer Konkurrenten zu berücksichtigen.

⁷ Die Gebote sind verbindlich, da sie im Nachhinein nicht verändert oder zurückgezogen werden können.

⁸ Die Regeln der Ausschreibung sind für alle Anbieter identisch. Somit haben alle Konkurrenten dieselben Chancen, den Zuschlag zu erhalten.

3 Untersuchung konkreter Fälle auf Bundesebene und Stellungnahme des Bundesrates

3.1 Allgemeine Bemerkungen zur Studie

Die beauftragte Studie analysiert verschiedene Märkte, deren Zugang das Bundesrecht regelt. Sie beurteilt jeweils, ob die von der Bundesgesetzgebung vorgesehenen Verfahren – unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben und ökonomischen Prinzipien – einen fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Zugang gewähren. Die Studie unterscheidet drei Arten von geschlossenen Märkten:

- a) Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen
- b) Konzessionen des öffentlichen Dienstes
- c) Leistungsaufträge mit Abgeltungen

Die Studie zeigt auf, dass das Bundesrecht und die Praxis der Verwaltung bei manchen Marktzugangsverfahren von den Bestimmungen der BV, des BöB und des KG abweichen. Die Autoren und Autorinnen der Studie üben keine generelle Kritik an diesen möglicherweise durch rechtliche, historische oder politische Gründe motivierten Abweichungen, stellen aber fest, dass sie ökonomisch nicht zu rechtfertigen sind. So hat das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit bei Konzessionen verworfen, was von der herrschenden Lehre kritisiert wird. Das Bundesgericht hat es ebenfalls abgelehnt, Monopol- und Sondernutzungskonzessionen als öffentliche Aufträge im Sinne des Beschaffungsrechts zu qualifizieren, da der Staat die entsprechenden Rechte verleiht und dafür eine Gegenleistung erhält. Gegenwärtig behandelt die Bundesversammlung die Totalrevision des BöB (Phase der Differenzbereinigung)⁹: Laut der vom Bundesrat vorgeschlagenen Definition des Begriffs des öffentlichen Auftrags wären vom Beschaffungsrecht und dem entsprechenden Auktionsmechanismus nur jene Konzessionen ausgenommen, bei denen der Gesetzgeber Abweichungen vorsieht oder die nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und für die somit keine Abgeltungen geleistet werden (siehe Art. 9 E-BöB¹⁰).

Hinsichtlich der Konzessionen wurden im Zuge der Liberalisierung bestimmter Märkte verschiedene Marktzugänge geöffnet und Konzessionssysteme durch Meldepflichten (z. B. im Rahmen des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, RTVG¹¹) oder Bewilligungsverfahren (z. B. bei Rohrleitungen) ersetzt. Nur wenige Konzessionen müssen ausgeschrieben werden (z. B. Funkkonzessionen). Meist ist ein Gesuchsverfahren vorgesehen (z. B. Konzessionen für Spielbanken, Brennereien, Luftfahrtstrecken). Bei solchen Gesuchsverfahren erfolgt die Auswahl der Anbieter generell nur auf Grundlage von Eignungs-¹², nicht jedoch anhand von Zuschlagskriterien¹³.

Die Studie zeigt auf, dass die gesetzlichen Grundlagen den Zugang zu Leistungsaufträgen meist nur rudimentär regeln. Zuweilen sind Eignungskriterien, selten aber konkrete Regeln zum Auswahlverfahren vorgesehen.

Die Autorinnen und Autoren der Studie kommen zu dem Schluss, dass die Bundesgesetzgebung die Verfahren für den Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes allgemein detaillierter regeln sollte. Mit Blick auf die Gesuchsverfahren sind sie der Meinung, dass das Verfahren zur Erteilung von Luftfahrtstreckenkonzessionen, das im Sinne des Beschaffungsrechts

⁹ Siehe www.parlament.ch > 17.019

¹⁰ BBI **2017** 1899 und BBI **2017** 2009

¹¹ SR **784.40**

¹² Art. 9 Abs. 1 BöB lautet: «Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf.»

¹³ Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BöB lautet: «Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert, Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundbildung.» Diese Kriterien werden «Zuschlagskriterien» genannt.

einem Einladungsverfahren gleichkommt, als Vorbild für alle anderen derartigen Konzessionen dienen sollte. Zur Gewährleistung der Transparenz und Chancengleichheit sollte zudem die Vergabe von Konzessionen und Leistungsaufträgen nicht nur anhand von Eignungskriterien, sondern auch von Zuschlagskriterien erfolgen, die in den Verfahren häufig fehlen. Mit Blick auf Direktvergaben empfehlen sie, diese auf ihre ökonomische Rechtfertigung hin zu überprüfen (z. B. Informationsasymmetrie, andere potenzielle Anbieter, Aufwand für die Durchführung einer Ausschreibung).

3.2 Untersuchte geschlossene Märkte und Stellungnahme des Bundesrates

Die vorliegende Ziffer legt für jedes der in der externen Studie analysierten Zugangsverfahren die jeweilige zentrale Schlussfolgerung der Autorinnen und Autoren sowie die Stellungnahme des Bundesrates für diesen spezifischen Markt dar.

3.2.1 Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen

Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und das Beschaffungsrecht sind gemäss aktueller Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich nicht auf die Vergabe von Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen anwendbar.

1) Wasserrechtskonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Wasserrechtskonzessionen des Bundes werden auf Gesuch hin vergeben (Art. 60 Abs. 2 Wasserrechtsgesetz, WRG¹⁴). Das Gesetz sieht die Publikation des Gesuchs vor sowie Zuschlagskriterien für den Fall, dass mehrere Unternehmen sich um die Konzession bewerben. Damit besteht eine gewisse Transparenz. Des Weiteren sind transparente und diskriminierungsfreie Verfahren gesetzlich verankert (Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG). Aus ökonomischer Sicht wäre aber eine Auktion die effizienteste und fairste Form eines Vergabeverfahrens.

Stellungnahme des Bundesrates

In Bezug auf Wasserrechtskonzessionen sieht das Bundesrecht ausdrücklich vor, dass Konzessionen ohne Ausschreibung erteilt werden können, die Erteilung jedoch in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen hat (Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG für die Konzessionen des Bundes). Diese Formulierung hindert die Konzessionsbehörde aber nicht daran, eine Ausschreibung durchzuführen, wenn sie dies als zweckmässig erachtet. Das WRG sieht ausserdem vor, bei mehreren Bewerbern um eine Konzession demjenigen den Vorzug zu geben, der dem öffentlichen Wohl in grösserem Masse dient und durch den am besten für die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers gesorgt ist (Art. 41 WRG).

Da die Daten des Ablaufs bestehender Konzessionen veröffentlicht und die Konzessionsgesuche publiziert werden, haben potenzielle Bewerber die Möglichkeit, sich gegenüber der Konzessionsbehörde entsprechend zu äussern. Die aktuelle Gesetzgebung sorgt somit bereits für die Grundvoraussetzungen, um einen gewissen Wettbewerb zu ermöglichen. Dieser Wettbewerb findet in der Praxis aber nur in wenigen Fällen tatsächlich statt.

Das Parlament hat bereits über die Frage debattiert, ob mehr Wettbewerb wünschenswert sei und ob zu diesem Zweck gegebenenfalls eine Ausschreibungspflicht eingeführt werden solle, wie es von den Autoren und Autorinnen der Studie angeregt wird. Die Debatten führten schliesslich zur Verabschiedung der Artikel 60 Absatz 3^{bis} (kantonale Konzessionen) und 62 Absatz 2^{bis} (Bundeskonzessionen) WRG.

¹⁴ SR 721.80

2) Funkkonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Für die Erteilung der Funkkonzessionen wird «in der Regel» eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt (Art. 24 Abs. 1 Fernmeldegesetz, FMG¹⁵). In der Studie wird erwähnt, dass sich die Kommunikationskommission (ComCom) bei den letzten Verfahren jeweils für eine Auktion entschieden hat. Dieses im Gesetz und der Verordnung vorgesehene Verfahren entspricht den Anforderungen an die Chancengleichheit, Verbindlichkeit und Fairness.

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat teilt die in der Studie geäusserten Schlussfolgerungen. Die fernmelderechtlichen Grundlagen sehen vor, dass die Allokation knapper Frequenzressourcen zur Erbringung von Fernmeldediensten und damit der Zugang zum Markt im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung in Form einer Auktion oder eines Kriterienwettbewerbs durch die ComCom erfolgen soll. Eine Teilnahme am Verfahren setzt einzig die Einhaltung der allgemeinen Konzessionsbedingungen und -voraussetzungen durch die Bewerber voraus. Das Vergabeverfahren folgt dabei den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, womit die Chancengleichheit gewährleistet ist.

Die übrigen Funkkonzessionen werden vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) auf Gesuch hin erteilt.

3) Brenneikonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Die Gesetzgebung des Bundes sieht für die Vergabe von Brenneikonzessionen keine öffentliche Ausschreibung vor. Sie werden auf Gesuch hin erteilt und vom «wirtschaftlichen Bedürfnis des Landes» abhängig gemacht (Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Alkoholgesetz, AlkG¹⁶). Laut der Studie garantieren die gesetzlichen Grundlagen kein transparentes, diskriminierungsfreies und faires Verfahren. Wenn aus politischen Gründen am Konzessionssystem festgehalten wird, so sollte der Gesetzgeber laut den Autorinnen und Autoren mindestens eine Vergabe mit öffentlicher Ausschreibung vorsehen.

Stellungnahme des Bundesrates

Die Studie beurteilt die rechtlichen Grundlagen für die Erteilung von Brenneikonzessionen, wie sie in den 1930er-Jahren unter dem Eindruck des sogenannten Schnapselends konzipiert wurden. Im heutigen Vollzug der Bestimmungen spielt die Bedürfnisklausel in der Praxis in- dessen keine Rolle mehr. Aus diesem Grund hatte der Bundesrat diese Bestimmung im Rahmen der gescheiterten Totalrevision des AlkG gestrichen¹⁷. Eine künstliche Verknappung der im Inland produzierten Alkoholmenge durch eine restriktive Konzessionserteilung ist angesichts eines Marktanteils inländischer Spirituosen von nur noch 16 Prozent und nicht ausgelasteten Brennereien unwahrscheinlich. Die Konzessionen werden daher heute wie gewöhnliche Bewilligungen gehandhabt. Bei der Konzessionserteilung für Gewerbetreibende und Lohnbrenner bedarf es gemäss Artikel 3 AlkG i.V.m. Artikel 4 Alkoholverordnung (AlkV)¹⁸ neben der Handlungsfähigkeit auch der fachlichen und persönlichen Eignung. Für eine gewerbliche Konzession wird weiter eine jährlich produzierte Mindestmenge von 200 Litern reinem Alkohol verlangt (Umkehrschluss aus Art. 14 AlkV), um reine Hobbybrenner auszuschliessen. Da die Anzahl der Brennereibetriebe in der Praxis weder im Sinne einer künstlichen Verknappung

¹⁵ SR 784.10

¹⁶ SR 680

¹⁷ BBI 2012 1315

¹⁸ SR 680.11

pung noch im Sinne der Sicherstellung einer Grundversorgung staatlich gesteuert wird, erscheint die Einführung einer Ausschreibungspflicht nicht erforderlich. Sie würde überdies eine zusätzliche administrative Hürde bedeuten.

4) Spielbankenkonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Spielbankenkonzessionen werden auf Gesuch hin vergeben (Art. 10 Abs. 1 Geldspielgesetz, BGS¹⁹). Die Verwaltung verfügt über einen grossen Ermessenspielraum, was wirtschafts- und sozialpolitischen sowie regionalpolitischen Gründen geschuldet ist. Es mangelt dem Verfahren an Transparenz und Chancengleichheit. Aus ökonomischer Sicht sollte die Einführung einer öffentlichen Ausschreibung mittels Auktion oder mindestens eines Kriterienkatalogs geprüft werden.

Stellungnahme des Bundesrates

Bei der Vergabe der Konzession geht es nicht darum, maximale Erträge zu erzielen. Vielmehr soll gewährleistet sein, dass die Bevölkerung angemessen vor den Gefahren geschützt wird, die von den Geldspielen ausgehen, wobei ein Teil der Bruttospielerträge zugunsten der AHV/IV zu verwenden ist (Art. 2 BGS). Die geltende Gesetzgebung im Bereich der Spielbanken gestattet es, langfristig Erträge zugunsten der Allgemeinheit zu erzielen. Beim Auktionssystem steht die Erzielung eines hohen Erwerbspreises im Vordergrund. Es ist kaum denkbar, dass über die ganze Konzessionsdauer hinweg gleichzeitig Steuereinnahmen in gleicher Höhe wie heute abgeschöpft werden könnten. Was den Rechtsschutz betrifft, hat das Parlament entschieden, dass der Vergabeentscheid nicht angefochten werden kann (Art. 11 Abs. 1 BGS).

Die Gutachter führen zudem aus, geschlossene Märkte seien gerechtfertigt, wenn das Angebot limitiert werden soll, um bei gewissen Gütern einen übermässigen – als ungesund erachteten – Konsum zu verhindern, was genau der Situation der Spielbanken entspricht. Da das neue BGS am 1. Januar 2019 in Kraft getreten ist, will der Bundesrat zuerst dessen Auswirkungen beobachten, bevor er die Ausgangslage für eine neue Revision prüft.

5) Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen

Schlussfolgerung der Studie

Die Vergabe von Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen erfolgt auf Gesuch hin (Art. 28 Luftfahrtgesetz, LFG,²⁰ sowie Art. 114 und 119 Luftfahrtverordnung, LFV²¹) und nach transparenten und auktionstnahen Kriterien. Das Gesuchssystem ist luftfahrtpolitischen Interessen geschuldet; ein Auktionssystem könnte eine effizientere Vergabe ermöglichen.

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat erkennt gegenwärtig keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Die Märkte sind überwiegend offen und Streckenkonzessionen stellen somit in der Praxis kein beschränktes Gut dar. Bei Strecken mit eingeschränkten Rechten ist die Nachfrage nicht gross genug, um eine Vergabe mittels Auktion zu rechtfertigen.

¹⁹ SR 935.51

²⁰ SR 748.0

²¹ SR 748.01

6) Bewilligungen für Rohrleitungsanlagen

Schlussfolgerung der Studie

Für Rohrleitungsanlagen ist eine Plangenehmigung durch die Aufsichtsbehörde erforderlich (Art. 2 Abs. 1 Rohrleitungsgesetz, RLG²²). Diese Anlagen werden einem Bewilligungsverfahren unterzogen (Art. 2 Abs. 3 RLG). Das Verfahren kommt einer Konzession aus Sicht der Autoren und Autorinnen sehr nahe, weil den Bewilligungsbehörden ein weites Ermessen eingeräumt wird. Damit seien Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb bei der Vergabe nicht sichergestellt. Nach Auffassung der Autoren und Autorinnen sollte das Verfahren überdacht werden.

Stellungnahme des Bundesrates

Rohrleitungsanlagen, die der Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (insbesondere Erdgas und Erdöl) dienen, unterstehen dem RLG.²³ Während die Hochdruckleitungen, der ausschliesslichen Aufsicht des Bundes unterstehen, unterstehen die Niederdruckleitungen der primären Aufsicht der Kantone (Art. 16 Abs. 1 und 43 RLG).

Für die Errichtung oder Änderung einer Hochdruckleitung bedarf es einer Plangenehmigung des Bundes (Art. 2 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 RLG) respektive einer kantonalen Bewilligung bei Niederdruckleitungen (Art. 42 Abs. 1 RLG). Weil deren Erteilung nicht zu einem rechtlichen Monopol führt,²⁴ handelt es sich nicht um einen «geschlossenen Markt» im eigentlichen Sinn. Allerdings ist die – grundsätzlich zulässige – Errichtung von parallelen Rohrleitungsanlagen oftmals nicht rentabel und volkswirtschaftlich betrachtet auch nicht sinnvoll. Der Betreiber einer Rohrleitung verfügt folglich über ein starkes natürliches Monopol, welches ihm erlaubt, den Wettbewerb auch auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Wettbewerbsstufen einzuschränken. Der Umstand, dass Bau und Betrieb einer Rohrleitung praxisgemäss nicht in einem Ausschreibungsverfahren vergeben werden,²⁵ entspricht derselben Logik wie bei den Stromnetzen, bei welchen im Stromversorgungsgesetz (StromVG)²⁶ im Jahr 2012 verankert wurde, dass Konzessionen im Zusammenhang mit dem Netz nicht ausgeschrieben werden müssen (Art. 3a StromVG).²⁷ Ein wichtiges Argument in der Diskussion war, dass Wettbewerb um das Netz zusätzliche Kosten, aber nicht zwingend zusätzlichen Nutzen bringe.

Die Frage der Benutzung von Rohrleitungsanlagen durch Dritte ist heute nur rudimentär geregelt. Nach Artikel 13 Absatz 1 RLG sind Dritte grundsätzlich berechtigt, eine fremde Rohrleitungsanlage gegen Entrichtung eines angemessenen Entgelts zu nutzen.²⁸ Da die genauen Modalitäten hierzu aber unklar sind, ist der Bundesrat bestrebt, für den Gasmarkt ein Gasversorgungsgesetz zu schaffen.²⁹ Dieses wird die Regeln für die Nutzung des Gasnetzes klar festlegen, es führt jedoch nicht zu einem Wettbewerb *um* das Gasnetz (bzw. um den Netzbetrieb).³⁰

²² SR 746.1

²³ Rohrleitungen, deren Betriebsdruck nicht über 5 bar liegt, unterstehen nur einzelnen Bestimmungen des Rohrleitungsgesetzes (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und Art. 41 RLG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a RLV; SR 746.11).

²⁴ Vorbehalten bleiben kantonale Vorschriften zum Netzbetrieb und der Energieversorgung, vgl. z. B. Gesetz des Kantons Basel-Stadt über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz) vom 11. Februar 2009 (SG 772.300).

²⁵ Nach den Aussagen eines Gutachtens der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 22. Februar 2010 handelt es sich bei der Erneuerung der Konzessionen, die für den Elektrizitätsnetzbetrieb erforderlich sind, um einen ausschreibungspflichtigen Tatbestand gemäss BGBM. Es ist unklar, ob die WEKO diese Haltung auch hinsichtlich der Plangenehmigung und der weiteren Bewilligungen einnehmen würde, die für Rohrleitungsanlagen erforderlich sind. SR 734.7

²⁶ SR 734.7

²⁷ Vgl. Parlamentarische Initiative 10.480 UREK-N «Keine unnötige Bürokratie im Bereiche der Stromnetze»

²⁸ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 28. September 1962, BBI 1962 II 791, 817.

²⁹ Vgl. Stellungnahmen des Bundesrates auf die Interpellationen 16.3354 Müller, 17.3981 Buttet und 18.5529 Jans sowie auf die Motion 18.3336 Roduit.

³⁰ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 20. April 2011 zur Parlamentarischen Initiative 10.480, BBI 2011 3907, 3908.

3.2.2 Konzessionen des öffentlichen Dienstes

Bei der Konzession des öffentlichen Dienstes handelt es sich um eine Unterart der Monopolkonzession, deren Zugang aus rechtlichen Gründen beschränkt wird. Gemäss Bundesgericht ist das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit auf sie nicht anwendbar. Das Beschaffungsrecht findet indes grundsätzlich Anwendung, auch wenn der Gesetzgeber davon mittels Spezialnormen abweichen kann.

7) Stromverteilnetz Konzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Der Eigentümer kann entscheiden, ob er das Netz selbst betreiben oder den Betrieb an einen Dritten delegieren will. Eine allfällige Vergabe kann ohne Ausschreibung erfolgen (Art. 3a StromVG). Dabei ist ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zu garantieren. Aus ökonomischer Sicht ist diese Konzeption laut der Studie zu überdenken und eine Trennung von Netz und Betrieb sowie eine wettbewerbliche Ausgestaltung der Vergabe des Netzbetriebs, beispielsweise mittels Ausschreibung, zu prüfen.

Stellungnahme des Bundesrates

Elektrizitätsnetze werden in einem bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren bewilligt. Für die Erstellung eines Elektrizitätsnetzes ist zudem eine kantonale Konzession für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens notwendig, die regelmässig erneuert werden muss. Kantone und Gemeinden vergeben die Konzession ohne Ausschreibung, jedoch unter Gewährleistung eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens (Art. 3a StromVG). Stossrichtung des im Jahr 2008 in Kraft gesetzten StromVG ist es für Wettbewerb *auf* dem Stromnetz (d. h.: hinsichtlich des Verkaufs von resp. der Belieferung mit elektrischer Energie), nicht aber *um* das Stromnetz zu sorgen. Netzbetreiber werden grundsätzlich verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 6 StromVG). Für die Nutzung des Netzes ist ein reguliertes Entgelt zu bezahlen.

Das Übertragungsnetz (sog. Netzebene 1) wurde mit dem StromVG der nationalen Netzgesellschaft übertragen (Art. 18 Abs. 1 und 2 StromVG). Auf Verteilnetzebene ändert das StromVG nichts an den Eigentumsverhältnissen. Jedoch wurde mit der Netzgebietszuteilung eine Regelung geschaffen, die in keiner Weise eine Art Wettbewerb *um* das Netz beziehungsweise den Netzbetrieb lanciert. Die Netzgebietszuteilung dient vielmehr dazu, dass es keine verwaisten Netzgebiete geben soll. Die Netzgebietszuteilung ist die rechtliche Folge des historisch gewachsenen faktischen Netzbetriebs und gerade nicht dessen Voraussetzung. Die Zuteilung eines bestehenden Netzgebiets via ein Ausschreibungsverfahren an eine andere Person als den Eigentümer käme im Licht der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) nicht in Frage.³¹

Im Rahmen der parlamentarischen Initiative 10.480 der UREK-N «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze» haben das Parlament und der Bundesrat die Frage einer Ausschreibungspflicht für Elektrizitätsnetze diskutiert und entschieden, dass zahlreiche Gründe gegen eine solche Pflicht sprechen – namentlich, dass Wettbewerb um die Netze nicht der Konzeption des StromVG entspreche und dass zwingende Ausschreibungen mit zusätzlichen Kosten, nicht aber unbedingt mit zusätzlichem Nutzen verbunden sei. Entsprechend ist seither im StromVG Artikel 3a explizit festgehalten, dass Kantone und Gemeinden Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, ohne Ausschreibung erteilen können. Sie haben dabei ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu gewährleisten.

Hintergrund für Überlegungen zum Wettbewerb *um* das Netz können auch Hoffnungen auf einen kosteneffizienteren Betrieb sein. Im Vordergrund aus Endverbrauchersicht dürfte jedoch

³¹ Rechsteiner S. und Waldner M., 2007, «Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung. Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben», *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 10/2007, S. 1288-1299, Rz. 13 und 30.

das Setzen von Anreizen für einen kosteneffizienten Netzbetriebs- und -ausbau stehen. Solchen Anliegen wird das StromVG insofern gerecht, als der Gesetzgeber bereits mit der kostenorientierten Netzregulierung Massnahmen ergriffen hat, um den mit einem Monopol verbundenen Ineffizienzen (namentlich: Monopolrenten, Kosteneffizienzen, qualitative Ineffizienzen) zu begegnen. Der Bundesrat plant zudem durch die Implementierung einer sogenannten Sunshine-Regulierung³², die Transparenz zu erhöhen und hierüber mehr Kosteneffizienz anzuregen. Sollte dies nicht erfolgreich sein, so könnte er eine Anreizregulierung vorschlagen.

8) Eisenbahninfrastrukturkonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Diese Konzession ist für den Bau und Betrieb einer Eisenbahninfrastruktur unumgänglich (Art. 5 Abs. 1 und 2 Eisenbahngesetz, EBG³³). Die Konzessionen werden auf Gesuch hin vergeben (Art. 8 Abs. 1 Verordnung über die Konzessionierung, Planung und Finanzierung der Bahninfrastruktur, KPFV³⁴). Die Autorinnen und Autoren der Studie ziehen in Zweifel, ob der Bundesrat mit Regelungen auf Verordnungsstufe vom Beschaffungsrecht abweichen kann, zumal der Gesetzgeber ihm auch keine selbständige Verordnungskompetenz zugesprochen hat. Wenn am bisherigen System festgehalten werden soll, bedarf es Regelungen auf Gesetzesstufe, so die Studie. Aus ökonomischer Sicht müsse geklärt werden, ob eine Direktvergabe oder ein kompetitiveres Auswahlverfahren eher geeignet wären, um eine effiziente Zuteilung zu garantieren.

Stellungnahme des Bundesrates

Das Instrument der Eisenbahnkonzession hat sich in der Schweiz bewährt. Der Bund steuert den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur im Rahmen des Strategischen Entwicklungsprogramms und der Agglomerationsprogramme. Mit anderen Erweiterungen des Schienennetzes ist nicht mehr zu rechnen. Eine Ausschreibung bestehender Konzessionen wäre ein schwerer Eingriff in das Eigentumsrecht, weil die bestehenden Anlagen im Eigentum der Konzessionsinhaberinnen sind. Hingegen sind die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens durch die Eisenbahnunternehmen als Empfänger von Bundesgeldern einzuhalten.

Der Bund erteilt Eisenbahninfrastrukturkonzessionen an einzelne Gesuchsteller. Die Situation, dass für eine Infrastrukturkonzession zwei Gesuche gestellt wurden und somit eine Konkurrenzsituation hätte entstehen können, ist noch nie eingetreten. Das ist auch weiterhin wenig wahrscheinlich, weil – mit Ausnahme weniger eigenwirtschaftlicher und rein touristischer Bergbahnen – der Bund den Bahninfrastrukturbetreibern ihre geplanten ungedeckten Kosten abgilt und dabei Gewinnausschüttungen ausschliesst.

9) Grundversorgungskonzessionen im Fernmeldewesen

Schlussfolgerung der Studie

Für die Erteilung der Konzession wird eine Ausschreibung durchgeführt (Art. 14 Abs. 3 FMG). Transparenz, Chancengleichheit und Wettbewerb wären damit sichergestellt. Die ComCom kann davon abweichen, sofern eine Marktbefragung ergibt, dass kein wettbewerbliches Verfahren möglich ist (Art. 14 Abs. 4 FMG). Das war bei der letzten Vergabe der Fall. Die Autoren und Autorinnen der Studie fragen sich, ob das mangelnde Interesse anderer Anbieter an der Konzession auf das Ausschreibungsdesign zurückzuführen ist.

³² D. h. öffentlicher Vergleich über die Leistungen und Kosten der Netzbetreiber, bislang nur aggregiert publiziert.

³³ SR 742.101

³⁴ SR 742.120

Stellungnahme des Bundesrates

Die aktuelle Grundversorgungskonzession (Konzession 2018–2022) ist die erste, die nicht nach dem Standardverfahren erteilt wurde – abgesehen von der Konzession 1998–2002, welche aufgrund von gesetzlichen Übergangsbestimmungen an Swisscom vergeben worden war.³⁵ Vor der Vergabe der derzeit gültigen Konzession führte die ComCom unter Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen, die zur Bereitstellung der Grundversorgung in der Schweiz in der Lage gewesen wären, eine Interessenabfrage durch. Diese Befragung ergab, dass ausser Swisscom kein anderes Unternehmen interessiert war. Daher entschied die ComCom, keine Ausschreibung durchzuführen und die Konzessionen gemäss Artikel 14 Absatz 4 FMG und Artikel 12 Absatz 5 Fernmeldediensteverordnung (FDV)³⁶ direkt an Swisscom zu vergeben.

Um genau zu verstehen, weshalb wichtige Akteure des Schweizer Markts sich nicht für die Grundversorgung interessieren, sollten diese befragt werden. Aus Sicht des Bundesrates erklärt das Ausschreibungsdesign das mangelnde Interesse der Konkurrenten von Swisscom nicht. Der Bundesrat ist ausserdem der Meinung, dass es dem von der ComCom durchgeführten Konzessionsvergabeverfahren für den Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes nicht an Fairness mangelt.

10) Lokale Radio- und Fernsehprogrammkonzessionen mit Abgabenteil

Schlussfolgerung der Studie

Diese Konzessionen werden grundsätzlich im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs vergeben (Art. 44 und 45 RTVG). Das Verfahren berücksichtigt aus ökonomischer Sicht das Prinzip der Chancengleichheit, und durch einen sorgfältigen Evaluationsprozess wird auch das Wettbewerbsprinzip umgesetzt. Allerdings besteht eine verhältnismässig geringe Regelungsdichte auf Gesetzes- und Verordnungsstufe, was einer transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe abträglich sein kann

Stellungnahme des Bundesrates

Die Befunde der Studie treffen grundsätzlich zu. Vorerst ist festzuhalten, dass der schweizerische Radio- und Fernsehsektor durch die Einführung der Meldepflicht kein «geschlossener Markt» mehr ist. Es entspricht sodann den Tatsachen, dass die gesetzlichen Grundlagen zur Vergabe von lokalen beziehungsweise regionalen Radio- und Fernsehkonzessionen im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs eine verhältnismässig geringe Regelungsdichte aufweisen (vgl. Art. 44 und 45 Abs. 3 RTVG). Diesem Umstand wurde Rechnung getragen, indem im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung der Konzessionen im Jahr 2007 detaillierte und klare Leitlinien mit Qualifikations- und Selektionskriterien publiziert wurden³⁷. Das Dokument war für die Konzessionsbehörde eine zentrale Grundlage für die Beurteilung der Gesuche. Die Bewerber um die Konzessionen hatten zudem mehrfach Gelegenheit, sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu äussern. In diesem Sinne konnten die benannten Risiken einer nicht fairen, intransparenten und diskriminierenden Vergabe auf ein Minimum reduziert werden.

11) Flughafeninfrastrukturkonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Diese Konzessionen werden auf Gesuch hin vergeben (Art. 11 Abs. 1 Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt, VIL³⁸). Die Veröffentlichung der Gesuche (Art. 4 Abs. 1 VIL) führt zu

³⁵ Die Konzession 2008–2017 wurde im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung vergeben, an der letztlich nur die Firma Swisscom als Bewerberin teilnahm.

³⁶ SR 784.101.1

³⁷ Dokument und weitere Informationen abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch> > Elektronische Medien > Informationen über Radio- und Fernsehveranstalter > Konzessionierung > Verfahren > Ausschreibung UKW und TV

³⁸ SR 748.131.1

einer gewissen Transparenz. Dies alleine garantiert indes keine effiziente Zuteilung der Betriebskonzession unter Gleichbehandlung der Konkurrenten. Da eine öffentliche Aufgabe delegiert wird, sollte aus Sicht der Autoren und Autorinnen der Studie grundsätzlich das Beschaffungsrecht Anwendung finden. Wie bei der Eisenbahninfrastrukturkonzession wird auch bei der Flughafenkonzession lediglich auf Verordnungsstufe und damit wahrscheinlich nicht in angemessener Form vom Beschaffungsrecht abgewichen. Die Autorinnen und Autoren empfehlen, die Vergabe auf Gesetzesstufe zu regeln, wenn am bisherigen System festgehalten werden soll.

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat teilt die Erkenntnisse der Studie in weiten Teilen. Er hält eine Überprüfung der Voraussetzungen für die Erteilung aus der VIL ins LFG allerdings nicht für notwendig, weil Konzessionen nur alle 30 beziehungsweise 50 Jahre erteilt werden. Zudem sind solche Konzessionen ausser für die Landesflughäfen für die Flughafenbetreiber wirtschaftlich nicht attraktiv. Diese Frage kann geprüft werden, falls die Bestimmungen über die Betriebskonzessionen in einer Revision des LFG gesamthaft überprüft werden.

12) Personenbeförderungskonzessionen

Schlussfolgerung der Studie

Das Gesetz sieht nach Verkehrsbereichen differenzierte und teils detaillierte Verfahrensregelungen vor, die von der Direktvergabe der Fernverkehrskonzessionen (Art. 6 Abs. 1 Personenbeförderungsgesetz, PBG³⁹) über die Möglichkeit der Ausschreibung von regionalen Personenverkehrskonzessionen auf der Schiene (Art. 32 Abs. 3 PBG) bis zum gesetzlich vorgesehenen, aber praktisch nie praktizierten Ausschreibungsverfahren regionaler Personenverkehrskonzessionen auf der Strasse (Art. 32 Abs. 1 PBG) reichen. Damit ist die Transparenz des Verfahrens oftmals nicht sichergestellt. Die Autoren und Autorinnen weisen aus ökonomischer Sicht auf das Problem des mangelnden Wettbewerbs hin, welches die Behörden oft mit der kleinen Zahl an Interessenten sowie der Komplexität der Verfahren begründen.

Stellungnahme des Bundesrates

Ob heute bei einem Konzessionsablauf im regionalen Personenverkehr ein Angebot in die Ausschreibungsplanung aufgenommen wird oder nicht, entscheiden die Kantone. Sie reichen beim Bund ein entsprechendes Gesuch ein. Die Ausschreibungspflicht im Busbereich gilt vor allem bei neuen Angeboten, für welche eine Konzession erteilt werden muss. Dass in der Schweiz selten ausgeschrieben wird, hat verschiedene Gründe. Einerseits sind auf den verschiedenen Bahn- und Buslinien zahlreiche Transportunternehmen tätig, welche anhand von Kennzahlenvergleichen durchaus in einem gewissen Effizienzwettbewerb stehen. Andererseits fehlt oftmals der politische Wille, bestellte Leistungen auszuschreiben, da die gewünschten Angebots- und Kostenziele in der Regel auch im Rahmen der Angebots- und Zielvereinbarungen zwischen Bestellern und Erstellern erreicht werden können. In der am 17. April 2019 vom Bundesrat verabschiedeten Vernehmlassungsvorlage wurden zwar alternative Marktmodelle geprüft, letztlich aber nur als verworfene Regelungsansätze dargestellt.⁴⁰

3.2.3 Leistungsaufträge mit Abgeltungen

Auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben mittels Leistungsaufträgen ist grundsätzlich weder das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit noch das Kartellrecht anwendbar, wohl aber das Beschaffungsrecht.

³⁹ SR 754.1

⁴⁰ Siehe www.admin.ch > Bundesrecht > Vernehmlassungen

13) Arbeitsmarktliche Massnahmen

Schlussfolgerung der Studie

Der Gesetzgeber hat die Bereitstellung eines bedarfsbezogenen und ausreichenden Angebots an arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) für die versicherten Personen an die Kantone delegiert. Aufgrund dieser Delegation und der über den Ausgleichsfonds der Arbeitslosenversicherung (ALV-Fonds) erfolgenden Subventionsvergabe an die Kantone stellen die Autorinnen und Autoren der Studie fest, dass die kantonalen Vorschriften bezüglich der Vergabep Praxis relevanter sind als das Bundesrecht.

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bund beteiligt sich gemäss Artikel 90 Buchstabe b Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG)⁴¹ an den Kosten für Vermittlung und AMM. Damit trägt er mit seinem gesetzlich festgelegten Beitrag an den ALV-Fonds einen Teil der Kosten der AMM, da diese Massnahmen nicht nur Versicherten, sondern auch anderen Stellensuchenden zu Gute kommen.

Laut AVIG existieren zwei Arten von arbeitsmarktlichen Massnahmen (Art. 59c und 59c^{bis} AVIG). Zum einen sind dies die «nationalen Massnahmen», die in den Zuständigkeitsbereich des SECO fallen. Kommerzielle oder nichtkommerzielle Organisationen werden zur Durchführung dieser Massnahmen beauftragt und erhalten hierfür Beiträge aus dem ALV-Fonds (und nicht aus Bundesmitteln). Zum anderen gibt es die AMM im eigentlichen Sinne, für deren Organisation die Kantone zuständig sind. Letztere erhalten vom SECO jährliche Beiträge aus dem ALV-Fonds und beauftragen Organisationen damit, die AMM durchzuführen.⁴² Dafür werden mit den Kantonen wirkungsorientierte Vereinbarungen abgeschlossen. In seiner Funktion als Aufsichtsorgan kontrolliert das SECO die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der kantonalen Durchführung der AMM. Es überprüft insbesondere, ob die gewährten Beiträge gesetzeskonform, wirtschaftlich und effizient verwendet werden. Die kantonalen Behörden stellen gegenüber dem SECO sicher, dass sie ihren Kontrollpflichten unter Wahrung der erforderlichen Transparenz nachkommen. Des Weiteren müssen sie ein Verfahren anwenden, das den Transparenzanforderungen bestmöglich gerecht wird und eine wirtschaftliche und effiziente Verwendung der durch den ALV-Fonds gewährten Beiträge erlaubt. In der Praxis wird generell empfohlen, vor der Vergabe eines AMM-Auftrags an eine Organisation mehrere Angebote (mindestens drei) zu prüfen und zu vergleichen. Einige Kantone führen für die Auftragsvergabe an die Organisatoren Ausschreibungen durch, weil sie durch ihre kantonale Gesetzgebung dazu verpflichtet sind oder sich auch ohne rechtliche Verpflichtung dafür entscheiden. Auf Ebene der nationalen Massnahmen hat das SECO im September 2018 eine Ausschreibung für die Vergabe von Sprachkursen durchgeführt.

Wie sich bei der Auswahl der AMM-Anbieter ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren garantieren lässt, wird vom Parlament bereits im Rahmen der laufenden Revision des BÖB diskutiert.

14) Leistungsaufträge im Autoverlad

Schlussfolgerung der Studie

Zur Förderung des Transports begleiteter Motorfahrzeuge (Autoverlad) ist ein Gesuchsverfahren vorgesehen, das kein transparentes und faires Verfahren sicherstellt. Die Besteller schlies-

⁴¹ SR 837.0

⁴² Den grössten Marktanteil machen die kantonalen Massnahmen aus. Die auf nationaler Ebene organisierten Massnahmen entsprechen hingegen nur einem geringen Marktanteil. Die Kosten dieser nationalen Massnahmen dürfen 6 Prozent der Summe der allen Kantonen zugewiesenen Höchstbeträge nicht überschreiten (Art. 3 Verordnung des WBF über die Vergütung von arbeitsmarktlichen Massnahmen; SR 837.022.531).

sen mit einem Transportunternehmen eine Angebotsvereinbarung ab (Art. 21 Abs. 1 Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs, ARPV⁴³). Ein echter Wettbewerb kann nur stattfinden, wenn Infrastruktur und Betrieb voneinander getrennt werden.

Stellungnahme des Bundesrates

Die einzelnen Angebote im Autoverlad sind konzessioniert und könnten entgegen der Aussage in der Studie ausgeschrieben werden, sofern sie bestellt und abgegolten werden. Von der Möglichkeit einer Ausschreibung wurde aber bisher nie Gebrauch gemacht, vor allem aufgrund der technischen Ansprüche an die erforderliche Infrastruktur.

15) Leistungsaufträge des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (METAS)

Schlussfolgerung der Studie

Die gesetzlichen Grundlagen zur Vergabe von Aufträgen durch METAS an designierte Institute sehen nicht vor, dass die Vergabe dieser öffentlichen Aufgaben ausgeschrieben werden müsste oder gar eine Auktion durchgeführt werden sollte. Entsprechende Pflichten ergeben sich jedoch aus dem Beschaffungsrecht, sofern das designierte Institut, die konkrete Leistungserbringung oder die Art der Aufgabenübertragung kommerziell ausgerichtet ist. Eine Direktvergabe mag jedoch gerechtfertigt sein, wenn das designierte Institut einzigartig ist und einen Mehrwert bietet.

Stellungnahme des Bundesrates

METAS ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit. Das Bundesgesetz über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG)⁴⁴ weist dem METAS verschiedene öffentliche Aufgaben im Bereich des Messwesens zu (Dienstleistungen mit Monopolcharakter). In Gebieten, in denen das METAS nicht selbst tätig ist, kann es nach Konsultation des Institutsrats für die Erfüllung einzelner dieser Aufgaben nach Artikel 4 Absatz 2 des EIMG und Artikel 4 der Verordnung über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMV)⁴⁵ designierte Institute beiziehen. Aktuell hat das METAS mit vier designierten Instituten für einzelne Messgrössen einen Vertrag abgeschlossen.⁴⁶ Die Kosten für die Dienstleistung gehen in der Regel vollständig zu Lasten des designierten Instituts. Die Übertragung von Aufgaben des METAS an designierte Institute untersteht grundsätzlich dem Beschaffungsrecht. Es sollte jedoch im Einzelfall geprüft werden, ob die Anwendung der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen für jeden Fall einer Aufgabenübertragung sachgerecht sind. Zudem können die Bestimmungen zum Auswahlverfahren für das METAS bei nächst sich bietender Gelegenheit in der EIMV präzisiert werden.

16) Auftrag zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz

Schlussfolgerung der Studie

Die gesetzlichen Grundlagen zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz sehen weder eine öffentliche Ausschreibung noch eine Auktion vor. Entsprechende Pflichten ergeben sich aber möglicherweise aus dem Beschaffungsrecht, das insbesondere auf die kommerziell motivierte Vergabe Anwendung finden könnte. Eine wettbewerbliche Vergabe ist aus ökonomischer Sicht wünschenswert.

⁴³ SR 745.16

⁴⁴ SR 941.27

⁴⁵ SR 941.272

⁴⁶ Physikalisch-Meteorologisches Observatorium Davos und World Radiation Center, Davos Dorf (Messgrösse solare Bestrahlungsstärke); Roth+Co. AG, Oberuzwil (Messgrösse Temperatur); Institut universitaire de radiophysique, Lausanne (Messgrösse Aktivität von Radionukleiden); MBW Calibration AG, Wettingen (Messgrösse absolute Feuchte).

Stellungnahme des Bundesrates

Die rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Auswirkungen und Problemstellungen einer wettbewerblichen Vergabe des Bundesmandates auf das komplexe System der nationalen Standortpromotion werden in der vorliegenden Studie nicht behandelt. Die Studie berücksichtigt zudem nicht, dass es sich bei diesem Leistungsauftrag um eine gemeinsam mit den Kantonen und subsidiär am Markt umgesetzte Aufgabe handelt (vgl. Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz⁴⁷), da letztlich die Promotionsbestrebungen auf nationaler Ebene in Ansiedlungsprojekte bei den Kantonen münden und die nationale Aufgabe insbesondere den Abgleich und die Verzahnung der Massnahmen mit den kantonalen und regionalen Aktivitäten umfassen sollen. Die Kantone beteiligen sich auch finanziell, wofür separate und mit diesem Leistungsauftrag abgestimmte Verträge bestehen. Zudem nutzt die nationale Standortpromotion die Strukturen des schweizerischen Aussennetzes (Swiss Business Hubs). Ob alternative Anbieter diese zentrale Koordinationsfunktion und die weiteren Dienstleistungen neutral und ohne die Schaffung zusätzlicher Schnittstellen zu leisten in der Lage sind, ist fraglich.

Nur eine gut eingespielte gesamtschweizerische Standortpromotion kann dem immer stärker werdenden internationalen Standortwettbewerb erfolgreich begegnen und Schlagkraft entfalten. Daher sollen im übergeordneten Interesse des Unternehmensstandortes Schweiz und der Kantone jahrelange gemeinsame Investitionen in Produkte, Wissen und Strukturen erhalten bleiben. Damit kann die nationale Standortpromotion zusammen mit ihren Partnerorganisationen auf Bewährtes bauen und die Ressourcen gezielt und wirksam für den Unternehmensstandort Schweiz einsetzen. Dies scheint auch der Wille des Parlaments zu sein: Im Rahmen der Revision des BöB hat das Parlament – vorbehältlich Schlussabstimmung – einer Regelung zugestimmt, welche das Mandat für die nationale Standortpromotion vom Geltungsbereich des BöB ausnehmen soll.

4 Schlussfolgerung des Bundesrates

Der Bundesrat hat die Ergebnisse und Schlussfolgerungen der in Auftrag gegebenen Studie mit Interesse zur Kenntnis genommen. Er ist sich der Tatsache bewusst, dass bestimmte Zugangsverfahren verbessert werden könnten, um mehr Transparenz und Chancengleichheit sowie eine diskriminierungsfreie Behandlung potenzieller Anbieter sicherzustellen. Es gibt jedoch kein einheitliches Modell für Zugangsverfahren. Denn die Art und Weise, wie die jeweiligen Zugangsverfahren zu den einzelnen als geschlossen erachteten Märkten des Bundes organisiert sind, ist politisch, wirtschaftlich oder auch historisch begründet.

Im Zuge laufender oder künftiger Gesetzesrevisionen kann von Fall zu Fall eine Verbesserung der Verfahren erwogen werden. Verschiedene Reformvorhaben wurden im Zusammenhang mit den Verfahren für den Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes bereits auf den Weg gebracht und das Parlament diskutiert bereits über die Revision bestimmter Zugangsverfahren (z. B. Revision des BöB mit Auswirkungen auf den Auftrag zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz).

Vor diesem Hintergrund schlägt der Bundesrat gegenwärtig keine gesetzgeberischen Massnahmen vor. Er hat jedoch die zuständigen Departemente beauftragt, die Zugangsverfahren zu den im vorliegenden Bericht erwähnten geschlossenen Märkten bis Ende 2020 zu prüfen. Nach dieser Prüfung wird der Bundesrat entscheiden, ob er konkrete gesetzgeberische Massnahmen zur Verbesserung des Marktzugangs vorschlägt.

⁴⁷ SR 194.2