



Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben

Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben stellen vergaberechtsfreie Beschaffungen dar. Die Beantwortung der Frage, welche Vorgänge als Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben zu qualifizieren sind, ist nicht einfach und hängt davon ab, welche rechtliche Beschaffenheit dem Auftragnehmer zukommt, der den Auftrag vergaberechtsfrei erhält. Der Autor versucht in diesem Beitrag, Auftraggeber sowie Auftragnehmer dahin gehend zu sensibilisieren, dass Inhouse- und Quasi-Inhouse-Konstellationen und ihre Folgen rechtzeitig erkannt werden.

■ Von Adrian Weber, Rechtsanwalt LL.M.

Ausgangslage

Die Normen des Vergaberechts unterscheiden zwischen einem subjektiven und einem objektiven Geltungsbereich. In subjektiver Hinsicht stellt sich die Frage, wer als Auftraggeber dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt ist. Der objektive Geltungsbereich fragt demgegenüber danach, welche konkreten Aufträge dem Beschaffungsrecht unterstehen.

Dem Submissionsrecht untersteht primär der Staat. Dazu gehören Bund, Kantone und Gemeinden. Zusätzlich fallen neben dem Staat Subjekte gleich welcher Form, die aufgrund staatlicher Beteiligung, Bestimmung oder Kontrolle ein hinreichendes Mass an Staatsgebundenheit aufweisen, in den subjektiven

Geltungsbereich des Vergaberechts. In diesem Zusammenhang spricht man von «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» (EöR). Damit überhaupt eine Ausschreibungspflicht besteht, müssen natürlich zudem die anwendbaren Schwellenwerte erreicht sein.

WICHTIGER HINWEIS

Nicht dem Vergaberecht unterstehen grundsätzlich Vorgänge, die vom öffentlichen Auftraggeber «hausintern» abgewickelt werden und demnach wettbewerbsneutral sind. Eine Gemeinde kann deshalb z.B. Gärtnerarbeiten oder dergleichen durch eigene Mitarbeiter ausführen lassen und muss diese Leistungen nicht (ausserhalb) bei Dritten im Rahmen einer Ausschreibung beschaffen.



In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch immer die Frage, welche Vorgänge noch als intern («Inhouse») zu qualifizieren sind und mithin vergaberechtsfreie Beschaffungen darstellen. Zur Abgrenzung solcher nicht dem Vergaberecht unterstehenden Beschaffungen spielt in der Schweiz vor allem die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entwickelte Rechtsprechung zu den Inhouse-Vergaben und den Quasi-Inhouse-Vergaben eine zentrale Rolle. Das Konzept der Inhouse-Vergaben und der Quasi-Inhouse-Vergaben beruht auf dem Gedanken, dass ein Leistungserbringer der Vergabestelle zugerechnet werden kann, da er von dieser beherrscht und im Wesentlichen nur für diese tätig ist.

Auf die sogenannten In-State-Vergaben, bei denen im Wesentlichen darauf abgestellt wird, ob ein Vergabevorgang wettbewerbsneutral ist, wird im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht näher eingegangen. Es sei jedoch gesagt, dass eine In-State-Vergabe ausser Betracht fällt, falls der Anbieter gewerblich (also mit Gewinnabsicht) handelt. Beispielsweise fallen Vergaben zwischen verschiedenen Gebietskörperschaften unter das In-State-Privileg.

Begriffe der Inhouse-Vergabe und der Quasi-Inhouse-Vergabe

Falls Aufträge an Auftragnehmer vergeben werden, die eine besondere Nähe zur beschaffenden Stelle aufweisen, kann unter bestimmten Voraussetzungen auf eine öf-





fentliche Ausschreibung verzichtet werden. Die Voraussetzungen dieser Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Submissionsrechts sind jedoch gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, und Gerichtsentscheide dazu bestehen in der Schweiz nur vereinzelt. Insbesondere bestehen keine bundesgerichtlich festgelegten Kriterien, welche in jedem Einzelfall eine zuverlässige Beurteilung der Zulässigkeit und Grenzen solcher Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben zulassen würden. Die Beurteilung muss daher in erster Linie durch Auslegung der Grundprinzipien des Vergaberechts aufgrund der Rechtsprechung des EuGH sowie gestützt auf die Rechtsliteratur erfolgen. Die Beurteilung der Anwendbarkeit einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe ist deshalb nach wie vor mit einer gewissen Unsicherheit verbunden, weshalb die nachfolgenden Ausführungen unter diesem Vorbehalt erfolgen.

WICHTIGER HINWEIS



Interessant ist in diesem Zusammenhang die laufende Revision des Beschaffungsrechts des Bundes (vgl. die vom Bundesrat am 15. Februar 2017 verabschiedete Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]; <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>). Neu werden gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. b bis d im Entwurf zur Totalrevision des BöB In-State-Vergaben, Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben ausdrücklich nicht dem Vergaberecht unterstellt. Zudem zeigen die Revisionsbemühungen (auf kantonaler Stufe) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) dasselbe Bild (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b bis d E-IVöB).

Beschaffungen einer Verwaltungseinheit unterstehen dann nicht dem Submissionsrecht, wenn sie innerhalb der Verwaltung bzw. innerhalb der Vergabestelle vergeben werden. Die Leistung wird in diesem Fall bei einem internen Leistungsträger (also Inhouse) eingekauft. Eine Inhouse-Vergabe bezeichnet somit die Vergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber an eine seiner Dienststellen (z.B. zwischen den verschiedenen Ämtern im Kanton), die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (Inhouse-Vergabe im engeren Sinn), oder an einen von ihm kontrollierten Anbieter (z.B. zwischen einer Gemeinde und einer

Aktiengesellschaft) mit eigener Rechtspersönlichkeit (Quasi-Inhouse-Vergabe). Die erwähnten Inhouse-Geschäfte im engeren Sinn stellen rein verwaltungsinterne Vorgänge dar, die submissionsrechtlich ohne Belang sind. Der Entscheid der öffentlichen Hand hinsichtlich «make or buy» ist der vergaberechtlichen Überprüfung entzogen.

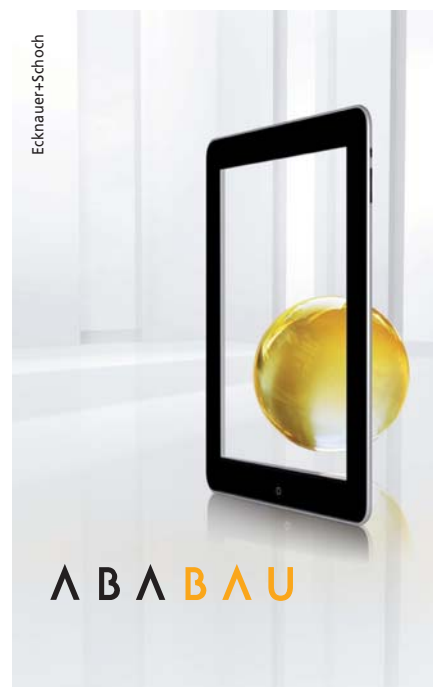
Die diesbezügliche Terminologie ist nicht einheitlich, zumal unter der Bezeichnung «Inhouse-Vergaben» teilweise neben der Inhouse-Vergabe im engeren Sinn ebenfalls die Quasi-Inhouse-Vergabe verstanden wird. Da beim vorliegenden Beitrag das Augenmerk auf die Quasi-Inhouse-Vergaben gerichtet ist, wird der Klarheit halber nachfolgend nur noch die Bezeichnung «Quasi-Inhouse-Vergabe» verwendet.

Praxis des EuGH

Damit gemäss der Rechtsprechung des EuGH eine vergaberechtsfreie Quasi-Inhouse-Vergabe vorliegt, müssen folgende Kriterien (sog. «Teckal-Kriterien») kumulativ erfüllt sein:

- **Kontrollkriterium:** Der Auftraggeber (die öffentliche Hand) muss den Quasi-Inhouse-Dienstleister «wie eine eigene Dienststelle» kontrollieren können. Bei der Beurteilung kommt es zwar auf den Einzelfall an. Schon ein Mindestmass an Selbstständigkeit (und damit Unabhängigkeit vom Auftraggeber) genügt jedoch bereits, um ein Quasi-Inhouse-Geschäft zu verneinen. Seitens des Auftraggebers muss in diesem Sinn sowohl auf strategische Ziele als auch auf wichtige Entscheidungen massgeblich Einfluss genommen werden können. In diesem Zusammenhang hat der EuGH anerkannt, dass auch eine Aktiengesellschaft unter Umständen «wie eine eigene Dienststelle» kontrolliert werden kann. Dabei müssen Leitungs- und Aufsichtsbefugnisse sowie Ernennungsrechte des Auftraggebers möglich sein. Konkret bedeutet dies, dass das Kontrollkriterium z.B. bei einer Aktiengesellschaft dann erfüllt ist, wenn eine staatliche Beteiligung von 100% besteht. Im Rahmen des Kontrollkriteriums ist somit jegliche Privatbeteiligung verboten (selbst eine einzige Aktie ist nicht zulässig). Ein Verkauf von Aktien würde demzufolge dazu führen, dass eine

Ecknauer+Schoch



A B A B A U

AbaBau – die Software Gesamtlösung für die Baubranche

- > Vorkalkulation mit Leistungsverzeichnissen nach NPK und freiem Leistungsverzeichnis
- > Ausmass- und Regiefakturierung
- > ARGE Fakturierung
- > Leistungserfassung für Lohn, Material, Inventar, Fremdleistungen
- > Werkhof
- > Finanzen und Baukostenrechnung
- > Nachkalkulation
- > Baulohn

www.abacus.ch

 **ABACUS**
business software



Quasi-Inhouse-Vergabe nicht mehr zulässig wäre.

- **Kriterium der wesentlichen Tätigkeit:** Der Auftragnehmer muss hauptsächlich für die an ihm beteiligte auftraggebende Vergabestelle bzw. die auftraggebenden Vergabestellen gesamthaft tätig sein und darf nur in ganz untergeordnetem Ausmass für nicht an ihm beteiligte Dritte tätig sein. Die Tätigkeit für nicht beteiligte Dritte sollte deutlich unter 20% liegen, damit das Kriterium der wesentlichen Tätigkeit erfüllt ist.

Natürlich besteht für die Schweiz im Grundsatz keine Verpflichtung, sich der Rechtsprechung des EuGH betreffend «Teckal-Kriterien» anzuschliessen. Im Kontext jedoch, dass die Schweizer Gerichte praxisgemäss den Grundsatz einer staatsvertragskonformen Auslegung sowohl in Bezug auf das WTO Agreement on Government Procurement (GPA) als auch mit Bezug auf das bilaterale Abkommen mit der EU befolgen, erscheint es zweckmässig und richtig, dass im infrage stehenden Bereich die Rechtsprechung des EuGH ansatzweise in die Entscheidungsfindung einfließt.

Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts

Falls sämtliche vorgenannten Voraussetzungen (Kontrollkriterium und Kriterium der wesentlichen Tätigkeit) erfüllt sind, führt das Quasi-Inhouse-Privileg grundsätzlich dazu, dass ein Bezug von Leistungen durch den Staat nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass im Rahmen der gesamten Leistungskette keine Ausschreibung zu erfolgen hat. Vielmehr ist zu prüfen, ob derjenige Auftragnehmer, der den Auftrag vergaberechtsfrei erhalten hat, für seine eigenen Beschaffungen bei Dritten einer Ausschreibungspflicht unterliegt.

Beispielsweise wäre es denkbar, dass verschiedene Gemeinden zusammen eine Aktiengesellschaft gründen, welche für die Gemeinden sämtliche IT-Leistungen beschaffen soll. Die Vergaben von der Gemeinde an diese Aktiengesellschaft könnten – sofern die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind – als Quasi-Inhouse-Vergaben vergaberechtsfrei erfolgen. Was bedeutet dies aber für die betreffende Aktiengesellschaft? Untersteht diese

für die von ihr für die Gemeinden zu beschaffenden IT-Leistungen (Computer, Telefone, Software usw.) selber dem Beschaffungsrecht, und müssen diese Leistungen von ihr öffentlich ausgeschrieben werden?

Für die Unterstellung einer solchen Aktiengesellschaft unter das Vergaberecht (im Staatsvertragsbereich) ist zu prüfen, ob sie als EöR qualifiziert werden kann. Bei einer EöR handelt es sich um eine Gesellschaft, die aufgrund staatlicher Beteiligung, Bestimmung oder Kontrolle eine qualifizierte Nähe zum Staat aufweist und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, ohne dabei demselben Wettbewerbsdruck wie ein Privater ausgesetzt zu sein. Falls eine Aktiengesellschaft sämtliche Kriterien einer EöR erfüllt, wird diese in der Regel vom subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts erfasst und ist für ihre Beschaffungen ausschreibungspflichtig.

Massgebliche Kriterien einer EöR

Folgende Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein, damit von einer EöR gesprochen werden kann:

- **rechtlich selbstständiges Subjekt:** Ob ein bestimmtes Subjekt eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, ergibt sich aus dem anwendbaren Recht. Einer Aktiengesellschaft z.B. kommt unbestrittenermassen Rechtspersönlichkeit zu. Zudem spielt es für die Qualifikation als EöR keine Rolle, ob die fragliche Gesellschaft öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Konstitution ist – insbesondere kann also eine nach Art. 620 ff. OR gegründete und organisierte Aktiengesellschaft eine EöR sein.
- **Staatsgebundenheit:** Das Element der Staatsgebundenheit ist eines der wesentlichen Abgrenzungskriterien im Vergleich zu privaten Auftraggebern. Staatsgebundenheit meint, dass eine enge Verbindung der EöR mit dem Staat oder einer anderen EöR besteht, was darauf hinausläuft, dass der Staat oder eine andere EöR die fragliche Einrichtung bei deren Auftragsvergabe beeinflussen kann. Die Staatsgebundenheit kann sich in drei verschiedenen, alternativ zu erfüllenden Voraussetzungen zeigen: (1) öffentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung, (2) öffentliche Bestimmung des Leit-

organs oder (3) öffentliche Finanzierung. Aufgrund der Alternativität der Voraussetzungen reicht es, wenn die EöR eine der vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, um als «staatsgebunden» gelten zu können.

- **Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art:** Eine rechtlich selbstständige, staatsgebundene Einrichtung ist nur dann eine EöR im Sinne des Vergaberechts, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Hierzu ist es notwendig, dass sie drei Teilmerkmale *kumulativ* erfüllt, nämlich (1) die Gründung zu besonderem Zweck, (2) die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe und (3) der nichtgewerbliche Charakter ihrer Erfüllung. Nur wenn alle drei Teilelemente beachtet werden können, ist das entsprechende konstituierende Merkmal der «Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art» erfüllt. Nachfolgend werden die drei Kriterien kurz umrissen:

1. **Gründung zu besonderem Zweck:** Die EöR muss gerade zum Zweck gegründet worden sein, die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu übernehmen. Die Zwecksetzung muss sich grundsätzlich aus ihrem Gründungs- oder Errichtungsakt (Statuten) ergeben.

2. **im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit:** Eine EöR erfüllt im Allgemeininteresse liegende Aufgaben dann, wenn sie eine Tätigkeit ausübt, deren Ergebnis im öffentlichen Interesse liegt. Es muss sich mithin um eine Tätigkeit handeln, die kollektive Bedürfnisse befriedigt bzw. sich gesellschaftlicher Problemstellungen annimmt. Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit ist nach dem Gesagten denkbar weit gefasst. Unter anderem werden folgende Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend qualifiziert: Kehrriechtabfuhrwesen, Staatsdruckerei, Bestattungswesen, Erstellen von Geschäftslokalen im Interesse der Wirtschaftsförderung, öffentliches Gesundheitswesen sowie Betrieb einer Universität.

3. **nichtgewerblicher Charakter der Aufgabenerfüllung:** «Gewerblich» im Sinne des Vergaberechts meint «tätig sein wie



ein privates Wirtschaftssubjekt». Das bedeutet, dass bei einer gewerblichen Aufgabenerfüllung das fragliche Subjekt im Wettbewerb mit anderen Anbietern steht und es sich fortlaufend im Markt durch stetes Anbieten von wirtschaftlich attraktiven Produkten und nötigenfalls durch Vornahme von Verbesserungen und Vergünstigungen behaupten muss. Das Kriterium der Nichtgewerblichkeit als Anknüpfungspunkt für eine Unterstellung unter das Vergaberecht stellt denn auch direkt die Verbindung zu den Zielen des öffentlichen Vergaberechts her: Es soll verhindert werden, dass der Staat oder von ihm beherrschte bzw. ihm nahestehende Einrichtungen ihre Aufträge nach anderen als wirtschaftlichen Kriterien vergeben, dadurch den Wettbewerb verzerren und öffentliche Mittel unsorgfältig ausgeben.

Erfüllt eine Aktiengesellschaft die obigen Kriterien, was im Einzelfall anhand von verschiedenen Unterlagen (Statuten, Reglementen, Bilanzen, Kundenlisten usw.) im Detail geprüft werden muss, handelt es sich um eine EöR, welche grundsätzlich dem Vergaberecht untersteht. Diesfalls können die (beteiligten) auftraggebenden Vergabestellen ihre Aufträge vergaberechtsfrei an die EöR vergeben, wobei die EöR dann die von ihr bei Dritten zu beschaffenden Leistungen (unter Umständen gebündelt) öffentlich ausschreibt. In dieser Konstellation wäre die besagte Aktiengesellschaft auch Partei in einem allfälligen Submissionsbeschwerdeverfahren.

Ergebnis und Empfehlung

Die vorliegenden Ausführungen zeigen, dass Inhouse- und Quasi-Inhouse-Konstellationen eine anspruchsvolle Materie darstellen.

Dasselbe gilt für die Qualifikation von Wirtschaftssubjekten als EöR. Auftraggebern sowie Auftragnehmern, die in einer solchen Inhouse- und Quasi-Inhouse-Konstellation tätig sind oder tätig werden wollen, ist zu empfehlen, die rechtlichen Rahmenbedingungen frühzeitig abzuklären. Insbesondere ist auch ein besonderer Fokus auf die Entwicklung in der Zukunft zu legen, zumal Inhouse- und Quasi-Inhouse-Konstellationen im Wesentlichen statische Konstrukte darstellen und für Veränderungen wenig offen sind.



AUTOR

Adrian Weber, Rechtsanwalt, LL.M., Partner in der Kanzleigemeinschaft Advokaturen im Rabenhäus, Zürich, befasst sich schwerpunktmässig mit Submissionsrecht sowie Bau- und Immobilienrecht.

BAU/IMMOBILIEN



WEKA Praxis-Seminar



Öffentliche Aufträge im Hoch- und Tiefbau gewinnen

Vergabeverfahren und Submissionsrecht für Anbieter

In grossem Umfang werden jedes Jahr Leistungen durch die öffentliche Hand beschafft. Die dafür geltenden Regeln des Submissionsrechts sind komplex, weshalb die Teilnahme an öffentlichen Beschaffungsverfahren grosse Anforderungen an die Baudienstleister stellt.

Von der Analyse der Ausschreibungsunterlagen zum erfolgreichen Angebot

Im Seminar lernen Sie die wichtigen Weichen und Stellschrauben des Vergabeverfahrens kennen. Sie wissen, wo Chancen und Fallstricke liegen und welche Konsequenzen Verfahrensfehler und fehlerhafte Offerten nach sich ziehen können.

Ihr Praxis-Nutzen:

- Sie erhalten anhand praxisbezogener Beispiele einen detaillierten Überblick über den Ablauf von Vergabeverfahren.
- Sie lernen, auf welche submissionsrechtlichen Eckpunkte Sie als Anbieter achten müssen, um einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zu vermeiden.
- Sie erhalten konkrete Hinweise, welche formellen Hürden Sie beachten müssen und wie Sie mit Unklarheiten der Ausschreibung umgehen.
- Sie kennen die wichtigsten Änderungen der Revision des Beschaffungsrechts.

Nächster Termin

- Datum: 7. November 2017
1 Tag, 09:00–17:00 Uhr

Ort: Technopark Zürich

Referent: **lic.iur. Matthias Hauser**,
Rechtsanwalt und lic.iur.
Monika Mörkofer Fässler,
Rechtsanwältin

Jetzt informieren und anmelden:

www.praxisseminare.ch oder Telefon 044 434 88 34