

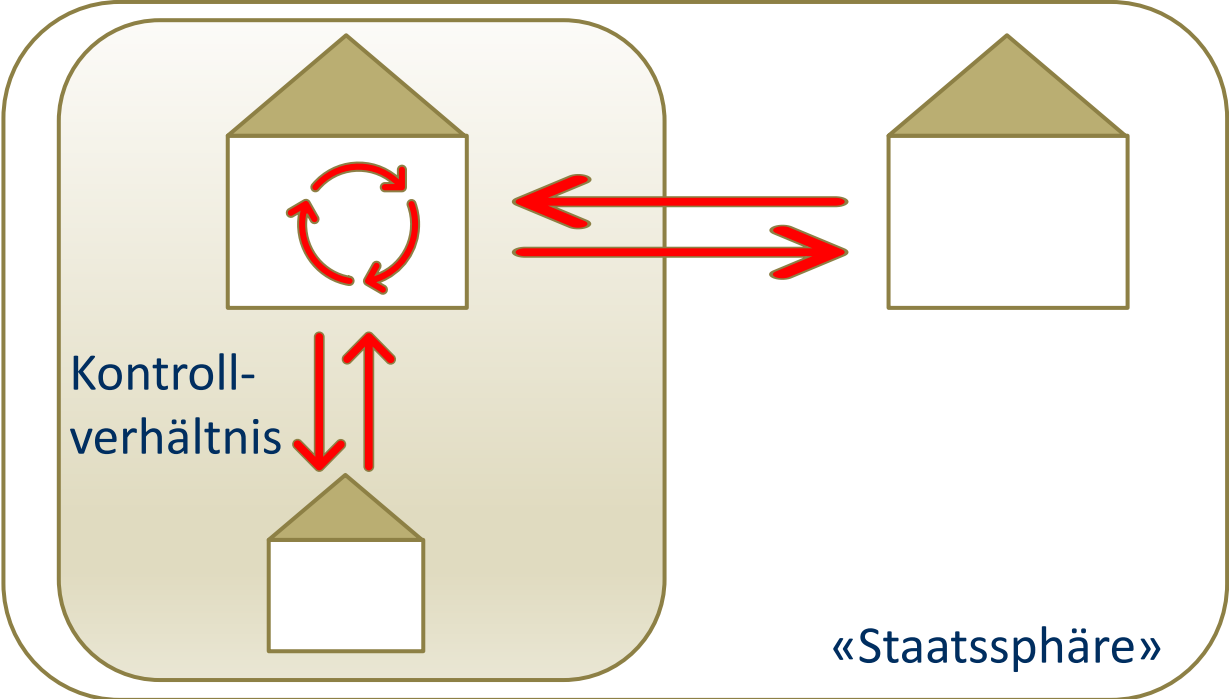
In-house-Vergaben

Möglichkeiten und Grenzen

IT-Beschaffungskonferenz 2022

Dr. iur. Martin Zobl, LL.M.

In-house-Privilegien – Überblick



Inhalt Referat

- Überblick und Entwicklung der In-house-Privilegien
- Typen von In-house-Vergaben und Fallbeispiele
- Take-aways und Empfehlungen

In-house-Privilegien – Überblick

- 3 Haupttypen
 - In-house
 - Quasi-in-house
 - In-state
- Grundgedanke: «make or buy»-Entscheid und Organisationsautonomie der öff. Auftraggeberin
- Hauptmerkmale
 - Leistungsbezug innerhalb «Staatssphäre»
 - Ohne relevante Wettbewerbsberührung
 - Vergaberechtsfreiheit: Beschaffungsrecht findet *keine* Anwendung
- Abgrenzung: Teilnahme von öff. Auftraggebern an Ausschreibungen

Entwicklung

- Keine gesetzliche Regelung
- In der Vergabep Praxis anerkannt
- Wenige Gerichtsentscheide

- Grobe Kodifizierung (Art. 10 Abs. 3 lit. b-d BÖB)
- (Bislang) wenige Gerichtsentscheide
- Autonome Auslegung, aber faktische Relevanz des EU-Rechts
- Weiterhin offene Fragen



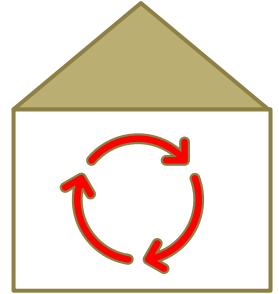
In-house-Vergabe i.e.S.

³ Dieses Gesetz findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen:

- a. bei Anbieterinnen, denen ein ausschliessliches Recht zur Erbringung solcher Leistungen zusteht;
- b. bei anderen, rechtlich selbstständigen Auftraggeberinnen, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeberinnen diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbringen;
- c. bei unselbstständigen Organisationseinheiten der Auftraggeberin;
- d. bei Anbieterinnen, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen.

In-house-Vergabe i.e.S.

- Unselbständigkeit = rechtlich Teil der Auftraggeberin
- «Make or Buy»-Entscheid
- Vergaberechtlich (weitgehend) unproblematisch
- Bsp.: Bundesamt XY bezieht IT-Dienstleistungen beim Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT



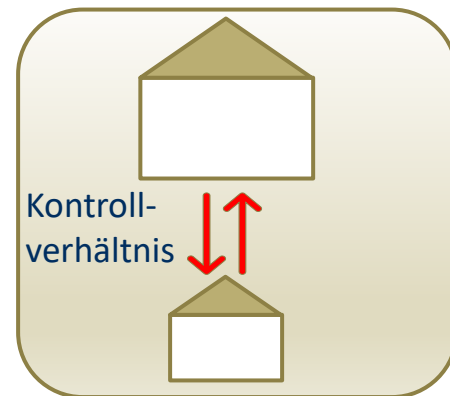
Quasi-in-house-Vergabe

³ Dieses Gesetz findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen:

- a. bei Anbieterinnen, denen ein ausschliessliches Recht zur Erbringung solcher Leistungen zusteht;
- b. bei anderen, rechtlich selbstständigen Auftraggeberinnen, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeberinnen diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbringen;
- c. bei unselbstständigen Organisationseinheiten der Auftraggeberin;
- d. bei Anbieterinnen, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen.

Quasi-in-house-Vergabe

- (Rudimentäre) Kodifikation der «Teckal»-Praxis:
 - Kontrollerfordernis UND
 - Tätigkeits- bzw. Wesentlichkeitserfordernis



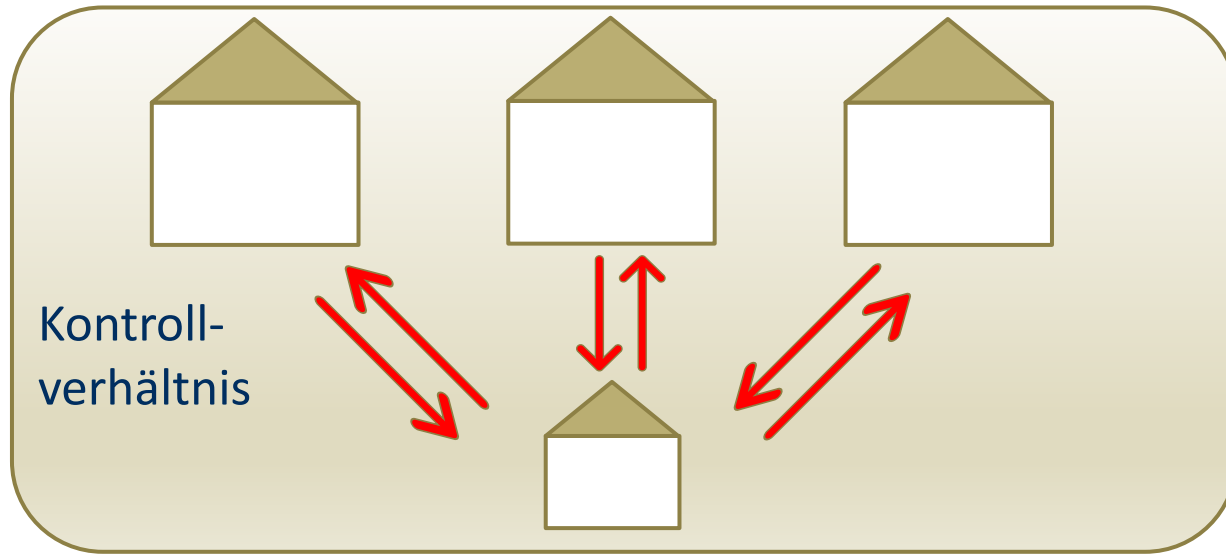
Unbestimmte (auslegungsbedürftige) Rechtsbegriffe

Quasi-in-house-Vergabe – Kontrollerfordernis

- Kontrollerfordernis nach Art. 12 RL 2014/24/EU
 - Ausschlaggebender Einfluss auf die strategischen Ziele UND die wesentlichen Entscheidungen der Leistungserbringerin
 - Grundsätzlich keine private Kapitalbeteiligung (Ausnahme gesetzlicher Pflichtbeteiligungen)
 - Auch mittelbare Kontrolle möglich
- Offene Fragen für CH
 - Absolutes Verbot von Privatbeteiligungen?
 - Kontrolle von Stiftungen (z.B. Vorsorgestiftungen)?
 - Gemeinsame Kontrolle mehrerer Auftraggeberinnen?
 - Kontrolle bei Aufträgen zwischen Schwestergesellschaften oder von Tochter- an Muttergesellschaft?

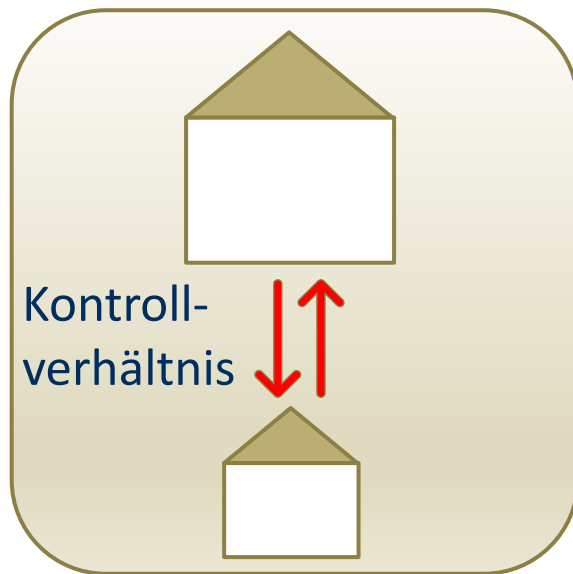
Quasi-in-house-Vergabe – Spezialfälle

Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber («Joint-Quasi-in-house-Vergabe»)



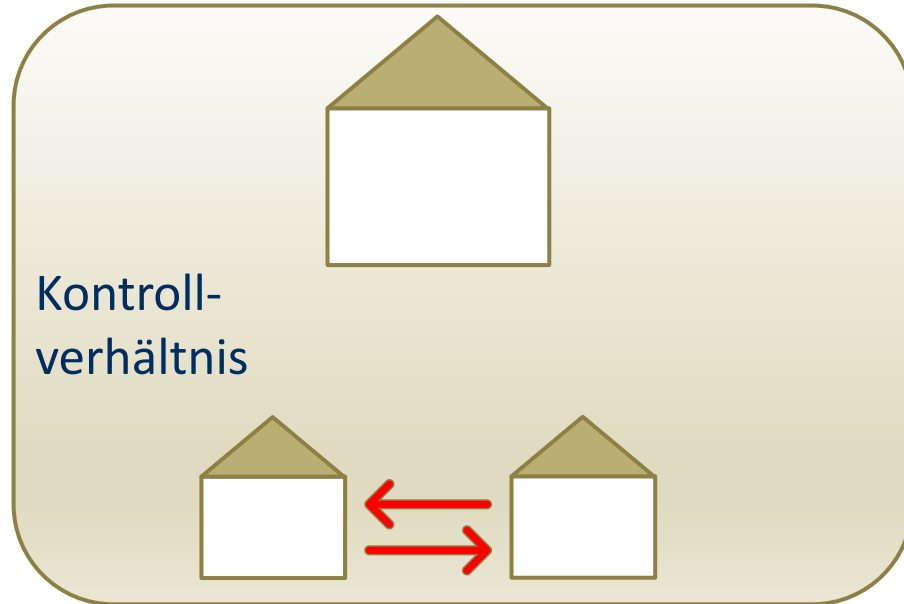
Quasi-in-house-Vergabe – Spezialfälle

Auftrag von Tochter- an Muttergesellschaft («umgekehrte Quasi-in-house-Vergabe»)



Quasi-in-house-Vergabe – Spezialfälle

Auftrag von Schwester- an Schwestergesellschaft («horizontale Quasi-in-house-Vergabe»)



Quasi-in-house-Vergabe – Tätigkeitserfordernis

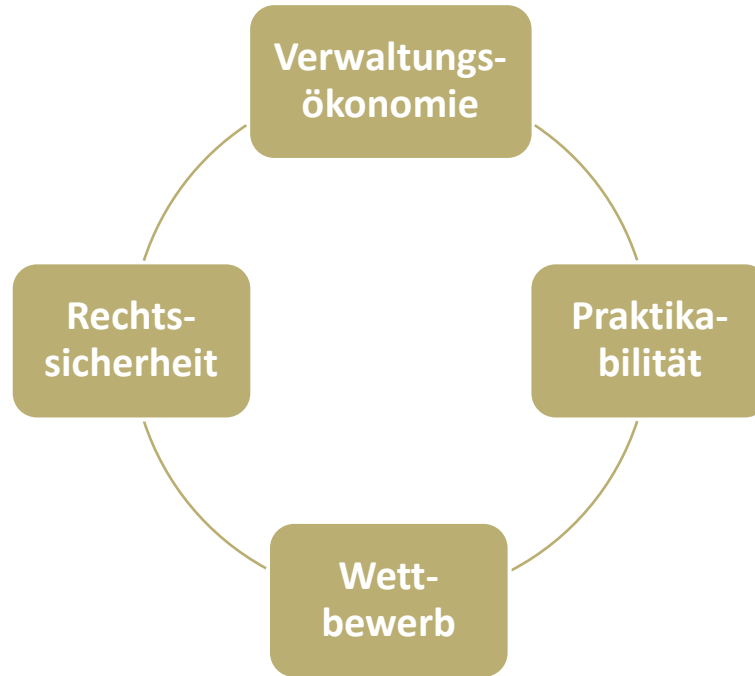
- Tätigkeitserfordernis nach Art. 12 RL 2014/24/EU
 - Wesentlichkeit: > 80 % der Tätigkeiten dienen Auftraggeberin, d.h. bis zu 20 % «Drittstätigkeiten» möglich
 - Messgrösse: durchschnittlicher Gesamtumsatz oder geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert (z. B. Kosten)

- Offene Fragen für CH
 - Tätigkeitsschwelle analog zur EU (80 %)?
 - Definition von Drittstätigkeiten
 - Zurechnung von Drittstätigkeiten

Quasi-in-house-Vergabe – Dritttätigkeiten

- Grundfrage: Welchem «Umsatzanteil» werden Dritttätigkeiten zugerechnet?
- Anbieterin A:
 - 75 % für Auftraggeberin
 - 15 % am Markt / im Wettbewerb
 - 10 % Monopoltätigkeit
- Anbieterin B:
 - 75 % für Auftraggeberin
 - 15 % am Markt / im Wettbewerb
 - 10 % öff. Aufträge
- Mögliches und sinnvolles Zuordnungskriterium für Dritttätigkeiten:
Wettbewerbsneutralität

Quasi-in-house-Vergabe – Gesichtspunkte

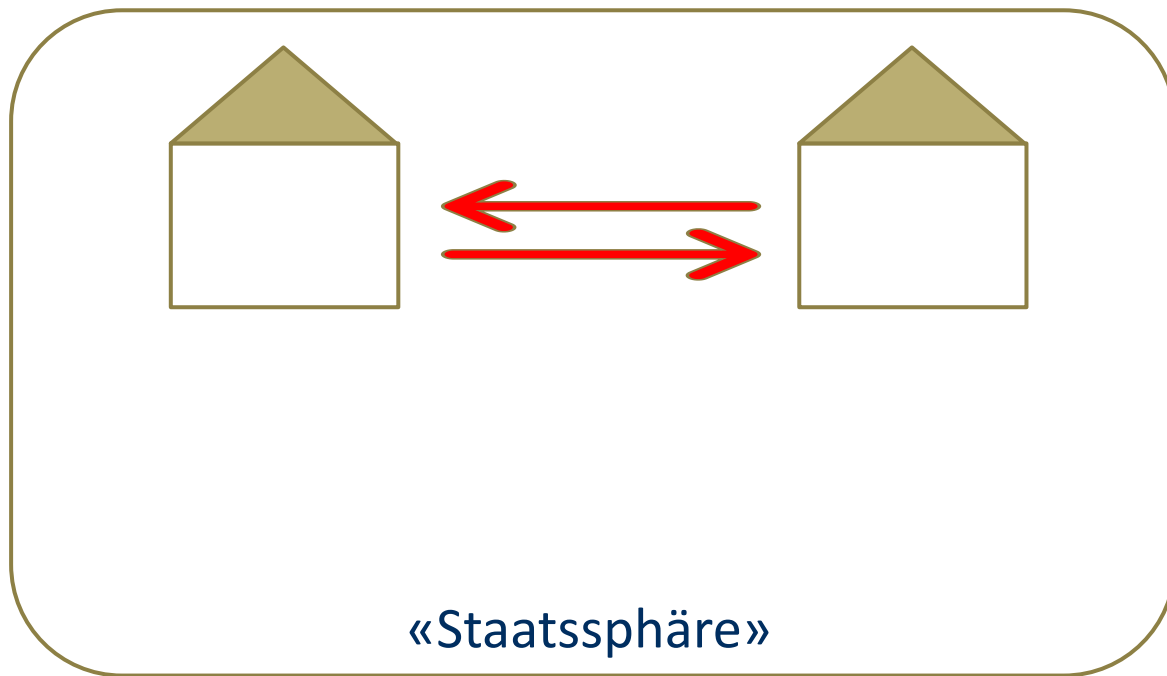


In-state-Vergabe

³ Dieses Gesetz findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen:

- a. bei Anbieterinnen, denen ein ausschliessliches Recht zur Erbringung solcher Leistungen zusteht;
- b. bei anderen, rechtlich selbstständigen Auftraggeberinnen, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeberinnen diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbringen;
- c. bei unselbstständigen Organisationseinheiten der Auftraggeberin;
- d. bei Anbieterinnen, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen.

In-state-Vergabe



In-state-Vergabe

- Unterstellung unter kantonales oder Bundes-Beschaffungsrecht ist irrelevant
- Weiteres anerkanntes, nicht kodifiziertes Kriterium: keine Privatbeteiligung an Leistungserbringerin
- GPA 2012 (Annex 7.B Ziff. 1) grosszügiger: *«Leistungen, die innerhalb einer oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbstständigen Beschaffungsstellen erbracht werden»*
- EU-Recht strenger: div. weitere Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU

In-state-Vergabe – Dritttätigkeiten der Anbieterin

- Andere als betroffene Leistungen dürfen laut Gesetzestext im Wettbewerb erbracht werden
- Lehre fordert teilweise generelles Verbot von Wettbewerbstätigkeiten bzw. kommerziellen Absichten (Gewinnstreben)
- Wichtiger: allfällige Wettbewerbseffekte des konkreten Geschäfts (z.B. Querfinanzierung wettbewerblicher Tätigkeiten)
 - Kontrolle und vertragliche Mechanismen vorsehen

In-state-Vergabe – Fallbeispiele

- Fallbeispiel A: Öff. Auftraggeberin erbringt gewisse IT-Leistungen ausschliesslich gegenüber anderen öff. Auftraggeberinnen, weitere Dienstleistungen (z.B. Beratung) auch gegenüber Privaten (gegen Entgelt) bzw. im Wettbewerb
- Fallbeispiel B: Service-Gesellschaft eines Sektorauftraggebers (z.B. Eisenbahnunternehmen, Stromversorger) erbringt IT-Dienstleistungen auch gegenüber anderen Sektorauftraggebern

Take-aways / Empfehlungen

- Beschaffungsrechtsrevision: Rechtssicherheit betreffend Zulässigkeit und Grundvoraussetzungen von In-house-Vergaben
- Aber: wichtige Fragen bleiben ungeregelt und mangels schweizerischer Praxis unklar (z.B. Definition und zulässiger Umfang von Dritttätigkeiten bei Quasi-in-house-Vergaben)
- Relevanz des EU-Rechts trotz autonomer Umsetzung
- Ausgleich zwischen Praktikabilität/Verwaltungsökonomie und Wettbewerbsschutz
- Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung
- Auftraggeber: Kontrolle und (z.B. vertragliche) Verhinderung von unerwünschten Wettbewerbseffekten
- Anbieter: Abgrenzung «Staatsphäre» – Wettbewerbsbereich

Vielen Dank!

Martin Zobl

Martin Zobl, Partner
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

Telefon direkt: +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



CV / vCard



