

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 39/Juni 2015

Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten

Was versteht man unter einer Inhouse-Vergabe, und wo liegen deren Grenzen? Der Autor stellt die verschiedenen Typen von Geschäften vor, die sich innerhalb der staatlichen Sphäre abspielen, den Markt also nicht berühren und darum ohne Beachtung des Vergaberechts abgeschlossen werden können. Neben dem Leistungsfluss innerhalb einer Körperschaft (Inhouse-Geschäfte) geht es dabei um Vergaben an beherrschte Subjekte (Quasi-inhouse-Geschäfte) und um Verträge, die zwischen voneinander unabhängigen Auftraggeberinnen abgeschlossen werden (Instate-Geschäfte).



Martin Beyeler, PD Dr. iur.,
Rechtsanwalt, Zürich

1. Ausgangslage

Nachdem die Stadt Zürich jahrelang Kontingente von Holzsärgen bei privaten Schreinereien beschafft hatte, beschloss sie, mit der Sargherstellung fortan eine interne Abteilung zu betrauen, welche Arbeitsintegrationsmassnahmen durchführt.¹

Ein als Aktiengesellschaft organi-

siertes Kantonsspital beauftragte seine Tochtergesellschaft, die sich in ihrem Bereich als Marktführerin bezeichnet, ohne Ausschreibung mit der Erbringung von IT-Leistungen.²

Die Gesundheitsbetriebe der Stadt Lecce erteilten der Universität Salento ohne Ausschreibung den Auftrag, die Spitalgebäude auf ihre Erdbebensicherheit zu untersuchen und nötigenfalls Sanierungs- oder Ertüchtigungsmassnahmen vorzuschlagen.³

Diese drei Beispiele aus der Gerichtspraxis illustrieren die zentrale Frage, die durch die Inhouse-Vergabe und ähnliche Geschäfte aufgeworfen wird: Unter welchen Umständen ist es zulässig, dass eine öffentliche Auftraggeberin unter Berufung darauf, dass sie den Markt gar nicht betrete, sondern

2 Vgl. AGVE 2013 Nr. 37, S. 193 ff., insb. E. II./2: Das Gericht erkannte, dass die Tochtergesellschaft eine aktive Marktteilnehmerin war, hiess die Beschwerde gut und verlangte die öffentliche Ausschreibung der umstrittenen Leistungen.

3 Vgl. EuGH C-159/11, 19.12.2012, insb. Rn. 30 ff.: Der Gerichtshof hielt dafür, dass die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie öffentliche Zusammenarbeit im Sinne seiner Rechtsprechung voraussichtlich nicht erfüllt waren.

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Darf die öffentliche Hand oder eine eng mit der öffentlichen Hand verbundene Körperschaft im Rahmen eines Vergabeverfahrens eine Offerte unterbreiten, die in Konkurrenz zu anderen, privaten Anbietern steht? Und darf überhaupt einer solchen Stelle ein öffentlicher Auftrag erteilt werden? Diese und viele andere Fragen bei verwaltungsinternen Beschaffungen beschäftigen immer wieder die Vergabestellen, nicht nur im Kanton Zürich. In der vorliegenden Ausgabe des Kriteriums bringt PD Dr. Martin Beyeler Licht ins Dunkle im Zusammenhang mit Inhouse-Vergaben.

Submissionsbestimmungen regeln das öffentliche Beschaffungswesen. Bei sogenannten Inhouse-Vergaben bestehen aber noch keine gesetzlichen Bestimmungen. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und will mit der aktuellen Revision der IVöB Regelungen für die verwaltungsinterne Beschaffung einführen. Insbesondere grössere Städte und Kantone haben manchmal die Möglichkeit, Leistungen nicht auf dem freien Markt zu beschaffen, sondern können diese verwaltungsintern beziehen. Hier gilt es aber ebenfalls, Spielregeln einzuhalten, und zwar nicht nur für die Vergabestelle, sondern auch für den Leistungserbringer. Darf diese Stelle zum Beispiel auch für andere öffentliche Einrichtungen Leistungen erbringen und wie weit hat sie sich dabei der Konkurrenz zu stellen? Wie Sie, liebe Leserin, lieber Leser, selber bei der Lektüre des Beitrags von PD Dr. Martin Beyeler feststellen werden, sind genau deshalb Regelungen bei Inhouse-Vergaben notwendig.

Ergänzt wird diese Ausgabe des Kriteriums mit zwei aktuellen Urteilen des Verwaltungsgerichts.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und eine schöne Sommerzeit.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler, Gemeinde Thalheim

1 Vgl. VGer ZH VB.2006.00145, 05.04.2006, insb. E. 1.2: Das Gericht erwog, dass der Entscheid zwischen Markt- und Inhouse-Beschaffung frei ist, und wies die Beschwerde ab.

innerhalb der staatlichen Sphäre bleibe, Geschäfte ohne Beachtung des öffentlichen Vergaberechts abschliesst? Diese Frage nach den begrifflichen Konturen der Ausnahme der staats-sphären-internen Geschäfte vom Vergaberecht soll im vorliegenden Text für drei unterschiedliche Konstellationen – die Inhouse-, die Quasi-inhouse- und die Instate-Geschäfte – im Sinne einer Übersicht kurz beantwortet werden.⁴

Vornweg ist der Gedanke festzuhalten, der hinter der Dogmatik der Nichtanwendung des Vergaberechts auf alle staats-sphären-internen Geschäfte steht: Es wird davon ausgegangen, dass die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts zum Schutz der Wettbewerbsneutralität des staatlichen Handelns nur dort erforderlich und zielführend ist, wo ein Beschaffungsgeschäft⁵ auf der Trennlinie zwischen der Sphäre des politisch bestimmten Staates und der kommerziell motivierten Privatwirtschaft liegt, und dass die im Folgenden vorgestellten Geschäftskonstellationen diese Linie nicht überschreiten, sondern innerhalb der staatlichen Sphäre bleiben.

Mit Bezug auf die Gesetzgebung ist allerdings allgemein darauf hinzuweisen, dass das geltende schweizerische Vergaberecht kei-

ne der im Folgenden behandelten staats-sphären-internen Konstellationen anspricht oder regelt, dass aber das künftige Recht ein umfassendes Konzept vorsehen wird, zumindest wenn es nach den heute vorliegenden Entwürfen für die IVöB (E-IVöB)⁶ und für das BöB (VE BöB)⁷ geht.⁸

2. Die Inhouse-Geschäfte

Das Inhouse-Geschäft⁹ zeichnet sich dadurch aus, dass die öffentliche Auftraggeberin eine an sich dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung bei sich selbst tätigt, sie also die Leistungen selbst produziert, die sie benötigt. Ein Inhouse-Geschäft liegt deshalb vor, solange und soweit es darum geht, dass eine Bedarfsstelle Leistungen von einer produzierenden Stelle bezieht, welche ihrerseits derselben Rechtsperson zuzurechnen ist wie die Bedarfsstelle. Als „inhouse“ sind in diesem Sinne alle Flüsse von Leistungen und Gegenleistungen zu qualifizieren, die sich innerhalb einer Körperschaft bzw. juristischen Person abspielen. Körperschaft bzw. Rechtsperson, innerhalb deren solche Inhouse-Geschäfte stattfinden können, sind dabei die Eidgenossenschaft, die Kantone und die Gemeinden, aber auch die dem Vergaberecht unterstellten öffentlichen Anstalten, öffentlich-rechtlichen Körperschaften (insb. Gemeindeverbände) und privatrechtlich konstituierten Subjekte (insb. AG, GmbH, Vereine und Stiftungen).

An diesem Begriff des Inhouse-Geschäfts ändert sich auch dadurch nichts, dass die produzierende Stelle in der Regel gewisse ihrer Bedürfnisse auf dem Markt deckt

und sich hierbei an das öffentliche Vergaberecht halten muss: Das Verhältnis zwischen der Bedarfsstelle und der produzierenden Stelle ist getrennt von jenem zwischen der produzierenden Stelle und der im Markt ausgewählten Leistungserbringerin zu betrachten; das erste ist «inhouse», wohingegen das zweite ein gewöhnliches Marktbeschaffungsverhältnis ist, das dem Vergaberecht unterliegt. Nach den für die Inhouse-Geschäfte geltenden Regeln – diese sind in der Schweiz gesetzlich (noch)¹⁰ nicht festgeschrieben, jedoch überall anerkannt – kann die öffentliche Auftraggeberin erstens frei (namentlich: losgelöst von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen) zwischen einer Inhouse-Vergabe und einer Beschaffung am Markt entscheiden (Freiheit bezüglich «make or buy»).¹¹ Diese Freiheit behält sie nach der hier vertretenen Auffassung auch dann vollumfänglich, wenn sie ein Vergabeverfahren bereits eingeleitet hat und es für eine Inhouse-Vergabe abrechnen will.¹² Zweitens kann die Auftraggeberin, soweit eine solche Auswahl überhaupt gegeben ist, zwischen mehreren inhouse (oder quasi-inhouse oder instate) infrage kommenden Leistungserbringerinnen frei entscheiden und ist nicht gezwungen, die verschiedenen staats-sphären-internen Stellen in geordnete Konkurrenz treten zu lassen.¹³ Diese Rechtslage kann insgesamt unter dem Begriff des Inhouse-Privilegs zusammengefasst werden. Anzuführen ist, dass das Gesagte allein die vergaberechtliche Lage beschreibt und Vorschriften aus anderen Gebieten unberührt lässt, namentlich aus dem Haushaltsrecht, aus denen sich allenfalls

4 Weiterführend insb. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 244 ff.; BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1139 ff.; BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in: Jusletter 22.12.2014, Rz. 36 ff.; CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Genf 2013, Art. 5 BGBM N 68 ff.; POLTIER, Droit des marchés publics, Bern 2014, Rz. 198 ff.; TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 5 BöB N 12 f., N 25. – Vgl. auch Wettbewerbskommission, Empfehlung 635-0034 vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM), Ziff. 4 ff., Ziff. 40 f., Ziff. 49.

5 Dass auch das Gegenteil der öffentlichen Beschaffung, nämlich die Veräusserung öffentlicher Vermögensgegenstände, der öffentlichen Ausschreibung bedarf, ist ein Postulat (dem ich beistimme), auf das hier hinzuweisen ist, das aber eine andere als die vorliegend behandelte Thematik betrifft.

6 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, Entwurf vom 18.09.2014 (E-IVöB); vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. b-d E-IVöB

7 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, Entwurf vom 01.04.2015 (VE BöB); vgl. Art. 12 Abs. 3 lit. b-d VE BöB.

8 Vgl. zudem lit. B Ziff. 1 in Annex 7 Anhang I GPA 2012 (Government Procurement Agreement vom 02.04.2012; noch nicht i.K.). Zu dieser (überschiessenden) Ausnahmeklausel BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 4), Rz. 54, Rz. 56 ff.

9 Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 4), Rz. 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1145 ff.; POLTIER (Fn. 4), Rz. 199; TRÜEB (Fn. 4), Art. 5 BöB N 12.

10 Vgl. jedoch künftig Art. 11 Abs. 3 lit. c E-IVöB und Art. 12 Abs. 3 lit. c VE BöB.

11 BVGer 1687/2010, 21.06.2011, E. 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 4), Rz. 244 ff.; POLTIER (Fn. 4), Rz. 199; TRÜEB (Fn. 4), Art. 5 BöB N 12; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1154 ff., Rz. 1158 ff.

12 BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1163 ff.; BEYELER, Baurecht/Droit de la construction (BR/DC) 2014, S. 20 f., Anmerkungen zu BVGer B-536/2013. Vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 4), Rz. 247 f.; VGer GR U 02 27, 27.06.2002, E. 3b; etwas strenger offenbar BVGer B-536/2013, 29.05.2013, E. 3.2; VGer ZH VB.2006.00145, 05.04.2006, E. 1.2 (obiter dictum).

13 BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1153, Rz. 1156 f.

ein Primat der Marktbeschaffung (oder umgekehrt des internen Bezugs) ergeben kann.

3. Die Quasi-inhouse-Geschäfte

Je nach Ausgestaltung der konkreten Verhältnisse kann die Tochtergesellschaft einer öffentlichen Auftraggeberin als funktionales Internum betrachtet werden, das heisst als trotz rechtlicher Selbstständigkeit faktisch von der Auftraggeberin vollkommen abhängiges Gebilde, das im Ergebnis durch die Auftraggeberin wie eine interne Dienststelle bestimmt wird. Hiervon ausgehend hat der Europäische Gerichtshof schon Ende 1999 im Urteil «Teckal» festgehalten, dass solcherart faktisch unselbstständige Tochtergesellschaften aufgrund eines Analogieschlusses gleich wie interne Dienststellen beziehungsweise gleich wie bei einem Inhouse-Geschäft ohne Anwendung des Vergaberechts beauftragt werden können – sofern gesichert ist, dass sie nicht oder nur unwesentlich als Anbieterinnen auf einem Markt auftreten.

Damit wurde die Tür für ein neues Rechtskonzept geöffnet, das häufig als «Quasi-inhouse-Vergabe» bezeichnet wird: Soweit angenommen werden kann, dass das infrage stehende Geschäft materiell mit einer Inhouse-Vergabe verglichen werden kann, weil die Charakteristik der Leistungserbringerin und ihr Verhältnis zur Auftraggeberin mit der Situation einer Inhouse-Vergabe vergleichbar sind, gilt auch hier, dass auf die Anwendung des Vergaberechts und insbesondere auf eine öffentliche Ausschreibung und einen Wirtschaftlichkeitsvergleich verzichtet werden kann (Quasi-inhouse-Privileg).

Ein Quasi-inhouse-Geschäft liegt nach den sog. „Teckal-Kriterien“¹⁴ dann vor, wenn erstens die Auftraggeberin die Leistungserbringerin kontrolliert wie eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium) und wenn zweitens die Leistungserbringerin nicht oder in höchstens unwesentlichem Ausmass Leistungen auf dem Markt anbietet bzw. erbringt (Tätigkeitskriterium; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB; Art. 12 Abs. 3 lit. d VE BöB). Auf die Rechtsform (AG, GmbH, Anstalt) der Leistungserbringerin kommt es nicht an; allein die genannten Kriterien sind entscheidend.¹⁵

Kontrolle im Sinne des Kontrollkriteriums liegt nur vor, wenn sich die Leistungserbringerin im ausschliesslichen Besitz der öffentlichen Auftraggeberin (oder mehrerer öffentlicher Auftraggeberinnen) befindet beziehungsweise wenn sie keinerlei Privatbeteiligung aufweist¹⁶ und wenn sie überdies in sämtlichen ihren Belangen durch die öffentliche Auftraggeberin präventiv beherrscht werden kann¹⁷. Sind mehrere Auftraggeberinnen an derselben Leistungserbringerin beteiligt, so muss jede von ihnen, die sich auf das Quasi-inhouse-Privileg berufen und dergestalt ausserhalb des Vergaberechts vergeben will, an der gemeinsamen Kontrolle teilhaben, was voraussetzt, dass sie über ein durch sie gewähltes Mitglied im Führungsgremium der Leistungserbringerin verfügt.¹⁸

Unter dem Kriterium der Tätigkeit ist von der Zulässigkeit einer Quasi-inhouse-Vergabe grundsätzlich nur dann auszugehen, wenn die Leistungserbringerin ausschliesslich für die an ihr beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen tätig ist. Unschädlich sind aber Leistungen für Dritte, welche aufgrund des Instate-Privilegs erbracht werden, sowie Leistungen, die im Rahmen der Erfüllung der von den beteilig-

ten Auftraggeberinnen erhaltenen Aufträge erbracht werden (insbesondere soweit es sich bei diesen Aufträgen um Dienstleistungskonzessionen mit entsprechendem Publikumskontakt handelt). Zudem ist nach den 2014 erlassenen Vergaberichtlinien der Europäischen Union eine Markttätigkeit der Leistungserbringerin, welche höchstens 20 Prozent ihres Gesamtumsatzes ausmacht, zulässig.¹⁹

Im Sinne einer praktisch notwendigen Weiterentwicklung anerkennen die europäischen Richtlinien von 2014 über die klassische Konstellation hinaus auch die umgekehrte sowie die horizontale Quasi-inhouse-Vergabe²⁰ – das heisst, verkürzt, die Vergabe der Tochter an ihre Mutter und die Vergabe der Tochter an ihre Schwester. Für die Zulässigkeit der umgekehrten Vergabe ist eine Erfüllung sowohl des Kontroll- als auch des Tätigkeitskriteriums im nicht-umgekehrten Verhältnis (Mutter zu Tochter) erforderlich, für diejenige der horizontalen Vergabe wird die Erfüllung des Kontrollkriteriums durch die Mutter in Bezug auf beide involvierten Tochtergesellschaften sowie die Erfüllung des Tätigkeitskriteriums zumindest durch die leistungserbringende Tochter verlangt.²¹ Zudem stellen die neuen Richtlinien klar, dass eine Quasi-inhouse-Vergabe auch Kettenglieder überspringen kann (insbesondere Vergabe der Grossmutter an die Enkelin), solange überall das Kontrollkriterium eingehalten ist und die Leistungserbringerin das Tätigkeitserfordernis erfüllt.²² Und nach diesen Richtlinien soll die indirekte Privatbeteiligung an der Auftragnehmerin, die sich allein aus dem Bestehen einer privaten Beteiligung an der Auftraggeberin ergibt, die Anrufung des Quasi-inhouse-Privilegs nicht

19 Vgl. insb. Art. 12 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2014/24/EU. – Der EuGH hatte sich in seiner Rechtsprechung nie auf eine fixe Quote festgelegt, sondern immer davon gesprochen, dass die Leistungserbringerin «im Wesentlichen» (EuGH C-107/98, 18.11.1999, Teckal, Rn. 50) für die an ihr beteiligten Auftraggeberinnen tätig sein muss.

20 Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU.

21 Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU.

22 Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU.

14 EuGH C-107/98, 18.11.1999, Teckal, Rn. 50.

15 Vgl. EuGH C-574/12, 19.06.2014, SUCH, Rn. 32 ff.

16 EuGH C-25/03, 11.01.2005, Stadt Halle, Rn. 50 ff.; EuGH C-574/12, 19.06.2014, SUCH, Rn. 32 ff.

17 EuGH C-15/13, 08.05.2013, TU Hamburg-Harburg, Rn. 31 f.

18 EuGH C-182/11 und C-183/11, 29.11.2012, Econord, Rn. 27 ff. – Vgl. dazu auch Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 2 Ziff. i) der Richtlinie 2014/24/EU.

Impressum

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: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

hindern (das ist namentlich für Sektorauftraggeberinnen von Relevanz).²³

In der Schweiz gibt es de lege lata keine gesetzlichen Bestimmungen zur Quasi-inhouse-Vergabe, doch wird die Nichtanwendung des Vergaberechts auf solche Geschäfte durch immer mehr schweizerische Gerichte in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung anerkannt.²⁴ Zudem soll die neue IVöB gemäss dem derzeit²⁵ bekannten Entwurf einen Art. 11 Abs. 3 lit. d erhalten,²⁶ nach dem die Quasi-inhouse-Vergabe im Sinne des europäischen Rechts für vergaberechtsfrei erklärt wird (gleich auch Art. 12 Abs. 3 lit d VE BöB).

4. Die Instate-Geschäfte

Hinter der Regel, dass Inhouse- und Quasi-inhouse-Geschäfte ausserhalb der Geltung des Vergaberechts stattfinden dürfen, steht die eingangs schon angesprochene Überlegung, dass solche Geschäfte den Wettbewerb nicht tangieren, weil sie innerhalb der staatlichen Sphäre bleiben und so keinen Bedarf nach einer Anwendung des Vergaberechts auslösen. In der Tat gibt es keinen Anspruch des Marktes oder seiner Teilnehmer, dass der Staat bestimmte Marktbeschaffungen tätigt; der Staat kann seine Bedürfnisse auch durch eigene Kräfte decken, wenn er das will, und in diesem Fall entgeht dem gesamten Markt ein Auftrag, doch ist das kein Vergaberechtsproblem, weil niemand dadurch bevorzugt oder benachteiligt wird. Wer dies bedenkt, kann erkennen, dass es für die Frage, ob ein Geschäft innerhalb der staatlichen Sphäre liegt, letztlich nicht entscheidend darauf ankommen kann, ob die leistungserbringende Stelle zur Körperschaft der Auftraggeberin gehört oder durch die Auftraggeberin kontrolliert wird wie eine interne Dienststelle, ob sie also als echtes oder als funktionales Internum erscheint. Massgeblich ist nur, dass kein privates Kapital an der Leistungserbringerin beteiligt ist (und dass sich daher

²³ Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU.

²⁴ Vgl. insb. AGVE 2013 Nr. 37, S. 193 ff., E. II./5; KGer VS A1 09 163, 03.12.2009, E. 4.2 und E. 4.3; VGer VD GE.2007.0013, 06.11.2009, E. 3.

²⁵ Im Juni 2015

²⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB.

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2015 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 x ½ Tag

Daten: **Montag, 19.10.2015, 13.30–17.00 Uhr**
Donnerstag, 22.10.2015, 08.30–12.00 Uhr

Referentin: Daniela Lutz, Rechtsanwältin

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag

Datum: **Donnerstag, 02.07.2015, 08.30–12.00 Uhr**

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benutzen das Anmeldeformular.

kein Privater besondere Vorteile monetärer oder anderer Art aneignen kann, die sich aus solcher Beteiligung ergeben) und dass die Leistungserbringerin sich der Entwicklung von Tätigkeiten auf dem Markt (möglichst) umfassend enthält²⁷. Zudem sollte das Geschäft nur vom öffentlichen Interesse geprägt und frei von kommerziellen Absichten sein. In diesem Falle bleibt die Leistungserbringung innerhalb der staatlichen Sphäre und tangiert den Wettbewerb zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern nicht, so dass sie als wettbewerbsneutral betrachtet werden kann.

Nach der weiterentwickelten „Teckal“-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Quasi-inhouse-Vergabe war es möglich, dass zwei öffentliche Auftraggeberinnen ohne Beachtung des Vergaberechts eine gemeinsame Gesellschaft gründen, in die sie eine bestimmte Produktion von

²⁷ Das muss umgekehrt auch für Inhouse-Vergaben gelten (interne Profitcenter, die als Anbieter massgeblich auf dem Markt auftreten, dürfen m.E. nicht inhouse beauftragt werden); BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1206 ff.; BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 4), Rz. 82 ff.

benötigten Leistungen auslagern und von der sie diese Leistungen sodann beziehen. Das warf die Frage auf, ob unter gewissen Umständen auch auf die Gründung eines solchen Vehikels verzichtet werden könnte und ob in diesem Sinne die interessierten Auftraggeberinnen ohne Anwendung des Vergaberechts auch auf rein vertraglicher Basis gemeinsam Leistungen produzieren und beziehen könnten. Der Gerichtshof bejahte dies erstmals einzelfallweise im Urteil Stadtreinigung Hamburg²⁸ und prägte sodann in mehreren Folgeurteilen die Formel, nach der zwei (oder mehr) öffentliche Auftraggeberinnen ohne Beachtung des Vergaberechts in irgendeiner Form zusammenarbeiten dürfen, solange es sich um eine echte Zusammenarbeit handelt, die Auftraggeberinnen auf diese Weise eine ihnen allen obliegende Gemeinwohlaufgabe erfüllen, kein Privater an der Zusammenarbeit beteiligt ist und diese allein durch Überlegungen und Konditionen geprägt wird, die im öffentlichen Interesse liegen, also keinen kommerziellen Absichten folgen (sog.

²⁸ EuGH C-480/06, 09.06.2009, Kommission gegen Deutschland, Rn. 34 ff.

öffentliche Zusammenarbeit).²⁹ Ein entsprechendes Konzept wird in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehen; dazu wird präzisiert, dass die an der Zusammenarbeit beteiligten Auftraggeberinnen nicht mehr als 20 Prozent der infrage stehenden Leistungen am Markt erbringen dürfen.

Im Unionsrecht steht also neben der Inhouse- und der Quasi-inhouse-Vergabe als weitere vergaberechtsfreie staatssphäreninterne Geschäftskonstellation das Institut der öffentlichen Zusammenarbeit zur Verfügung, doch sind dessen Anwendungsvoraussetzungen streng: Eine reine Auftragsbeziehung (Leistung gegen Vergütung) genügt nicht, vielmehr ist eine durch echte Kooperation geprägte Zusammenarbeit gefordert, bei der keine beteiligte öffentliche Auftraggeberin nur gerade Geldmittel zur Verfügung stellt, sondern jede von ihnen tatsächlich in irgendeiner Weise mitarbeitet.³⁰ Darüber hinaus scheint sich aus der Rechtsprechung zu ergeben, dass nicht jede Art von Tätigkeit Gegenstand einer öffentlichen Zusammenarbeit sein kann,³¹ sondern nur die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einem engeren Sinne, also beispielsweise die durch zwei benachbarte Gemeinden im Rahmen einer vertraglichen Zusammenarbeit erledigte Schneeräumung auf öffentlichen Strassen.³²

In der Schweiz ist nach geltendem Recht ungewiss, ob und inwieweit jenseits der Inhouse- und der Quasi-inhouse-Geschäfte weitere staatssphäreninterne Konstellationen vergaberechtsfrei sein können.³³ In diesem Sinne ist Vorsicht geboten, doch dürfte zumindest eine öffentliche Zusammenarbeit nach den (strengen) Kriterien des Unionsrechts³⁴ vor Gerichten,

welche die Zulässigkeit der Quasi-inhouse-Vergabe anerkennen, keinen erheblichen Risiken ausgesetzt sein. Darüber hinaus kann eine reine Auftragsbeziehung zwischen zwei öffentlichen Auftraggeberinnen nach der hier vertretenen Auffassung dann vergaberechtsfrei bleiben, wenn trotz der Struktur eines Auftrags (anstatt einer Zusammenarbeit) allein der Gedanke der Kooperation im öffentlichen Interesse vorherrscht und keine der beteiligten Auftraggeberinnen über das Geschäft (oder bei Gelegenheit desselben) Gewinne anstrebt oder erzielt. Dazu ist zu verlangen, dass Leistungen der geschäftsgegenständlichen Art durch keine der beteiligten Auftraggeberinnen auf dem Markt feilgeboten werden. Es ist also stets zu beachten, dass der alleinige Umstand, dass eine öffentliche Auftraggeberin einer anderen öffentlichen Auftraggeberin einen Auftrag erteilen will, nicht ausreicht, um dieses Geschäft von der Geltung des Vergaberechts freizustellen.³⁵

In der künftigen Gesetzgebung sollen die Auftragsvergabe einer öffentlichen Auftraggeberin an eine andere öffentliche Auftraggeberin (Instate-Vergabe) sowie – erst recht – die öffentliche Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggeberinnen (im Sinne des so-

eben dargestellten Unionsrechts) ausdrücklich als vergaberechtsfrei erklärt werden, solange nur keine der beteiligten Auftraggeberinnen Leistungen der geschäftsgegenständlichen Art im Wettbewerb mit Dritten erbringt (Art. 11 Abs. 3 lit. b EIVöB; Art. 12 Abs. 3 lit. b VE BöB). Es wird hier also lediglich vorausgesetzt, dass die in das Instate-Geschäft bzw. in die öffentliche Zusammenarbeit involvierten Auftraggeberinnen weder sich aus dem Geschäft ergebende Leistungen noch weitere, gleichartige Leistungen in Konkurrenz zu Dritten anbieten. Das Instate-Geschäft ist demnach als solches ohne Wettbewerb anzubahnen, und die Auftraggeberinnen haben sich zumindest im Bereich der Leistungen, um die es der Gattung nach geht, jeder Wettbewerbstätigkeit zu enthalten. Nicht ausdrücklich vorausgesetzt ist hingegen, dass die Beteiligten keine kommerziellen Absichten verfolgen und nur in dem öffentlichen Interesse verpflichteter Art handeln und entscheiden. Gleichwohl sollte meines Erachtens auch dies gefordert werden, gerade weil Markttätigkeiten der beteiligten Auftraggeberinnen nach der vorgesehenen Bestimmung nicht generell (sondern nur im Sektor der Instate-Vergabe) ausgeschlossen sind.³⁶

35 EuGH C-84/03, 13.01.2005, Kommission gegen Spanien, Rn. 40.

36 Vgl. auch BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 4), Rz. 65, Rz. 72.



Aus der Gerichtspraxis



I. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2014.00417 vom 15. Januar 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle hatte im Rahmen eines offenen Verfahrens Ingenieurleistungen für die Instandsetzung einer Kantonsstrasse ausgeschrieben. Dabei verlangte sie in ihren Ausschreibungsunterlagen als Eignungsnachweis unter anderem die Kopie eines aktuellen firmenbezogenen Qualitätsmanagement-Zertifikats. Die Vergabestelle schloss in der Folge ein Angebot mit der Begründung aus, die Anforderungen an die Nachweise im Sinne von § 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG

seien nicht erfüllt, weil die eingereichten Zertifikate nicht gültig seien.

2. Beurteilung des Ausschlusses in materieller Hinsicht

Das Gericht hatte zuerst darüber zu entscheiden, ob es sich beim verlangten Eignungsnachweis eines gültigen Qualitätsmanagement-Zertifikats um ein sachgerechtes und damit zulässiges Eignungskriterium handelt. Das Gericht bejahte dies aufgrund der Grösse und Komplexität des ausgeschriebenen Strassenbauprojekts und

29 EuGH C-15/13, 08.05.2013, TU Hamburg-Harburg, Rn. 34; EuGH C-386/11, 13.06.2013, Piepenbrock, Rn. 36 ff.; EuGH C-159/11, 19.12.2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Rn. 34 ff.

30 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

31 Vgl. die in Fn 29 angegebenen Urteile.

32 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

33 Vgl. dazu POLTIER (Fn. 4), Rz. 203 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1298 ff.; TRÜEB (Fn. 4), Art. 5 BöB N 25.

34 Vgl. Fn. 29; Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU.

zufolge des Umstands, dass es sich um keine unnötig hohe Anforderung handle. Inhaltlich kam das Gericht (entsprechend der Vergabestelle) zum Schluss, dass im Zeitpunkt der Angebots-eingabe keine gültigen Zertifikate und auch keine gleichwertigen Dokumente vorgelegen hätten. Demnach habe die Vergabestelle ihr Ermessen nicht überschritten und den Anbieter insoweit zu Recht ausgeschlossen.

3. Beurteilung des Ausschlusses in formeller Hinsicht

Das Gericht prüfte weiter, ob der Ausschluss auch in formeller Hinsicht korrekt erfolgte. Dabei stellte es gravierende Mängel im Verfahren fest, welche zur Aufhebung der Ausschlussverfügung führten:

Die Vergabestelle hatte dem ausgeschlossenen Anbieter anlässlich einer Besprechung vom 13. Juni 2014 die Möglichkeit eingeräumt, das noch fehlende Qualitätsmanagement-Zertifikat bis zum 20. Dezember 2014 einzureichen, sofern dieser Anbieter den Zuschlag erhalten sollte. Am 26. Juni 2014 verfügte die Vergabestelle den Zuschlag und teilte dies zwar dem berücksichtigten und den nicht berücksichtigten Anbietern mit, nicht aber dem ausgeschlossenen Anbieter. Am 30. Juni 2014 teilte die Vergabestelle dem ausgeschlossenen Anbieter dessen Ausschluss mit. Mit E-Mail vom 10. Juli 2014 informierte die Vergabestelle den ausgeschlossenen Anbieter sodann darüber, dass die Zuschlags- und Ausschlussverfügungen gleichzeitig am 26. Juni 2014 zugestellt worden seien.

Das Gericht beurteilte das Vorgehen der Vergabestelle als intransparent und widersprüchlich, weil sie in offensichtlichem Widerspruch zu einer Zusage gehandelt habe. Zudem entspreche der nach erfolgtem Zuschlag verfügte Ausschluss weder der Logik eines nachvollziehbaren Verfahrensablaufs noch den Geboten der Transparenz und des widerspruchsfreien Verfahrens. Das Gericht konnte nicht ausschließen, dass die Vergabestelle bei der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags sachfremde Motive hat einfließen lassen. Weil das Verfahren dadurch nicht mehr

transparent war, beurteilte das Gericht das Vorgehen als widersprüchlich und als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Das Gericht betonte, dass eine Missachtung des Transparenzgebots durch die Vergabestelle Folgen haben müsse. Es verwies auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Zuschlag aufgehoben werden müsse, wenn die Zuschlagsbehörde nicht darlegen könne,

dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermöchte.

4. Konsequenz

Das Gericht hob somit wegen formeller Verfahrensfehler sowohl den Entscheid über den Ausschluss des Anbieters als auch den Zuschlagsentscheid auf und wies die Sache an die Vergabestelle zur Neuausschreibung zurück.

II. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2014.00434 vom 29. Januar 2015

1. Ausgangslage

Im vorliegenden Vergabeverfahren hatte der spätere Beschwerdeführer selber kein Angebot eingereicht. Das Gericht verzichtete aber aufgrund der konkreten Umstände ausnahmsweise auf das Erfordernis der Anbieterqualität für die Beschwerdelegitimation und trat auf die Beschwerde ein.

2. Qualifikation des Verfahrens

Das Gericht erinnerte daran, dass die Vergabestelle freiwillig ein höherstufiges Vergabeverfahren durchführen könne. Wähle die Vergabestelle aber ein solches, müsse sie die entsprechenden Vorschriften einhalten. Dies hatte die Vergabestelle nicht getan:

Das Gericht hatte vorerst das von der Vergabestelle durchgeführte Verfahren zu qualifizieren. Dabei stützte es sich auf das effektiv durchgeführte Verfahren und die den Interessenten übermittelten Informationen, insbesondere die Ausschreibungsunterlagen. Als unbeachtlich beurteilte es dabei, dass die Vergabestelle die Leistung freihändig vergeben wollte: „[...] ein Einladungsverfahren (wird) nicht zum Frei-

handverfahren [...], nur weil die Regeln des Einladungsverfahrens verletzt werden. [...]“. Damit qualifizierte das Gericht das durchgeführte Verfahren als Einladungsverfahren. Dessen Regeln seien in derart schwerwiegender Weise missachtet worden, dass das Verfahren wiederholt werden müsse.

3. Wiederholung des Verfahrens

Das Gericht hält fest, dass die Vergabestelle in diesem Fall das Verfahren in der einmal gewählten Verfahrensart zu wiederholen habe. Vorliegend müsse die Vergabestelle somit für die fragliche Beschaffung ein Einladungsverfahren durchführen.

Zugleich betont das Gericht, dass die Vergabestelle im zu wiederholenden Einladungsverfahren den ursprünglich unterliegenden Anbieter auch im neuen Verfahren einladen müsse, zumal dieser Anbieter mit seiner Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens erwirkt habe. Von diesem Grundsatz könne nur in seltenen begründeten Fällen abgewichen werden, was im vorliegend zu beurteilenden Verfahren nicht der Fall sei.