

B 2.8	<b>2. Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz / Expertise du 1<sup>er</sup> décembre 2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet «eOperations Schweiz»</b>
-------	---

*Gestützt auf eine Anfrage des Bundesamts für Justiz hat die WEKO ein binnenmarktrechtliches Gutachten gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) erstellt. Das Gutachten stützt sich auf den nicht publizierten Bericht „Priorisiertes E-Government Vorhaben B1.15, Entwurf Schlussbericht“, der gegenüber dem publizierten Schlussbericht des Bundesamts für Justiz Abweichungen enthalten kann.*

*Der genannte Bericht enthält ein Konzept für die Schaffung einer Organisation (eOperations Schweiz genannt), die durch Bund und Kantone getragen würde und die Bund, Kantone und Gemeinden bei der Erarbeitung, Umsetzung und im Betrieb von E-Government-Lösungen unterstützen soll. Die Organisation würde die von ihr benötigten Leistungen gemäss Beschaffungsrecht beschaffen, während die Gemeinweisen, für die beschafft wird, Leistungen von der Organisation eOperations Schweiz vergaberechtsfrei beziehen können sollten.*

*Im Gutachten wird die Frage geprüft, ob Gemeinden und Kantone, von denen nicht alle an eOperations beteiligt sein sollen, gestützt auf das sogenannte Quasi-in-house- oder das In-state-Privileg bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen dürfen, ohne gegen Art. 5 BGBM zu verstossen. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass dies unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen möglich ist.*

\*\*\*

*À la suite d'une demande de l'Office fédéral de la justice, la COMCO a procédé à une expertise (au sens de l'art. 10 al. 1 de la Loi fédérale sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]) sur la conformité d'un projet au droit du marché intérieur. L'expertise se fonde sur un rapport non publié intitulé «Priorisiertes E-Government Vorhaben B1.15, Entwurf Schlussbericht» qui peut différer de la version du rapport publiée par l'Office fédéral de la justice.*

*Ledit rapport présente un concept pour la création d'une organisation (appelé «eOperations Schweiz») qui serait supportée par la Confédération et les cantons et dont le but serait de soutenir la Confédération, les cantons et les communes dans l'acquisition, la mise en place et l'exploitation de solutions d'Administration électronique («e-gouvernance»). Cette organisation se procurerait les prestations nécessaires conformément au droit des marchés publics, alors que les pouvoirs publics pour lesquels les achats sont effectués ne devraient pas avoir à appliquer le droit des marchés publics pour obtenir des prestations de la part de «eOperations Schweiz».*

*L'expertise examine la question de savoir si des communes et des cantons qui ne participeraient pas à «eOperations Schweiz» pourraient recourir aux privilèges dits «quasi In-House» ou «In-State» afin de pouvoir lui acheter des prestations en n'étant pas soumis au droit des marchés publics, sans violer l'art. 5 LMI. L'expertise arrive à la conclusion que cela est possible moyennant le respect de conditions bien précises.*

\*\*\*

## 1 Ausgangslage

1. Mit Schreiben vom 20. August 2014 hat sich das Bundesamt für Justiz (nachfolgend BJ) an das Kompetenzzentrum Binnenmarkt der Wettbewerbskommission (WEKO) gewandt und darum gebeten, das E-Government Projekt „eOperations Schweiz, Organisation und Finanzierung gemeinschaftlich genutzter E-Government Lösungen“ auf seine Konformität mit dem BGBM<sup>1</sup> zu prüfen.

2. Mit dem Projekt eOperations Schweiz soll eine von Bund und Kantonen gemeinsam getragene Organisation mit eigener – dem öffentlichen Recht unterstehenden – Rechtspersönlichkeit ins Leben gerufen werden, die als Dienstleisterin zugunsten von Verwaltungen aller föderalen Ebenen auftritt. Die Organisation eOperations Schweiz (nachfolgend eOperations) soll behördenübergreifende E-Government Lösungen (z.B. eVoting) unterstützen und hierfür kooperativ zu nutzende Lösungen als Projektleiterin beschaffen und in der Folge auch betreiben und betreuen können.

3. Das Projekt soll so konzipiert sein, dass die öffentlichen Kunden (Bund, Kantone, Gemeinden) vergaberechtsfrei Leistungen bei eOperations beschaffen können und eOperations ihre eigenen Einkäufe sowie Beschaffungen für ihre öffentlichen Kunden gemäss dem Vergaberecht öffentlich ausschreibt. Im Zentrum steht die Frage, ob das Projekt des BJ mit den Vergaberechtsbestimmungen von Art. 5 BGBM vereinbar ist.

### 1.1 Zuständigkeit

4. Die WEKO und ihr Sekretariat überwachen die Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO kann zu diesem Zweck Untersuchungen durchführen, Empfehlungen abgeben, Gutachten

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

ten erstellen und unter gewissen Umständen Beschwerden führen.<sup>2</sup> Die WEKO erstattet dem BJ ihre rechtliche Beurteilung vorliegend als Gutachten (Art. 10 Abs. 1 BGBM).

5. Das BGBM besteht im Wesentlichen aus drei Pfeilern, namentlich den interkantonalen Marktzugangsregeln (Art. 2 Abs. 1–5 und Art. 4 BGBM), den Regeln über den Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM) sowie den Regeln über den Zugang zu kantonalen und kommunalen Monopolmärkten (Art. 2 Abs. 7 BGBM).<sup>3</sup>

6. Im Bereich der öffentlichen Beschaffung gilt das BGBM einzig für Kantone, Gemeinden sowie kantonale und kommunale Träger von öffentlichen Aufgaben. Die Bundesbeschaffung ist vom Geltungsbereich des BGBM nicht erfasst. Entsprechend kann die WEKO auch nur die Einhaltung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsregeln durch Kantone und Gemeinden überwachen und diesbezüglich Gutachten erstatten.

## 1.2 Darstellung des Projekts eOperations

7. Mit Beschluss des Bundesrates vom 29. August 2012 hat das EJPD den Auftrag erhalten, mit weiteren Bundesämtern und Kantonen das Interesse am Aufbau einer Organisation für die organisatorische, finanzielle und betriebliche Abwicklung von gemeinschaftlich genutzten IT-Lösungen über die föderalen Ebenen hinweg zu prüfen. Die Abklärung hat ergeben, dass ein Interesse vorhanden ist. Daraufhin wurde das Projekt eOperations entwickelt. Nachfolgend werden die relevanten Eckpunkte des Projekts kurz dargestellt.

### 1.2.1 Rechtsform

8. Im Bericht zum Projekt eOperations werden verschiedene Möglichkeiten der Rechtsform geprüft (Einheit mit oder ohne Rechtspersönlichkeit; privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Form; Körperschaft oder Anstalt)<sup>4</sup>. Voraussichtlich wird die Organisation eOperations mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet und öffentlich-rechtlich organisiert.

9. Ob dies in Form einer Körperschaft (Fokus Mitglieder) oder einer Anstalt (Fokus Benutzer) geschehen soll, ist nicht abschliessend geklärt, wobei die Form der Anstalt favorisiert zu werden scheint.<sup>5</sup> Die Wahl der Rechtsform hat allerdings keinen Einfluss auf die binnenmarktrechtliche Analyse (siehe dazu Rz 49 und 92).

### 1.2.2 Rechtliche Grundlage

10. Die Kantone, die sich an eOperations beteiligen wollen, würden ein Konkordat abschliessen, in welchem insbesondere die Schaffung der Organisation, ihr Zweck, die Beteiligungsmöglichkeit weiterer Mitglieder wie Gemeinden sowie die Leistungsmöglichkeiten gegenüber Nicht-Trägern geregelt würden.<sup>6</sup>

11. Der Bund würde sich an eOperations bzw. am Konkordat beteiligen, indem er entweder ein Bundesgesetz erlässt, das die Beteiligung des Bundes regelt, oder indem er das Konkordat in einem Bundesbeschluss genehmigt, der dem Referendum unterliegt.

### 1.2.3 Träger

12. eOperations soll von den föderalen Ebenen gemeinsam getragen werden (Bund, Kantone).<sup>7</sup> Die Beteiligung von Gemeinden als Träger wird zwar als Möglichkeit angesprochen,<sup>8</sup> in der Folge aber aufgrund der Schwierigkeit, die Beteiligung der über 2'300 Schweizer Gemeinden zu organisieren, verworfen.<sup>9</sup> Private können nicht Träger von eOperations werden.<sup>10</sup>

13. Die Beteiligung der einzelnen Kantone ist freiwillig. Allerdings ist eOperations darauf ausgerichtet, dass sich neben dem Bund sämtliche Kantone beteiligen können bzw. sollen. Der Tabelle 11 des Berichts eOperations ist zu entnehmen, dass das angestrebte Gesamtbetriebskapital CHF 5 Mio. beträgt, von welchem 1/3 auf den Bund und 2/3 auf die Kantone entfallen soll.<sup>11</sup>

### 1.2.4 Aufgaben

14. Mit eOperations soll eine national agierende Organisation gegründet werden, die die operative Umsetzung von E-Government Lösungen unterstützt, die in der Folge von mehreren Gemeinwesen gemeinsam genutzt werden können. Es soll die Kooperation zwischen Verwaltungen im Bereich E-Government/IT vereinfacht und damit gefördert werden mit dem Ziel, die Kosten der Verwaltung bei der Entwicklung und dem Betrieb von IT-Lösungen erheblich zu senken.<sup>12</sup> Es geht darum, das Prinzip „einmal entwickeln – mehrmals anwenden“ zu realisieren.

15. eOperations erbringt für Gemeinwesen insbesondere folgende Dienstleistungen, die gemäss Servicevereinbarungen modular bezogen werden können:<sup>13</sup>

- Kooperationsmodelle entwickeln
- Partnermanagement zwischen Verwaltungen und externen Leistungserbringern sicherstellen
- Finanzielle Abwicklung sicherstellen (z.B. Inkasso)
- Betriebsverantwortung übernehmen und Betriebsmodelle entwickeln (mit Nutzern und Leistungserbringern)
- Entwicklungs- und Betriebsleistungen beschaffen
- Fachliche Unterstützung und Support (IT-Projektleitung, rechtliche Fragen)

16. eOperations wird einzig gestützt auf einen Auftrag aktiv werden und mit den jeweils beteiligten Verwaltungen pro Vorhaben eine Vereinbarung für die Umsetzung

<sup>2</sup> NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 ff., 182 f. (nachfolgend DIEBOLD Beschwerdelegitimation).

<sup>3</sup> NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 I, 219 ff., 224 (nachfolgend DIEBOLD Ausschreibung).

<sup>4</sup> Bericht eOperations, S. 46 f.

<sup>5</sup> Bericht eOperations, S. 5 und 60.

<sup>6</sup> Bericht eOperations, S. 47 f.

<sup>7</sup> Bericht eOperations, S. 46 und 57 sowie Tabelle 6.

<sup>8</sup> Bericht eOperations, S. 49.

<sup>9</sup> Bericht eOperations, S. 59, 63, 73.

<sup>10</sup> Bericht eOperations, S. 61.

<sup>11</sup> Bericht eOperations, S. 72.

<sup>12</sup> Bericht eOperations, S. 5.

<sup>13</sup> Bericht eOperations, S. 62.

abschliessen (für jedes Vorhaben entsteht eine sogenannte Serviceorganisation).<sup>14</sup> Sie wird dabei die Projektleitung für die Beschaffung aber auch für den Betrieb von Systemen übernehmen können. Es wird klar getrennt zwischen der Finanzierung der Organisation eOperations als solcher und der Finanzierung der einzelnen Vorhaben.

17. Für den Betrieb und die Weiterentwicklung einer jeweiligen Lösung soll eOperations als Vergabestelle für die jeweiligen Serviceorganisationen dienen. Dienstleistungen in den Bereichen IT-Entwicklung und Betrieb sollen von eOperations im Normalfall von externen IT-Anbietern beschafft werden. Im betrieblichen Bereich soll eOperations als Bindeglied zwischen Auftraggebern und IT-Anbietern auftreten und sicherstellen, dass die Anforderungen der Nutzer erfüllt und zu wirtschaftlichen Konditionen erbracht werden. Hierfür wird eOperations die entsprechenden Verträge mit den Lieferanten abschliessen.

18. eOperations ist nicht gewinnorientiert<sup>15</sup> und erlegt sich selbst ein „Verbot der Marktteilnahme“ auf, indem festgehalten wird, dass keine Leistungen am Markt, sondern nur und ausschliesslich für staatliche Stellen erbracht werden sollen.<sup>16</sup>

### 1.2.5 Organisation

19. eOperations wird über vier Organe verfügen:<sup>17</sup> Die Trägerversammlung, die strategische Führung, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle.

20. Die Trägerversammlung wird aus zehn Bundesvertretern und je zwei Vertretern pro unterzeichnenden Kanton bestehen. Sie hat unter anderem die Aufgaben, die strategische Führung zu wählen, über die Gewinnverwendung zu entscheiden, das Organisationsreglement zu verabschieden und über die Aufnahme neuer Träger zu entscheiden.

21. Die strategische Führung besteht aus fünf – aufgrund von fachlichen Kriterien – von der Trägerversammlung gewählten Mitgliedern. Insgesamt soll die Rolle der strategischen Führung jener eines Verwaltungsrates entsprechen.

22. Die Geschäftsleitung wird die im Organisationsreglement umschriebenen Aufgaben übernehmen, insbesondere die Geschäftsführung.

23. Zusätzlich wird es für jedes einzelne Vorhaben sogenannte Serviceorganisationen geben, welche auf einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Auftraggebern beruhen (siehe dazu auch Rz 16).

24. Die nachfolgende Abbildung zeigt die geplante Organisation von eOperations:

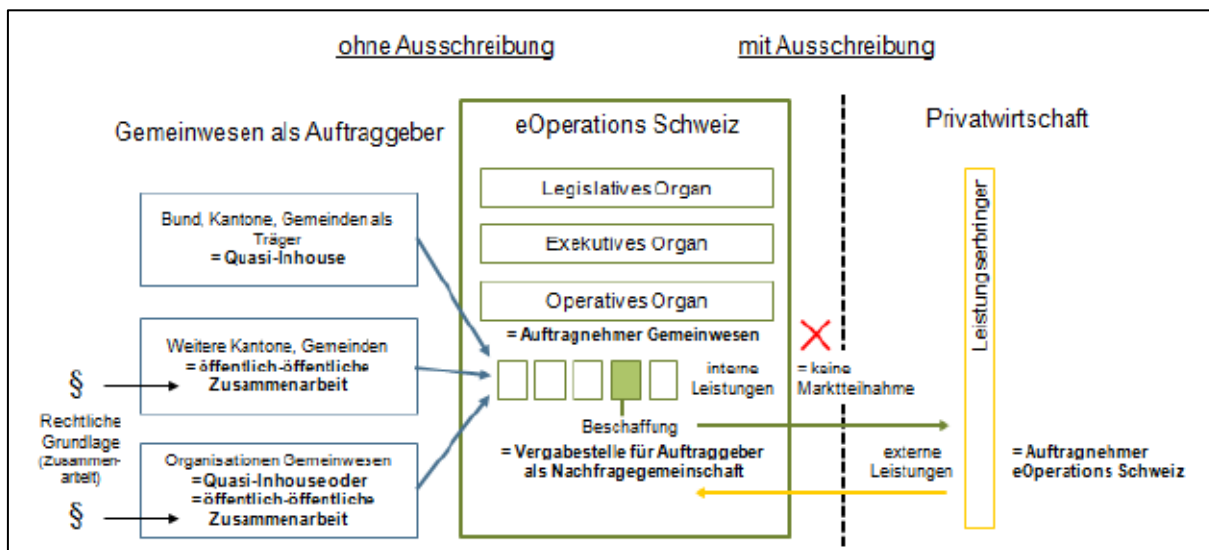


Abbildung 13 des Berichts eOperations (S. 50): Beschaffungsrechtliche Überlegungen zu eOperations

### 1.2.6 Auftraggeber bzw. Kunden

25. eOperations dient der Zusammenarbeit zwischen Gemeinwesen und wird keine Leistungen am Markt, d.h. für Private erbringen. Als denkbare Auftraggeber bzw. Kunden von eOperations werden genannt:<sup>18</sup>

- Gemeinwesen, die gleichzeitig Träger (Mitglied) von eOperations sind (d.h. Bund und Kantone);
- Gemeinwesen, die nicht Träger (Mitglied) von eOperations sind (Kantone, Gemeinden);
- Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen).

### 1.3 Binnenmarktrechtliche Vergaberegeln

26. Wie oben dargelegt, besteht das BGBM aus drei Pfeilern (Rz 5): den interkantonalen Marktzugangsregeln

<sup>14</sup> Bericht eOperations, S. 65.

<sup>15</sup> Bericht eOperations, S. 6, 50, 62.

<sup>16</sup> Bericht eOperations, S. 51.

<sup>17</sup> Bericht eOperations, S. 63.

<sup>18</sup> Bericht eOperations, S. 49.

(Art. 2 Abs. 1–5 und Art. 4 BGBM), dem Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM) und dem Zugang zu kantonalen und kommunalen Monopolemärkten (Art. 2 Abs. 7 BGBM). Alle drei Pfeiler enthalten zumindest teilweise Vergaberegeln<sup>19</sup>, wobei vorliegend nur die beschaffungsrechtlichen Vergaberegeln gemäss Art. 5 BGBM von Interesse sind, da es weder um eine Frage des Marktzugangs gemäss Art. 2 Abs. 1–5 BGBM noch um die Erteilung einer Konzession nach Art. 2 Abs. 7 BGBM geht.

27. Wie bereits erwähnt, sind öffentliche Beschaffungen des Bundes vom Geltungsbereich des BGBM aufgenommen. Auf Kantons- und Gemeindeebene verankert Art. 5 Abs. 1 BGBM den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen. Abs. 2 von Art. 5 BGBM bringt den beschaffungsrechtlichen Grundsatz des Transparenzgebotes zum Ausdruck und beinhaltet die Pflicht der Vergabestelle, öffentliche Aufträge sowie sämtliche Kriterien, nach denen ein öffentlicher Auftrag vergeben werden soll, zu umschreiben und zu publizieren.<sup>20</sup> Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)<sup>21</sup> sowie die kantonalen Beschaffungsrechte setzen diese Mindestanforderungen des BGBM im Bereich der öffentlichen Beschaffung auf kantonaler Ebene um.

28. Das BGBM legt also fest, welche Mindeststandards die Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben bei der Durchführung von „öffentlichen Beschaffungen“ bzw. bei „öffentlichen Einkäufen, Dienstleistungen und Bauten“ zu beachten haben. Schreibt somit ein Kanton oder eine Gemeinde einen Leistungsbezug im Geltungsbereich des BGBM nicht öffentlich aus, verletzt dies vorbehaltlich eines Ausnahmegrundes von Art. 3 Abs. 1 BGBM den Grundsatz in Art. 5 BGBM.

29. Die WEKO legt die binnenmarktrechtlichen Grundsätze und Begrifflichkeiten in Anlehnung an die beschaffungsrechtlichen Bestimmungen (inkl. staatsvertraglicher Verpflichtungen) und die dazu bestehende Praxis aus.<sup>22</sup>

30. Dementsprechend ist der subjektive und objektive Geltungsbereich von Art. 5 BGBM im Kontext mit dem internationalen und interkantonalen Beschaffungsrecht auszulegen. In diesem Sinne hat die WEKO unter Beachtung von Art. 8 IVöB festgehalten, dass neben den Kantonen und Gemeinden die weiteren Träger kantonalen und kommunaler Aufgaben nur insofern Art. 5 BGBM unterstehen, als sie nicht kommerziell oder industriell tätig sind.<sup>23</sup> Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts legt fest, welche Geschäfte es sind, die von den subjektiv unterstellten Auftraggebern in vergaberechtlich geordneten Verfahren vergeben werden müssen.<sup>24</sup> Ein solches Geschäft wird als öffentlicher Auftrag bzw. öffentliche Beschaffung bezeichnet. Im GPA<sup>25</sup> und in der IVöB werden die Begriffe des öffentlichen Auftrags<sup>26</sup> oder der öffentlichen Beschaffung zwar verwendet bzw. vorausgesetzt, eine Definition dieser Begriffe findet sich im schweizerischen Vergaberecht aber nicht.<sup>27</sup> Zum objektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM hat die WEKO festgehalten, dass eine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (privaten)<sup>28</sup> Leistungserbringer ein Vertrag über die Beschaffung von Lieferungen, Bauarbeiten oder

Dienstleistungen gegen einen vom Staat zu bezahlenden Preis geschlossen wird.<sup>29</sup>

31. Gewisse Leistungsflüsse, die entgegen der vorstehenden Ausführungen zwischen zwei staatlichen Akteuren erfolgen, gelten demnach beschaffungsrechtlich nicht als öffentliche Beschaffungen und sind unter gewissen Voraussetzungen als Ausnahmetatbestände vom beschaffungsrechtlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen. Die Ausnahmetatbestände, die für das vorliegende Gutachten von Interesse sind, werden nachfolgend losgelöst von konkreten Rechtsquellen kurz dargestellt, um die Begrifflichkeiten zu klären.

### 1.3.1 In-house-Ausnahme

32. Als In-house-Ausnahme gilt eine Beschaffung innerhalb einer einzigen juristischen Person (z.B. das Amt A übernimmt für alle Ämter desselben Gemeinwesens die Reinigungsarbeiten der Verwaltungsgebäude). Diese Ausnahme kommt vorliegend klarerweise nicht zur Anwendung, weil eOperations eine eigene, von ihren öffentlichen Kunden unabhängige juristische Person ist. Die In-house-Ausnahme wird deshalb vorliegend nicht weiter geprüft.

### 1.3.2 Quasi-in-house-Ausnahme

33. Als Quasi-in-house-Ausnahme gilt eine Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen juristischen Person, über die er alleine die Kontrolle innehat und die im Wesentlichen für ihn tätig ist (d.h. nur in geringem Mass für andere, keine Kontrolle innehabenden Kunden, welche öffentlich oder privat sein können). Als Wesentlichkeitserfordernis hat sich in der europäischen Praxis ein minimaler Anteil des Umsatzes von 80 % ergeben, der mit Tätigkeiten für den kontrollierenden Auftraggeber erzielt werden muss.

34. Eine Unterart der Quasi-in-house-Ausnahme ist die Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen juristischen Person, über die er gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern die Kontrolle innehat

<sup>19</sup> DIEBOLD Ausschreibung (Fn 3), 224 ff.

<sup>20</sup> DIEBOLD Beschwerdelegitimation (Fn 2), 180.

<sup>21</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; abrufbar unter: [www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch) >Konkordate >IVöB.

<sup>22</sup> RPW 2014/2, 443 Rz 10 ff., *Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts* (Art. 5 BGBM) (nachfolgend *Empfehlung VRSG*).

<sup>23</sup> *Empfehlung VRSG* (Fn 22), 444 f. Rz 18.

<sup>24</sup> MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, 269, Rz 602 (nachfolgend *BEYELER Geltungsanspruch*).

<sup>25</sup> *Government Procurement Agreement GPA / Accord sur les marchés publics* du 15.4.1994, SR 0.632.231.422; die Anhänge sind abrufbar unter: [www.wto.org](http://www.wto.org) >Trade topics >Government procurement >GPA 1994 (die Annex' 1 – 5 finden sich unter >Coverage schedules).

<sup>26</sup> Zur Verwendung des Begriffs des öffentlichen Auftrags siehe Art. 6 Abs. 2 IVöB, zu jenem der öffentlichen Beschaffung siehe Art. 1 Abs. 1 IVöB.

<sup>27</sup> Vgl. BEYELER *Geltungsanspruch* (Fn 24), 269, Rz 605 und 273, Rz 615 (m.w.H. auf Art. I Abs. 2 und Art. II Abs. 2 GPA, in welchen sich einzelne Hinweise zur Definition finden).

<sup>28</sup> BEYELER spricht vom kommerziell motivierten Wettbewerbsteilnehmer, BEYELER *Geltungsanspruch* (Fn 24), 269, Rz 603.

<sup>29</sup> *Empfehlung VRSG* (Fn 22), 443 Rz 10; EVELYNE CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds), *CR Concurrence* 2013, LMI 5 N 56 m.w.H.; DIEBOLD *Ausschreibung* (Fn 3), 223.

und die im Wesentlichen für die kontrollierenden Auftraggeber tätig ist (d.h. nur in geringem Mass für andere, keine Kontrolle innehabenden Kunden, welche öffentlich oder privat sein können).

35. Das BJ erwähnt lediglich die Voraussetzungen einer Quasi-in-house-Vergabe<sup>30</sup> und sagt dazu, dass erst noch geregelt werden müsse, ob eOperations auch zuhanden von weiteren, nicht kontrollierenden Trägern Leistungen erbringen soll.

### 1.3.3 In-state-Ausnahme

36. Als In-state-Ausnahme gilt eine Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen öffentlichen Organisation, über die der Auftraggeber keine Kontrolle innehat. Im Gegensatz zur In-house-Ausnahme und zur Quasi-in-house-Ausnahme haben Praxis und Lehre zur In-State-Ausnahme keine klaren und allgemein anerkannten Voraussetzungen entwickelt. Wichtig erscheint nach allen Rechtsauffassungen zumindest, dass sich an der beauftragten öffentlichen Organisation Private nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen beteiligen können und dass die beauftragte Organisation nicht bzw. nur in geringem Ausmass kommerziell für private Kunden tätig sein sollte.

37. Das BJ beruft sich auf die In-State-Ausnahme und ist der Auffassung, dass eOperations so ausgestaltet ist, dass ihre öffentlichen Kunden von dieser vergaberechtsfrei Leistungen beziehen können.

## 1.4 Fragestellung

38. Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass die Gemeinden und Kantone ihre öffentlichen Beschaffungen im Bereich der IT gestützt auf Art. 5 BGBM grundsätzlich in einem offenen Verfahren ausschreiben müssen. Vor diesem Hintergrund prüft das vorliegende Gutachten die Frage, ob Gemeinden und Kantone, von denen nicht alle an eOperations beteiligt sein sollen, gestützt auf das Quasi-in-house- oder das In-state-Privileg bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen dürfen, ohne gegen Art. 5 BGBM zu verstossen.

39. Das Gutachten stützt sich dabei auf die Prämisse, dass eOperations ihre eigenen Beschaffungen gemäss Vergaberecht tätigt und ihre Aufträge öffentlich ausschreibt.<sup>31</sup> Ferner nimmt die WEKO vorliegend keine Prüfung der Frage vor, ob eOperations überhaupt gegründet werden darf oder ob eine Staatstätigkeit in diesem Fall verfassungsrechtlich oder wettbewerbspolitisch angezeigt ist. Es wird eine rein binnenmarktrechtliche Analyse vorgenommen, welche sich an den Zielen und Bestimmungen des Vergaberechts orientiert.

40. Somit wird mit diesem Gutachten weder die Frage beantwortet, was der Staat selbst herstellen darf (alles oder nur bestimmte einer Kernaufgabe zurechenbare Leistungen) noch die Frage, wie er dies gegebenenfalls tun darf (als staatlicher Akteur ohne Gewinnstrebigkeit oder als Akteur des Marktes). Zu diesen Fragen und damit zur Tragweite von Art. 94 BV<sup>32</sup> hat das Bundesgericht unlängst entschieden, dass es dem Staat erlaubt ist, als Akteur des Marktes aufzutreten, um Leistungen zu erbringen, die keine staatlichen Kernaufgaben darstellen (in casu ging es um private Versicherungsleis-

tungen), solange durch die staatliche Leistungserbringung das private Angebot nicht geradezu verdrängt wird.<sup>33</sup>

41. Vorliegend wird einzig die Frage behandelt, ob Leistungen zwischen staatlichen Akteuren unter gewissen Voraussetzungen vergaberechtsfrei erfolgen können oder ob die Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Sollte sich zeigen, dass das Vergaberecht einzuhalten ist, würde dies nicht bedeuten, dass der Staat die Leistung nicht erbringen darf, sondern eben nur, dass die Aufträge auszuschreiben sind.

42. Der Entscheid für die Gründung von eOperations und ihrer Ausgestaltung stellen demnach einen politischen Entscheid des kantonalen bzw. eidgenössischen Gesetzgebers dar, der von der WEKO im Rahmen der vorliegenden binnenmarktrechtlichen Analyse nicht überprüft wird. Aus wettbewerbspolitischer Sicht begrüsst die WEKO jedenfalls das Ziel des Projekts eOperations, Dienstleistungen in den Bereichen IT-Entwicklung und Betrieb im Normalfall von externen IT-Anbietern zu beschaffen.<sup>34</sup>

## 2 Prüfung der Quasi-in-house Ausnahme

### 2.1 Rechtsgrundlagen

#### 2.1.1 Fehlende Rechtsgrundlage in der Schweiz

43. Weder das BGBM, noch die IVöB oder anderen Normen des Beschaffungsrechts regeln die Quasi-in-

<sup>30</sup> Bericht eOperations, S. 48 f.

<sup>31</sup> Träger von eOperations sollen zu 2/3 die Kantone und zu 1/3 der Bund werden. Sowohl gestützt auf das GPA als auch gestützt auf die IVöB (siehe dazu Art. 8 Abs. 1 und 2 IVöB) gilt eOperations als öffentliche Auftraggeberin; da die Kantone die Mehrheit kontrollieren, untersteht eOperations wohl dem kantonalen Beschaffungsrecht und Art. 5 BGBM. Zum selben Ergebnis führt die Anwendung des GPA (Empfehlung VRSG (Fn 22), 443 Rz 10 und 446 f. Rz 32 ff.).

<sup>32</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

<sup>33</sup> BGE 138 I 378, E. 6.2.2 (Glarnersach); in der Lehre ist dieser Entscheid auf Kritik gestossen, insbesondere weil erhebliche Zweifel am Vorliegen eines öffentlichen Interesses geäussert wurden (KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar, 2014, 3. Aufl., Art. 94 N 27). Wie sich nachfolgend zeigen wird, verfolgt eOperations durchaus öffentliche Interessen, sodass es ihr verfassungsrechtlich erlaubt sein dürfte, Leistungen an öffentliche Kunden zu erbringen, die auch auf dem Markt erhältlich sind. Siehe dazu auch GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, 2014, S. 8 f. Ziff. 2.3.2 und 2.3.3: „Vielmehr ist der Staat grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob er eine Leistung selber erbringt oder auf dem privaten Markt beschafft. Immerhin legen Zweckmässigkeitsüberlegungen und ökonomische Gesichtspunkte nahe, das jeweils effizienteste und effektivste Vorgehen zu wählen.“ Zu Leistungen an fremde Verwaltungen ist zudem zu lesen: „Auch wenn man davon ausgeht, dass verwaltungsübergreifende administrative Hilfstätigkeiten die Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich nicht tangieren, verändern die Aussenwirkungen doch ihren Charakter und damit auch die rechtsstaatlichen Anforderungen an diese. Sie müssen jedenfalls denjenigen Verfassungsprinzipien entsprechen, welche für (selbständige) staatliche Tätigkeiten im Allgemeinen gelten. Gefordert ist insbesondere eine gesetzliche Grundlage. (...) Falls Verwaltungseinheiten des Bundes auch für kantonale Stellen administrative Hilfstätigkeiten ausüben, ist zusätzlich erforderlich, dass der Bund in dem betreffenden Aufgabenbereich über eine genügende Kompetenzgrundlage verfügt.“

<sup>34</sup> Bericht eOperations, S. 59.

house-Ausnahme in allgemeiner Form.<sup>35</sup> Soweit ersichtlich besteht auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zum Quasi-in-house-Tatbestand. Immerhin liegen einige Urteile von kantonalen Verwaltungsgerichten vor, welche die Quasi-in-house-Ausnahme anerkennen<sup>36</sup> und dabei auf die Rechtsprechung des EuGH abstellen. Grundsätzlich wird eine Übernahme und Anwendung der EuGH-Praxis zu den Quasi-in-house-Vergaben befürwortet, „da das schweizerische und das europäische Vergaberecht im Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung des Gebarens öffentlicher Auftraggeber auf denselben Gedanken, Anliegen und Regelungszwecken beruhen“.<sup>37</sup>

44. Gestützt auf dieselben Überlegungen hat auch die WEKO den Quasi-in-house-Tatbestand anerkannt und stellt für dessen Voraussetzungen auf die Rechtsprechung des EuGH ab.<sup>38</sup>

### 2.1.2 Rechtslage de lege ferenda

45. Das revidierte GPA (GPA 2012)<sup>39</sup> wurde von der Schweiz bereits unterzeichnet aber noch nicht ratifiziert. Darin ist kein Quasi-in-house-Tatbestand aber dafür ein sehr weitreichender In-state-Tatbestand als Ausnahme vom Anwendungsbereich des Abkommens vorgesehen. Unabhängig von jedem Kontroll- oder Tätigkeitserfordernis ist das GPA 2012 nicht anwendbar, sofern der Auftragnehmer ebenfalls subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht.<sup>40</sup> Ungeachtet dieser Regelung steht es der Schweiz indessen frei, für den Binnenmarkt Schweiz strengere Voraussetzungen für sämtliche In-house-/in-state-Tatbestände zu formulieren und so innerstaatlich mehr Wettbewerb zu schaffen.

46. Der Entwurf für eine revidierte IVöB (E-IVöB) sieht je eine Ausnahmeregelung für die In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Tatbestände vor.<sup>41</sup> Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB soll ein Bezug von Leistungen nicht öffentlich ausgeschrieben werden müssen, wenn die Leistungen von öffentlichen Unternehmen stammen, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen (Quasi-in-house). In den Erläuterungen wird dabei explizit auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen. Es wird allerdings betont, dass für die kantonalen Gesetzgeber eine GPA-konforme Kodifikation der Teckal-Praxis<sup>42</sup> im Vordergrund steht und nicht notwendigerweise eine dynamische Übernahme der EuGH-Praxis erfolgen soll. Für das Wesentlichkeitserfordernis wird dabei wie in der EU auf das Minimum von 80 % des Umsatzes mit Leistungen an den kontrollierenden Auftraggeber abgestellt, allerdings mit dem Verweis auf das GPA.<sup>43</sup>

47. Zusammenfassend zeigt sich, dass die kantonalen Gesetzgeber unter Einhaltung der Bestimmungen des GPA 2012 planen, de lege ferenda eine Quasi-in-state-Ausnahme zu schaffen, die der nachfolgend dargestellten EU-Rechtslage entsprechen soll.

### 2.1.3 Rechtslage in der EU

48. Der Ausnahmetatbestand der Quasi-in-house-Ausnahme wurde vom EuGH mit dem Teckal-Urteil von 1999 geschaffen.<sup>44</sup> Die Voraussetzungen haben sich in der Folge weiterentwickelt und können mittlerweile als

gefestigt bezeichnet werden.<sup>45</sup> Eine Quasi-in-house Beschaffung liegt dann vor,

1. wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der unter der Kontrolle öffentlicher Auftraggeber steht (Kontrollerfordernis) und
2. wenn der Leistungserbringer im Wesentlichen für den ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig ist (Tätigkeitserfordernis).<sup>46</sup>

49. Das Kontrollerfordernis ist – unabhängig von der Rechtsform des Leistungserbringers – erfüllt, wenn der Auftraggeber den Leistungserbringer effektiv und ausschlaggebend beeinflussen kann und wenn kein Privater direkt oder indirekt am Leistungserbringer beteiligt ist.<sup>47</sup>

<sup>35</sup> Siehe immerhin die Notes relatives zu Anhang I, Annex 4, Ziff. 2 GPA, in welchem Dienstleistungen dem Anwendungsbereich des GPA entzogen werden gestützt auf Voraussetzungen, die mit den Quasi-in-house-Kriterien der EU vergleichbar sind (wobei zur Form einer notwendigen Kontrolle nichts gesagt wird; in Bezug auf das Tätigkeitserfordernis ist ein Mindestumsatz von 80 % mit Leistungen zuhanden des mit der leistungserbringenden Einheit verbundenen öffentlichen Auftraggebers erforderlich).

<sup>36</sup> Siehe z.B. VGer VD MBU.2010.0008, E. 6 b m.w.H. („Or, il ne s'agit pas ici d'adjudger un marché „in-house“, exempté de la législation sur les marchés publics en raison de la neutralité sur le plan de la concurrence, par lequel un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration.“); VGer ZH VB.2008.00194, E. 4.5 („Die EG-Vergaberichtlinien und die Rechtsprechung des EuGH hierzu sind für die rechtsanwendenden Schweizer Behörden zwar nicht verbindlich; dennoch ist es zweckmässig, das bereits entwickelte EG-Vergaberecht als Inspirationsquelle heranzuziehen und eine gewisse Einheitlichkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht anzustreben.“).

<sup>37</sup> VGer AG WBE.2012.159.01.07.2013 E. 2.1. i.f. mit Verweis auf BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 640, Rz 1228.

<sup>38</sup> Empfehlung VRSG (Fn 22), 443 Rz 10; WEKO-Gutachten vom 22.2.2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, 348 Rz 46.

<sup>39</sup> Der Vertragstext des GPA 2012 ist abrufbar unter: [www.wto.org](http://www.wto.org) >Trade topics >Government procurement >Revised GPA.

<sup>40</sup> GPA 2012, Anhang I, Annex 7, B, Ziff. 1.

<sup>41</sup> Siehe dazu Art. 11 Abs. 3 Entwurf IVöB (E-IVöB). Der Entwurf und die dazugehörigen Erläuterungen sind abrufbar unter: [www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch) >Konkordate >IVöB >E-IVöB.

<sup>42</sup> Urteil des EuGH vom 18.11.1999 (C-107/98; Teckal); Zusammenfassung: Eine italienische Gemeinde beauftragte ein Gemeindekonsortium (zu welchem auch sie selbst gehörte) mit dem Betrieb der Heizungsanlagen in bestimmten Gemeindeimmobilien, ohne diesen Auftrag öffentlich auszuschreiben. Das private Unternehmen Teckal setzte sich gegen diese Vergabe zur Wehr. Der EuGH prüft, ob ein öffentlicher Auftrag vorliege, wofür ein Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen werden müsse. In einem einzigen, abschliessenden Satz ohne Begründung legt der EuGH in der Folge die Voraussetzungen für die später als Quasi-in-house-Vergabe bezeichnete Ausnahme fest: „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“

<sup>43</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 18.9.2014, S. 20.

<sup>44</sup> Urteil des EuGH vom 18.11.1999 (C-107/98; Teckal) (Fn 42), Rz 50.

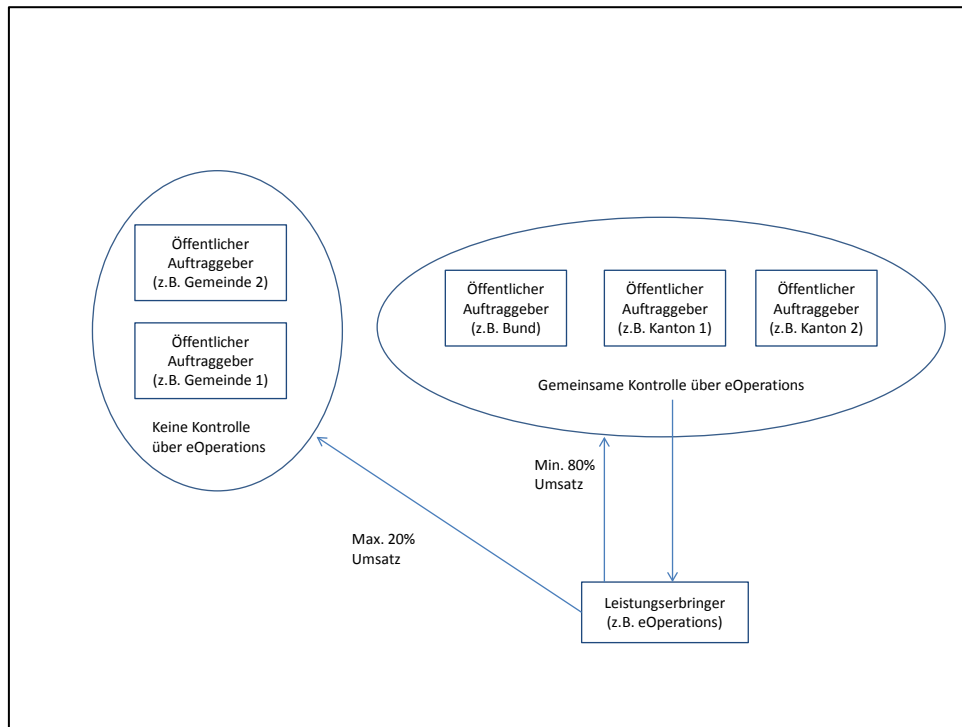
<sup>45</sup> JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Marchés „in-house“ et „quasi in-house“, in: BR/DC 1/2013, S. 28, 30.

<sup>46</sup> Vgl. BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 639 Rz 1223 m.w.H.

<sup>47</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 644 Rz 1237 und 647 Rz 1241 m.w.H.

Für die Bestimmung der Wesentlichkeit verglich der EuGH die Umsätze, die der Leistungserbringer mit Leistungen an die kontrollierenden Auftraggeber erzielte, mit den Umsätzen, die er mit Leistungen an Dritte erzielte, wobei er sich nicht auf eine fixe Quote festgelegt hat.<sup>48</sup>

Die EU hat diese Praxis in Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU (EU-Richtlinie-Auftragsvergabe)<sup>49</sup> kodifiziert und eine fixe Quote von maximal 20 % Umsatz mit Dritten festgelegt. Diese Rechtslage lässt sich graphisch wie folgt darstellen:



Grafik des Sekretariats

50. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass diese Praxis zur Quasi-in-house-Ausnahme durchaus in der Schweiz angewendet werden könne, weil das europäische Vergaberecht in den grossen Linien auf denselben Gedanken beruhe, insbesondere was das Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung von Handlungen öffentlicher Auftraggeber anbelangt.<sup>50</sup>

51. Trotz der möglichen Anwendbarkeit in der Schweiz wird in der Literatur auch Kritik an den Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme gemäss EU-Praxis geübt. Diese Kritik besteht darin, dass die Voraussetzungen der EU-Praxis letztlich nicht ganz konsistent sind, insbesondere was das Kriterium der Kontrolle anbelangt.<sup>51</sup> Denn einerseits ist die gemeinsame Kontrolle durch öffentliche Auftraggeber – selbst wenn Minderheitsbeteiligte eigentlich selbst gar keine Kontrolle ausüben können – möglich; andererseits wird jede Beteiligung – und sei sie noch so klein – von Privaten ausgeschlossen, selbst wenn damit eigentlich gar keine Kontrolle verbunden ist. Daraus ergebe sich, dass es entgegen dem Wortlaut der Kontrolle nicht um eine eigentlich Kontrolle über den Leistungserbringer gehe, sondern vielmehr darum, dass Leistungen ausschliesslich innerhalb der Staatssphäre fliessen („Wettbewerbsneutralität“ gemäss BEYELER).<sup>52</sup> Für die Erfüllung des *Kontrollfordernis* sei es deshalb nicht nötig, dass exakt jener Auftraggeber, der einen Auftrag vergeben wolle, am Leistungserbringer beteiligt sei; es genüge vielmehr, wenn keine Privatbeteiligung vorliege, der Leistungserbringer

also insgesamt nur von öffentlichen Auftraggebern gehalten werde.<sup>53</sup>

52. Das *Tätigkeitserfordernis* wird insofern kritisiert, als das Erfordernis des innerstaatlichen Leistungsflusses (siehe dazu nachfolgend Rz 86) an sich verlangen würde, dass ein Leistungserbringer überhaupt nicht für private Kunden (die keine öffentlichen Auftraggeber sind) tätig wird, also nicht einmal bis zu den in der EU zulässigen 20 % des Umsatzes.<sup>54</sup> Gestützt auf diese Kritik und die Entwicklung der Rechtsprechung in der EU wurden deshalb Voraussetzungen für die sogenannte In-state-Ausnahme definiert, die sich an der Frage ausrichten, ob ein bestimmter Vorgang wettbewerbsneutral ist (siehe dazu unter Rz 86 ff.).

<sup>48</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 665 Rz 1275 m.w.H.

<sup>49</sup> Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65 (nachfolgend EU-Richtlinie-Auftragsvergabe).

<sup>50</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 640 Rz 1228.

<sup>51</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 654 ff. Rz 1253 ff., 1261, 1287 ff., 1300.

<sup>52</sup> Siehe dazu nachfolgend Rz 86 ff.

<sup>53</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 657 Rz 1258.

<sup>54</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 667 Rz 1277.

53. Da sich die gefestigte EU-Praxis zum Quasi-in-house-Tatbestand weitgehend am Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre orientiert, die im Übrigen im Einklang mit der geplanten neuen Regelung des interkantonalen Beschaffungsrechts steht (Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB), wird das Projekt eOperations nachfolgend anhand der Voraussetzungen dieser EU-Praxis geprüft. Der Kritik der Schweizer Literatur, wonach es gemäss dem Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre gar nicht darauf ankomme, ob ein Leistungserbringer für seine Träger oder für Dritte aktiv wird, solange die Kunden öffentliche Auftraggeber sind, wird insofern Rechnung getragen, als dies im Rahmen der In-state-Ausnahme berücksichtigt wird. Auf den zweiten Kritikpunkt, wonach eine Quasi-in-state-Ausnahme gar nicht zulässig sein sollte, wenn der Leistungserbringer auch Leistungen an Private erbringt, muss vorliegend nicht eingegangen werden, weil eOperations dies nicht plant.

## 2.2 Beurteilung des Projekts eOperations

54. Gemäss dem Bericht eOperations<sup>55</sup> ist geplant, dass eOperations Leistungen für Bund, Kantone, Gemeinden und Organisationen des Gemeinwesens (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen)<sup>56</sup> erbringen soll. Getragen werden soll eOperations von Bund und Kantonen. Ob es weitere Träger geben wird, ist derzeit offen.

55. Sofern sämtliche Kunden von eOperations gleichzeitig auch Träger von eOperations sind, wird eOperations die oben genannten Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme erfüllen, sodass die Kunden bei dieser vergaberechtsfrei Leistungen beziehen können.

56. Die Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme wären vorliegend auch dann noch erfüllt, wenn eOperations mindestens 80 % ihres Umsatzes ausschliesslich mit den sie kontrollierenden Trägern (Bund und Kantone) und maximal 20 % ihres Umsatzes mit nicht kontrollierenden Gemeinden erzielen würde. Allerdings müssten die nicht kontrollierenden Kunden Beschaffungen bei eOperations nach dem Beschaffungsrecht vornehmen und vor der Auftragserteilung eine öffentliche Ausschreibung durchführen.

57. Überschreitet der Umsatz mit nicht kontrollierenden Gemeinden 20 %, fällt die Quasi-in-house-Ausnahme dahin und auch kontrollierende Kunden hätten nicht mehr die Möglichkeit, Aufträge vergaberechtsfrei an eOperations zu erteilen.

## 2.3 Fazit

58. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Quasi-in-house-Ausnahme für eOperations in Frage kommt. Sie hat dabei aber hohe Anforderungen an die Trägerschaft (die Kunden sind Träger) und an die Tätigkeiten (nicht mehr als 20 % des Umsatzes mit Leistungen an Nicht-Träger, wobei die nicht kontrollierenden Kunden ihre Leistungen bei eOperations nach den Regeln des Vergaberechts zu beziehen hätten) zu erfüllen. Werden diese Anforderungen nicht erfüllt, können auch die kontrollierenden öffentlichen Kunden nicht mehr vergaberechtsfrei bei eOperations beschaffen.

## 3 Prüfung der In-state Ausnahme

59. Das BJ kommt in seinem Bericht zum Schluss, dass die oben dargelegte Ausgestaltung der eOperations die Voraussetzungen der In-state-Ausnahme erfülle (siehe Rz 37). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob sämtliche öffentlichen Kunden gestützt auf die In-state Ausnahme vergaberechtsfrei bei eOperations einkaufen können.

### 3.1 Rechtsgrundlagen

#### 3.1.1 Fehlende Rechtsgrundlage in der Schweiz

60. Wie bereits die Quasi-in-house-Ausnahme ist auch die In-state-Ausnahme weder im BGBM noch in den anderen anwendbaren Grundlagen des Beschaffungsrechts geregelt.<sup>57</sup> Es muss deshalb eine Interpretation des objektiven Geltungsbereichs der in casu anwendbaren beschaffungsrechtlichen Bestimmungen vorgenommen werden (insb. GPA und IVöB). Soweit ersichtlich liegt bisher keine Schweizer Rechtsprechung zur Anwendung der In-state-Ausnahme vor. In der Schweizer Literatur wird die Anwendung der In-state-Ausnahme grundsätzlich als zulässig erachtet.<sup>58</sup>

#### 3.1.2 Rechtslage de lege ferenda

61. Das revidierte (aber von der Schweiz noch nicht ratifizierte) GPA 2012 bestimmt neu: „Le présent Accord ne couvre pas les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique.“<sup>59</sup> Diese Ausnahme vom Anwendungsbereich des GPA ist sehr weit gefasst, da jede Leistung, die ein dem GPA unterstellter Auftraggeber bei einem ebenfalls unterstellten Auftraggeber bezieht, vom Anwendungsbereich des GPA 2012 ausgenommen ist.

62. Zur Stärkung des Wettbewerbs und des Binnenmarkts kann die Schweiz innerstaatlich Ausnahmen vom Anwendungsbereich ihres eigenen Beschaffungsrechts unter strengere Voraussetzungen stellen, was im E-IVöB

<sup>55</sup> Bericht eOperations, S. 49.

<sup>56</sup> Für Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen) ist allerdings darauf hinzuweisen, dass diese als öffentlich gelten müssen, was bei Aktiengesellschaften, die zwar von Gemeinwesen gehalten werden, aber auf dem Markt aktiv sind (z.B. Kantonalbanken) nicht der Fall sein dürfte.

<sup>57</sup> Das GPA enthält immerhin eine Regel zur Quasi-in-house-Ausnahme in Bezug auf Dienstleistungen (siehe dazu Rz 35).

<sup>58</sup> ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, 123 ff. Rz 198 ff. und insb. 128 ff. Rz 203 f. (nachfolgend POLTIER Marchés); PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, 111 Rz 256 f. (diese Autoren bezeichnen die In-State-Vergabe als submissionsrechtsfrei und nennen hierzu folgendes Beispiel: „So kann beispielsweise eine Gemeinde die Informatikabteilung einer anderen Gemeinde oder des Kantons mit dem Unterhalt ihrer EDV-Infrastruktur beauftragen oder den IT-Bereich vollständig auf eine Nachbargemeinde auslagern.“); BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 593 ff. Rz 1139 ff. und insb. 671 ff Rz 1283 ff., der sich am Kriterium der „Wettbewerbsneutralität“ orientiert; ebenfalls zustimmend, aber kritisch gegenüber dem Kriterium der „Wettbewerbsneutralität“: CLERC (Fn 29), 1987 f. Rz 79, die sich für eine Beschränkung der In-state-Ausnahme auf Fälle der reinen inter-administrativen Zusammenarbeit im Sinne des Urteil des EuGH vom 6.9.2009 (C-480/06; Stadtreinigung Hamburg) (Fn 59) ausspricht.

<sup>59</sup> Annex 7, B Ziff. 1 des GPA 2012.



auch so vorgesehen ist. Die In-state-Ausnahme soll restriktiver als im GPA, aber weniger restriktiv als in der EU geregelt werden: Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB soll die Beschaffung von Leistungen von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, nicht ausgeschrieben werden, soweit die Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen.<sup>60</sup>

63. Diese Voraussetzung erfüllt eOperations, da sie ihre Leistung ausschliesslich gegenüber öffentlichen Auftraggebern und nicht auch auf dem privaten Markt erbringt.

### 3.1.3 Rechtslage in der EU

64. Wie erwähnt hat der EuGH mit seinem Entscheid Teckal im Jahr 1999<sup>61</sup> die Voraussetzungen für die Quasi-in-house Ausnahme geschaffen, wonach ein öffentlicher Auftraggeber bei einem durch ihn kontrollierten Subjekt unter gewissen Voraussetzungen vergaberechtsfrei Leistungen beschaffen darf (vgl. vorne, Rz 48). Daraus entwickelte sich später die In-state-Ausnahme, wonach öffentliche Auftraggeber bei von ihnen unabhängigen juristischen Personen, die ebenfalls öffentliche Auftraggeber sind, vergaberechtsfrei Leistungen beziehen können, obwohl sie nicht Träger dieser unabhängigen juristischen Personen sind und diese auch nicht kontrollieren.

65. Im Entscheid Stadtreinigung Hamburg<sup>62</sup> (2009) hat der EuGH erstmals entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber nicht zwingend am ebenfalls öffentlichen Leistungserbringer beteiligt sein muss, um von diesem unter gewissen Voraussetzungen vergaberechtsfrei Leistungen beziehen zu können. Im Fall Lecce<sup>63</sup> (2012) betreffend Gutachtensaufträge von öffentlichen Kunden an Universitäten hat der EuGH die In-state Ausnahme weiter präzisiert und vier kumulative Voraussetzungen definiert, die er in der Folge in mehreren Urteilen wiederholt hat (siehe nachfolgend unter Rz 70).

66. Im Urteil Lecce hatte der EuGH die Direktvergabe eines Auftrags durch ein Gemeinwesen an eine öffentliche Universität zur Abklärung der Erdbebensicherheit von Krankenhäusern zu beurteilen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass es italienischen Universitäten grundsätzlich erlaubt ist, im Wettbewerb aufzutreten und auch Privatpersonen Dienstleistungen anzubieten. Der EuGH stellte fest, dass die in Frage stehende Zusammenarbeit zu einem überwiegenden Teil Tätigkeiten umfasste, die grundsätzlich von Ingenieuren oder Architekten erbracht und keine Forschungstätigkeiten darstellen würden. Darin sei – anders als im Fall Stadtreinigung Hamburg, in welchem Auftraggeber und Auftragnehmer dieselbe öffentliche Aufgabe zu erfüllen hatten – keine öffentliche Aufgabe zu erkennen, die dem Gemeinwesen und der Universität gemeinsam obliege. Diese Rechtsprechung wurde bestätigt im Fall Unversità Pavia.<sup>64</sup> Das Erfordernis der Gemeinsamkeit der öffentlichen Aufgabe hat der EuGH allerdings nicht weiter begründet.

67. Im Fall Piepenbrock<sup>65</sup> beauftragte ein Gemeindeverband eines seiner Mitglieder mit der Reinigung von Verwaltungsgebäuden der an ihm beteiligten Gemeinden. Der Auftrag sollte durch ein vom beauftragten Mitglied

kontrollierten Reinigungsdienst ausgeführt werden. Der EuGH kam zum Schluss, dass der Auftrag nicht die Vereinbarung einer Zusammenarbeit zur Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe zum Gegenstand zu haben scheine. Weil zudem zur Erfüllung der

<sup>60</sup> Für Auftraggeber, die „Organisationen darstellen, die von Gemeinwesen getragen werden wie z.B. Vereine Aktiengesellschaften“ gemäss Bericht eOperations, S. 49 siehe die Ausführungen unter Rz 93.

<sup>61</sup> Urteil des EuGH vom 18.11.1999 (C-107/98; Teckal) (Fn 42), Rz 50.

<sup>62</sup> Urteil des EuGH vom 6.9.2009 (C-480/06; Stadtreinigung Hamburg); **Zusammenfassung:** Vier deutsche Landkreise schlossen mit der Stadtreinigung Hamburg (ebenfalls eine Körperschaft öffentlichen Rechts) einen Vertrag (ohne Ausschreibung) über die Entsorgung ihrer Abfälle in einer Müllverbrennungsanlage. Dabei verpflichtete sich die Stadtreinigung Hamburg, für die Landkreise eine bestimmte Kapazität der Müllverbrennungsanlage zur Verfügung zu stellen und die Landkreise verpflichteten sich hierfür eine Jahresvergütung zu zahlen. Hierzu hält der EuGH einleitend fest, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erbringen könne, ohne gezwungen zu sein, sich an Externe zu wenden oder eine bestimmte Rechtsform einzuhalten. Sodann verletzt die beschriebene Zusammenarbeit das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs nicht, solange die Umsetzung der Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen und kein privates Unternehmen besser gestellt wird. Eine öffentliche Ausschreibung des Vertrags sei deshalb nicht nötig.

<sup>63</sup> Urteil des EuGH vom 19.12.2012 (C-564/11; Lecce); **Zusammenfassung:** Die öffentliche Einrichtung ASL erteilte der Universität Lecce den Auftrag für die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhäuser in Lecce. ASL übt keine Kontrolle im Sinne der Quasi-in-house-Ausnahme über die Universität aus. Gemäss italienischem Gesetz sind Universitäten befugt, Forschungs- und Beratungsdienstleistungen an Private zu erbringen. Der EuGH stellte die erwähnten Voraussetzungen der In-state-Vergabe auf und erachtete diese Voraussetzungen nicht als gegeben. Zudem könnte der fragliche Vertrag zu einer Bevorzugung Privater führen, wenn zu dem hochqualifizierten externen Personal, das die Universität laut Vertrag heranziehen dürfe, Private zählen würden.

<sup>64</sup> Urteil des EuGH vom 16.5.2013 (C-564/11; Università Pavia); **Zusammenfassung:** Die Gemeinde Pavia hat der Universität Pavia den Auftrag erteilt, einen neuen Zonenplan auszuarbeiten. Die Gemeinde hat keine Kontrolle über die Universität im Sinne der Quasi-in-house-Ausnahme. Gemäss italienischem Gesetz sind Universitäten befugt, Forschungs- und Beratungsdienstleistungen an Private zu erbringen. Der EuGH prüft deshalb die Voraussetzungen der In-state-Vergabe: Ein Vertrag kommt ausschliesslich zwischen öffentlichen Einrichtungen zustande (also ohne Beteiligung von Privaten); kein Privater wird gegenüber seinen Konkurrenten privilegiert; die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Der EuGH erachtete diese Voraussetzungen nicht als gegeben, weil die in Frage stehenden Verträge zu einem überwiegenden Teil Tätigkeiten umfassten, die grundsätzlich von Ingenieuren oder Architekten erbracht würden und keine Forschungstätigkeiten darstellen würden. Deshalb scheine die Aufgabe der öffentlichen Dienstleistung, welche den Gegenstand der vorliegenden Zusammenarbeit bilde, nicht die Erfüllung einer Aufgabe einer öffentlichen Dienstleistung sicherzustellen, die den Universitäten und den Gemeinden gemeinsam sei.

<sup>65</sup> Urteil des EuGH vom 13.6.2013 (C-386/11; Piepenbrock); **Zusammenfassung:** Ein deutscher Gemeindeverband, zu dem die Stadt Dürren gehört, beauftragte – ohne öffentliche Ausschreibung – die Stadt Dürren mit der Reinigung der Gebäude der Gemeinden des Gemeindeverbands. Die Reinigungen sollten von einer Reinigungsgesellschaft erbracht werden, deren Träger die Stadt Dürren ist. Der EuGH prüft die Voraussetzungen der In-state-Ausnahme und kam zum Schluss, dass diese nicht erfüllt seien, weil der in Frage stehende Vertrag nicht die Vereinbarung einer Zusammenarbeit zwischen den beiden vertragsschliessenden öffentlichen Einrichtungen zur Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe zum Gegenstand zu haben scheine.

vorgesehenen Aufgabe auf einen Dritten zurückgegriffen werde, könnte dieser gegenüber auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden. Auch in diesem Fall begründete der EuGH dieses Ergebnis nicht. Worin das fehlende Element der In-state-Voraussetzungen besteht, wird jedenfalls nicht klar. So ist dem Urteil nicht explizit zu entnehmen, ob der EuGH die Erbringung von Hilfsleistungen (Reinigungen) nicht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betrachtet, wie sich dies aufgrund älterer Urteile allenfalls vermuten liesse.<sup>66</sup>

68. Im Entscheid Universitäten Pescara und Camerino<sup>67</sup> bestätigte der EuGH seine Rechtsprechung Lecce und Pavia zu den italienischen Universitäten.

69. Im jüngsten Entscheid des EuGH<sup>68</sup> zu diesem Thema war ein Vorhaben zu beurteilen, das jenem von e-Operations sehr ähnlich ist. Dabei prüfte der EuGH zunächst die Quasi-in-house-Ausnahme, die er aufgrund fehlender Kontrolle verwarf. In zwei Sätzen prüfte er sodann die In-state-Ausnahme, die er als nicht gegeben erachtet, weil der Auftraggeber (Universität) und der Leistungserbringer (IT-Unternehmen, vergleichbar mit eOperations) keine gemeinsamen Aufgaben erfüllen würden. Auch hier legte der EuGH nicht offen, welche Überlegungen hinter dem Erfordernis der Gemeinsamkeit der Aufgabe stehen.

70. Zusammenfassend lassen sich aus der EU-Praxis die nachfolgenden kumulativen Voraussetzungen der In-state-Vergabe entnehmen, die im Urteil Lecce<sup>69</sup> aufgestellt und auf diese in der Folge wiederholt verwiesen wurde (so auch im Fall Piepenbrock<sup>70</sup> und HIS<sup>71</sup>), wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Rechtsform des Leistungserbringers keine Rolle spielt<sup>72</sup>:

1. Es handelt sich um eine Zusammenarbeit durch welche öffentliche Einrichtungen einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbaren;
2. an der Zusammenarbeit sind ausschliesslich öffentliche Einrichtungen beteiligt (also ohne Beteiligung Privater);
3. kein privater Dienstleistungserbringer wird besser gestellt als seine Wettbewerber und
4. die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

71. Aus der zitierten Praxis ergibt sich nicht (zumindest nicht explizit),

- dass die Herstellung von Hilfsleistungen grundsätzlich nicht unter die In-state-Ausnahme fallen kann;
- dass unter dem Titel der In-state-Ausnahme keine Leistungen erbracht werden können, die üblicherweise auch auf dem Markt erbracht werden.

<sup>66</sup> Urteil des EuGH vom 5.12.1989 (C-3/98; Italienische Republik); Zusammenfassung: Der italienische Staat hatte Vorschriften erlassen, wonach von staatlichen Stellen benötigte Lieferungen von Datenverarbeitungssystemen nur durch Unternehmen im Staatsbesitz erbracht werden durften. Der EuGH stellte fest, dass diese Vorschriften zwar auf alle italienischen und ausländischen Unternehmen anwendbar seien, sie aber im Wesentlichen italienische Unternehmen begünstigen würden. Als Rechtfertigung brachte Italien vor, dass die Lieferung von Datenverarbeitungssystemen zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehöre und somit vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäss EWG-Vertrag ausgenommen sei. Hierzu hielt der EuGH fest, dass die Herstellung und Lieferung von Datenverarbeitungssystemen keine Tätigkeiten darstellten, die zur Ausübung öffentlicher Gewalt gehöre.

<sup>67</sup> Urteil des EuGH vom 20.6.2013 (C-352/12; Universitäten Pescara und Camerino); Zusammenfassung: Zwei Gemeinden, die vom Erdbeben vom 6.4.2009 betroffen waren, haben zwei Universitäten – ohne öffentliche Ausschreibung – den Auftrag erteilt, einen Wiederaufbauplan für die Gemeinden zu erstellen. Gemäss italienischem Gesetz sind Universitäten befugt, Forschungs- und Beratungsdienstleistungen an Private zu erbringen. Der EuGH prüfte, ob diese Konstellation die Voraussetzungen einer In-state-Ausnahme erfüllt: Ein Vertrag kommt ausschliesslich zwischen öffentlichen Einheiten zustande (also ohne Beteiligung von Privaten); kein Privater wird gegenüber seinen Konkurrenten privilegiert; die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Der EuGH erachtete diese Voraussetzungen nicht als gegeben, weil die in Frage stehenden Verträge zu einem überwiegenden Teil Tätigkeiten umfassten, die grundsätzlich von Ingenieuren oder Architekten erbracht würden und keine Forschungstätigkeiten darstellen würden. Deshalb schein die Aufgabe der öffentlichen Dienstleistung (mission de service public), welche den Gegenstand der vorliegenden Zusammenarbeit bilde, nicht die Erfüllung einer Aufgabe einer öffentlichen Dienstleistung sicherzustellen, die den Universitäten und den Gemeinden gemeinsam sei.

<sup>68</sup> Urteil des EuGH vom 8.5.2014 (C-15/13; HIS); Zusammenfassung: Die Universität Hamburg-Harburg (Einrichtung des öffentlichen Rechts und damit öffentliche Auftraggeberin) wollte bei der Hochschul-Informationssystem GmbH (HIS) ohne vorgängige Ausschreibung ein IT-Hochschul-Managementsystem im Wert von € 840'000 beziehen. Die HIS ist eine privatrechtliche GmbH, deren Kapital zu 1/3 vom deutschen Staat und zu 2/3 von den 16 deutschen Bundesländern gehalten wird (Anteil der Stadt Hamburg am Gesamtkapital: 4 %). Die HIS ist gemäss ihrer Satzung ausschliesslich gemeinnützig tätig und arbeitet nicht gewinnorientiert. Sie erzielt 5 % ihres Umsatzes mit Tätigkeiten für andere Einrichtungen als öffentliche Hochschulen, wobei aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, ob darunter im Unterschied zur Konstellation von eOperations auch Private sind. Der EuGH betonte dabei einleitend, dass das Hauptziel der Vorschriften des EU-Rechts über das öffentliche Auftragswesen in der Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb bestehe. Zudem wies er darauf hin, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Möglichkeit habe, seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit seinen eigenen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden. Der EuGH prüfte dabei in einem ersten Schritt ob der beschriebene Vorgang als besonderer Fall der Quasi-in-house-Ausnahme zu qualifizieren sei (normale Quasi-in-house-Vergabe: kontrollierende Einheit beauftragt kontrollierte Einheit; horizontale Quasi-in-house-Vergabe: eine Einheit kontrolliert zwei Einheiten, zwischen denen ein Vertrag zustande kommt, sodass der Auftraggeber über den Leistungserbringer keine Kontrolle ausübt). Er verwarf dies, weil die Universität Hamburg-Harburg über eine weitgehende Autonomie verfügt, sodass Hamburg über eine der beiden Einheiten keine Kontrolle im Sinne der Quasi-in-house-Ausnahme verfügte. In einem zweiten Schritt prüfte der EuGH, die Zusammenarbeit zwischen der Universität Hamburg-Harburg als In-state-Ausnahme qualifiziert werden könne. Er verwarf dies (in zwei Sätzen), weil die Zusammenarbeit zwischen der Universität und HIS nicht der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe diene, wobei er auf sein Urteil Lecce verwies.

<sup>69</sup> Urteil des EuGH vom 19.12.2012 (C-564/11; Lecce) (Fn 63), Rz 34 – 37.

<sup>70</sup> Urteil des EuGH vom 13.6.2013 (C-386/11; Piepenbrock) (Fn 65), Rz 36 f.

<sup>71</sup> Urteil des EuGH vom 8.5.2014 (C-15/13; HIS) (Fn 58), Rz 35.

<sup>72</sup> CLERC (Fn 29), 1986 Rz 78.

72. Am 26. Februar 2014 erliess die EU die EU-Richtlinie-Auftragsvergabe, welche eine Bestimmung zur In-state-Ausnahme enthält (Art. 12 Abs. 4). Die Bestimmung setzt ähnliche Anforderungen, wie sie in der Praxis entwickelt wurden, wobei sie eine etwas andere Formulierung wählt. Zudem ist eine zusätzliche Voraussetzung enthalten (ausschliesslich Überlegungen im Zusammenhang mit öffentlichen Interessen). Sodann scheint das Verbot der Privilegierung Privater weggefallen zu sein. Schliesslich ist eine Erleichterung vorgesehen, indem neu öffentliche Einrichtungen bis zu 20 % ihrer Leistungen auf dem offenen Markt erbringen können, ohne dass ihre öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit verlieren, sich auf die In-state-Ausnahme zu berufen. Soweit ersichtlich gibt es noch keine Rechtsprechung zur Frage der In-state-Ausnahme gestützt auf diese neue EU-Richtlinie-Auftragsvergabe.

### 3.2 Beurteilung des Projekts eOperations nach Rechtslage in der EU

73. Die soeben erwähnte EU-Richtlinie-Auftragsvergabe stellt in Art. 12 Abs. 4 die Voraussetzungen für die neu geltende In-state-Vergabe auf:

- 1) Ein ausschliesslich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag<sup>73</sup> fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn
- 2) der Vertrag eine Zusammenarbeit<sup>74</sup> begründet zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- 3) die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschliesslich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
- 4) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.

74. Die Kriterien 1 und 4 werden vom Projekt eOperations erfüllt.

75. Des Weiteren stellt das Projekt eOperations eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern dar, mit dem Ziel ihnen obliegende öffentliche Aufgaben (z.B. die Führung eines Grundbuches oder Handelsregisters)<sup>75</sup> mit Hilfe von E-Government Lösungen zu erfüllen. Kriterium 2 lässt sich somit in einer Weise interpretieren, mit der das Projekt eOperations in Einklang steht. Allenfalls ist diese Kriterium für jedes konkrete Vorhaben gesondert zu prüfen. Auch das Kriterium 3 widerspricht von seinem Wortlaut her der Ausgestaltung der eOperations nicht: Die Organisation ist nicht gewinnstrebig und sucht keine Tätigkeiten auf dem Markt, sodass ihre Tätigkeiten als ausschliesslich in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse stehen.

76. Aufgrund der fehlenden Praxis zur neuen EU-Richtlinie-Auftragsvergabe kann allerdings nicht gesagt werden, wie der EuGH die EU-Richtlinie-Auftragsvergabe auslegen wird. POLTIER betont, dass die Grundidee der In-state-Ausnahme von Art. 12 Abs. 4 der EU-

Richtlinie-Auftragsvergabe darin bestehe, dass auf das Kontrollkriterium der Quasi-in-house-Ausnahme verzichtet und der Schwerpunkt auf das Tätigkeitserfordernis gelegt werde, um auszuschliessen, dass der staatliche Leistungserbringer eine Tätigkeit auf dem Markt ausübe, um nur für den öffentlichen Sektor tätig zu sein.<sup>76</sup>

77. Es ist davon auszugehen, dass sich der EuGH bei der Auslegung der Richtlinie an der oben dargelegten Rechtsprechung und den darin genannten Kriterien orientieren wird, die – zumindest soweit für den vorliegenden Fall relevant – im Wesentlichen mit den Kriterien der EU-Richtlinie-Auftragsvergabe übereinstimmen. Nachfolgend wird das Projekt eOperations deshalb auch anhand dieser in der Praxis entwickelten Kriterien geprüft (siehe zuvor Rz 70):

1. Es handelt sich um eine Zusammenarbeit durch welche öffentliche Einrichtungen einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbaren;
2. an der Zusammenarbeit sind ausschliesslich öffentliche Einrichtungen beteiligt (also ohne Beteiligung Privater);
3. kein privater Dienstleistungserbringer wird besser gestellt als seine Wettbewerber und
4. die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

78. Unter diesen Kriterien erfüllt das Projekt eOperations Nr. 2 und Nr. 3 ohne Weiteres. Kriterium 1 und 4 lassen sich wie oben dargestellt (Rz 75) rein gestützt auf den Wortlaut so interpretieren, dass das Projekt eOperations diese erfüllt. Gemäss den Urteilen Lecce, Piepenbrock und HIS scheint der EuGH die Kriterien 2 und 3 aber in einer Weise zu interpretieren, die dem Projekt eOperations entgegensteht (ohne allerdings jeweils zu sagen, welches konkrete Sachverhaltselement welches Kriterium nicht erfüllt).

79. Im Urteil HIS<sup>77</sup>, welches in erster Linie die Voraussetzungen der Quasi-in-house-Vergabe prüfte, stellte der EuGH fest, dass die Zusammenarbeit zwischen einer öffentlichen Universität und der HIS (deren Organisation mit jener von eOperations verglichen werden

<sup>73</sup> Nach wie vor zulässig scheinen gemeinsam gegründete Einrichtung zu sein, deren Rechtsform unerheblich ist (SVEN BROCKHOFF, Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien, in: Zeitschrift für das Vergaberecht, 5/2014, S. 625, 633).

<sup>74</sup> Gemäss BROCKHOFF (Fn 73), 633, darf sich der Beitrag einer an einer Kooperation teilnehmenden staatlichen Einheit nicht auf eine reine Kostenerstattung beschränken (zur Kritik dazu siehe: Fn 81).

<sup>75</sup> Bericht eOperations, S. 81.

<sup>76</sup> ETIENNE POLTIER, La nouvelle directive de l'UE sur la passation des marchés publics (2014/24/UE; Directive générale), in: BR/DC 5/2014, 231 ff. 233f. (nachfolgend Poltier Directive): "L'idée de base revient en l'occurrence à renoncer à l'exigence d'un contrôle et à mettre l'accent sur la seconde condition, afin d'exclure que l'entité adjudicataire exerce des activités sur le marché, pour n'être active qu'en faveur du secteur public."

<sup>77</sup> Urteil des EuGH vom 8.5.2014 (C-15/13; HIS)(Fn 68), Rz 35.

kann) nicht der Erledigung einer gemeinsamen Aufgabe diene. Weshalb dies nicht der Fall ist, wird zwar nicht vollständig ersichtlich, es aber damit zu rechnen, dass der EuGH ein Projekt wie das vorliegend zu beurteilende als EU-rechtswidrig einstufen würde. In zwei Punkten erscheint die Organisation eOperations jedoch von der Organisation der HIS abzuweichen, sodass nicht mit letzter Gewissheit gesagt werden kann, wie der EuGH das Projekt eOperations beurteilen würde: Die Organisation eOperations soll in erster Linie E-Government Lösungen erarbeiten und nicht wie die HIS IT-Systeme. Zudem soll eOperations in erster Linie an ihre Träger und Gründer (Gebietskörperschaften) und nicht an selbständige öffentliche Einrichtungen liefern, denen eine eigene Aufgabenerfüllung übertragen wurde (wie z.B. Universitäten).

80. Im Urteil Piepenbrock<sup>78</sup> wird eine rein öffentliche Zusammenarbeit zwischen Gemeinden (eine Gemeinde übernimmt, mit Hilfe eines von ihr beherrschten Drittunternehmens, die Reinigungsarbeiten für die anderen Gemeinden) als nicht vereinbar mit den oben genannten Kriterien bezeichnet. Hierfür werden zwei Gründe angegeben: Es liege keine Zusammenarbeit vor und es könnte das Drittunternehmen bessergestellt werden gegenüber von Privaten. Dieses Urteil kann so verstanden werden, dass der EuGH Reinigungsarbeiten nicht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben qualifiziert und deshalb die In-state-Ausnahme verwirft. Sollte diese Lesart zutreffen, wäre das Projekt eOperations wohl nicht EU-rechtskonform.<sup>79</sup> Gemäss **POLTIER** ergibt sich aus diesem Urteil, dass für den EuGH die Erbringung von IT-Dienstleistungen einer Gemeinde zuhanden von anderen Gemeinwesen nicht unter die In-state-Ausnahme fallen würde. Er verweist hierzu auf Rz 29 des Urteils, in welcher nicht die Öffentlichkeit einer Aufgabe, sondern der grundsätzliche Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts behandelt wird.<sup>80</sup> **BEYELER** vermutet, dass das Urteil Piepenbrock auf einer sehr wortgetreuen Auslegung des Begriffs „Zusammenarbeit“ basiert.<sup>81</sup> Danach würde eine Zusammenarbeit nur vorliegen, wenn jedes beteiligte Gemeinwesen einen Arbeitsbeitrag und nicht lediglich einen Geldbetrag als Bezahlung für die Dienstleistung erbringe. Sollte das Urteil Piepenbrock so zu verstehen sein, dürfte das Projekt eOperations nicht EU-rechtskonform sein, zumindest für diese öffentlichen Kunden von eOperations, die lediglich einen Geldbetrag für die Nutzung von eOperations-Lösungen leisten würden.

81. Im Urteil Lecce<sup>82</sup> werden die Kriterien der In-state-Vergabe als nicht erfüllt betrachtet, insbesondere weil eine Zusammenarbeit (Prüfung der Erdbbensicherheit von Spitälern) zwischen einer Universität und einer Gemeinde nicht als Wahrnehmung einer ihnen beiden obliegenden öffentlichen Aufgabe gelte. Der EuGH wies dabei unter anderem darauf hin, dass die fraglichen Tätigkeiten im Allgemeinen auch von Ingenieuren und Architekten erbracht würden. Sollte dieses Urteil so zu verstehen sein, dass Leistungen, die üblicherweise auch auf dem Markt erbracht werden, vom Staat nicht unter Berufung auf das In-state-Privileg erbracht werden dürfen (was allerdings nichts darüber aussagt, ob er sie unter Einhaltung des Vergaberechts erbringen dürfte), wäre das Projekt eOperations nicht EU-rechtskonform.

Allerdings wird dieses Kriterium nicht explizit aufgestellt. Da die fragliche Universität – im Gegensatz zu eOperations – zudem auch Leistungen auf dem freien Markt erbringen durfte, entsteht auch in Bezug auf die Auslegung des Urteils Lecce keine vollständige Klarheit darüber wie der EuGH das Projekt eOperations beurteilen würde.

82. **Zusammenfassend** ergibt sich (erstens), dass der EuGH keine expliziten und eindeutigen Kriterien aufgestellt hat,<sup>83</sup> anhand derer sich eine klare Beurteilung des Projekts eOperations vornehmen liesse. Nach gewissen Lesarten der zitierten Urteile lassen sich der EU-Rechtsprechung implizite Kriterien entnehmen: die In-state-Ausnahme könne nur die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffen; die In-state-Ausnahme könne nur gemeinsam wahrzunehmende öffentliche Aufgaben betreffen; unter der In-state-Ausnahme dürften keine Leistungen bezogen werden, die auch Private herstellen. Diese Kriterien dürfte das Projekt eOperations nicht erfüllen.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Urteil des EuGH vom 13.6.2013 (C-386/11; Piepenbrock) (Fn 65), Rz 36 f.

<sup>79</sup> Allerdings kann möglicherweise zwischen den verschiedenen Tätigkeiten von eOperations unterschieden werden: Auf der einen Seite liegt eine „gemeinsame Entwicklung und Pflege von Software“ vor, die nicht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben qualifiziert würde. Auf der anderen Seite könnte die „Kooperation zur gemeinsamen Betriebssteuerung und ggf. Beschaffung von Software“ als Wahrnehmung öffentlicher Interessen betrachtet werden. Genau diese Unterscheidung nimmt der deutsche IT-Planungsrat vor (Föderale IT-Kooperation (FITKO), Konzept für eine von Bund und Ländern gemeinsam getragene Einrichtung zur Unterstützung des IT-Planungsrates, Ergebnisbericht vom 24.6.2014, S. 37, abrufbar unter: > www.it-planungsrat.de >Entscheidung vom >2014 >2014/22 >Entscheidung 2014/22 >Ergebnisbericht AG FITKO).

<sup>80</sup> **POLTIER** Marchés (Fn 58), 129 Rz 203 Fn 161; als Begründung verweist Poltier auf Rz 29, in welcher zu lesen ist: „Erstens ist dabei [d.h. für die grundsätzliche Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts] ohne Bedeutung, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist und dass die betreffende Einrichtung nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstrebt, nicht unternehmerisch strukturiert ist oder nicht ständig auf dem Markt tätig ist.“ **BEYELER** unterstützt diese Kriterien und erachtet sie als notwendig, aber nicht ausreichend für eine Vergaberechtsfreiheit. Er kritisiert aber, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts auf eine Dienstleistung nicht entscheidend sein könne für die Frage, ob die In-state-Ausnahme zulässig sei, „dann darauf kommt es auch im Rahmen der In-house- und der Quasi-in-house-Geschäfte nicht an.“ (MARTIN BEYELER, Grenzen der öffentlichen Zusammenarbeit, in: BR/DC 1/2014, S. 17 Ziff. 2a (nachfolgend **BEYELER** Zusammenarbeit)).

<sup>81</sup> **BEYELER** Zusammenarbeit (Fn 80), S. 17 Ziff. 4a und 5a; **BEYELER** kritisiert diese wortgetreue Auslegung des Wortes „Zusammenarbeit“ als zu eng und betont, dass es auch in Bezug auf die In-state-Ausnahme letztlich lediglich um die „Wettbewerbsneutralität“ gehen könne.

<sup>82</sup> Urteil des EuGH vom 19.12.2012 (C-564/11; LECCE) (Fn 59), Rz 34 – 37.

<sup>83</sup> Siehe dazu **POLTIER** Directive (Fn 76), 233, der sich auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur In-state-Ausnahme bezieht (allerdings vor dem Erlass des Urteils HIS, das aber diese Einschätzung nicht grundlegend ändern dürfte): „La portée de ces précédents n'est pas entièrement claire, mais la réflexion, d'ailleurs marquée par une certaine méfiance, a été prolongée lors de l'éloberation de la directive générale.“ (siehe die Äusserungen von Poltier zur genannten directive générale unter Rz 76 und Fn 76).

<sup>84</sup> Allenfalls können aber verschiedenen Tätigkeiten von eOperations unterschieden werden (die Abgrenzung dürfte in der Praxis allerdings schwierig sein): Danach wäre beispielsweise eine gemeinsame Bedarfsabklärung, die Beschaffung und der Betrieb von eGovernment-Systemen zulässig; nicht aber die Entwicklung von Software (siehe dazu Fn 79).

83. Allerdings ist (zweitens) darauf hinzuweisen, dass diese Kriterien nicht restlos überzeugen. Denn die Beschränkung auf öffentliche Aufgaben dürfte mit Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden sein und entspricht nicht einer im Schweizer Recht vorgenommenen Unterscheidung.<sup>85</sup> Dasselbe gilt für das Verbot, unter dem In-state-Privileg Leistungen zu beziehen, die auch von Privaten hergestellt werden. In Bezug auf alle drei Kriterien ist schliesslich nicht klar, weshalb sie bei der Anwendung der In-state-Ausnahme gelten sollen, nicht aber bei der Anwendung der In-house- und der Quasi-in-house-Ausnahme.

84. Schliesslich kann (drittens) in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH nicht von einer gefestigten Praxis gesprochen werden. Die In-state-Ausnahme wurde erstmals 2009 anerkannt<sup>86</sup> und gewinnt seither erst langsam an Konturen.<sup>87</sup>

85. Aus diesen Gründen nimmt die WEKO nachfolgend eine Prüfung des Projekts eOperations anhand des Kriteriums des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre („Wettbewerbsneutralität“ gemäss BEYELER) vor.

### 3.3 Beurteilung des Projekts eOperations nach dem Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre

86. Der Zweck des Beschaffungsrechts besteht darin, die tatsächlich stattfindenden Marktkontakte des Staates zu regulieren und dabei für eine haushälterische Verwendung der öffentlichen Mittel und Wettbewerb zu sorgen; das Vergaberecht will nicht darüber entscheiden, ob ein Marktkontakt überhaupt stattfinden muss.<sup>88</sup> Daraus folgt, dass sämtliche Leistungsflüsse an staatliche Organisationen, die gar keine Marktkontakte darstellen, vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgeschlossen sind.

87. Zentraler Aspekt ist, dass sich eine öffentliche Zusammenarbeit innerhalb der Staatssphäre abspielt. Es wird vom im Schweizer Recht geltenden Grundsatz ausgegangen, dass der Staat frei ist in seiner Entscheidung, ob er die für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben notwendigen Mittel selbst herstellt oder ob er diese auf dem Markt einkauft (sogenannter „Make-or-Buy“ Entscheid). Dies gilt auch dann, wenn der „Make-or-Buy“ Entscheid dazu führt, dass der Privatwirtschaft insgesamt allenfalls Umsätze entgehen, weil durch die öffentliche Aufgabenerfüllung bestimmte Bedürfnisse der Bevölkerung durch den Staat gestillt werden, welche ansonsten in der Privatwirtschaft zu gewissen Umsätzen geführt hätten. Denn darin ist keine Ungleichbehandlung einzelner Gewerbetreibenden zu erblicken; sie werden vom Staat alle gleich behandelt. Es handelt sich also höchstens um eine Berührung des Wirtschaftssystems als Ganzes und damit um eine erlaubte Systemkonkurrenz zwischen Staat und Wirtschaft.<sup>89</sup>

88. Gestützt auf diese Ausgangslage wurde das Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre entwickelt, welches sicherstellen soll, dass kein Marktteilnehmer durch vergaberechtsfreie Aufträge Vorteile erhält, die ihn bei seiner sonstigen Markttätigkeit bevorzugen. Deshalb darf der Leistungserbringer nicht für private Kunden tätig sein und deshalb dürfen sich Private auch nicht am Leistungserbringer beteiligen. Hin-

gegen ist die „Wettbewerbsneutralität“ nicht gefährdet, wenn der Staat Leistungen selber herstellt, die er auch von Privaten beziehen könnte („Make-or-Buy“ Entscheid).

89. Demnach kann sich ein öffentlicher Auftraggeber auf die In-state-Ausnahme berufen, wenn er einen Auftrag an ein rechtlich selbständiges Subjekt (sonst käme die In-house-Vergabe zum Tragen) erteilt,

1. das seine eigenen Bezüge nach Vergaberecht beschafft,
2. das rein öffentlich ist (d.h. keine Privaten sind beteiligt),
3. das ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, die
4. im öffentlichen Interesse stattfinden und
5. auf nicht-kommerzieller Basis abgewickelt werden.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Siehe dazu Rz 95; siehe auch CLERC (Fn 29), 1987 Rz 79 m.w.H., wo darauf hingewiesen wird, dass die Abgrenzung zwischen der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und einer Hilfstätigkeit fließend ist.

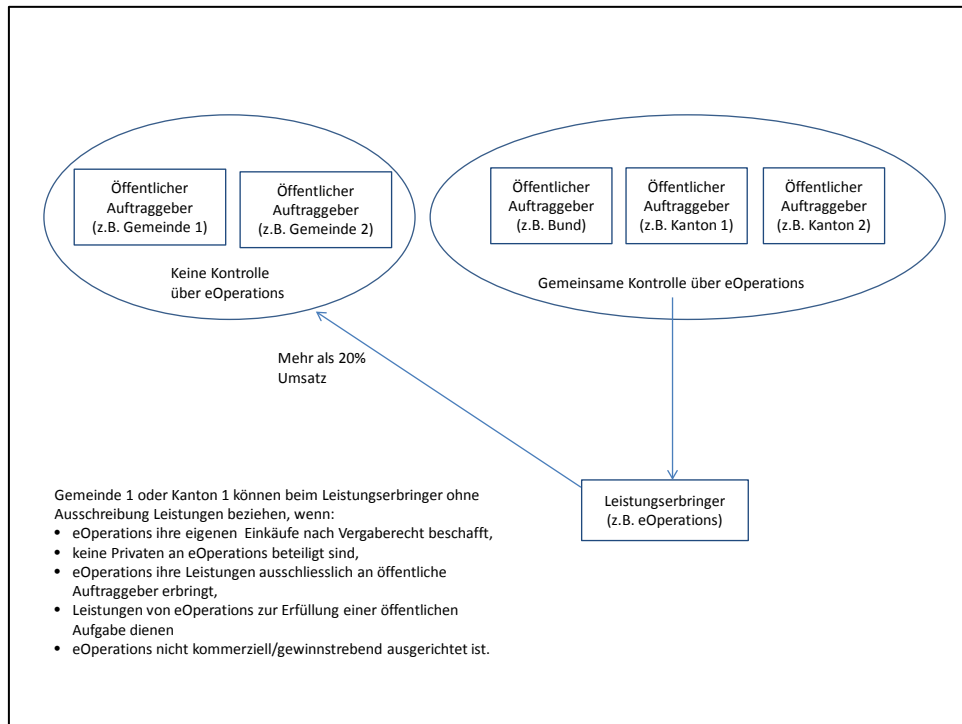
<sup>86</sup> Siehe Urteil des EuGH vom 6.9.2009 (C-480/06; Stadtreinigung Hamburg) (Fn 62).

<sup>87</sup> Siehe dazu POLTIER (Fn 58), 130 Rz 204: „L'évolution du régime des marchés in-state est encore incertaine en droit de l'Union; on pourrait dès lors imaginer que le droit suisse développe ses propres solutions.“ (diese Passage bezieht sich auf die Rechtsprechung vor dem Erlass des Urteils HIS; allerdings dürfte das Urteil HIS diese Einschätzung nicht grundlegend ändern); siehe auch BEYELER Zusammenarbeit (Fn 80), S. 17 Ziff. 1.

<sup>88</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 539 ff., Rz 1199.

<sup>89</sup> Siehe zum Ganzen: BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 539 ff., Rz 1183 und 1188.

<sup>90</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 2012, 682 Rz 1300.



Grafik des Sekretariats

90. Der E-IVöB hat die Idee einer vergaberechtsfreien In-State-Vergabe aufgegriffen und sieht eine eigene, leicht abgewandelte Definition vor. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB bedarf die Beschaffung von Leistungen von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit die Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen, keiner Ausschreibung. Diese Voraussetzungen dürften sich mit den soeben dargelegten Kriterien decken, da sie festlegen, dass ein Leistungserbringer eine Leistung nicht gestützt auf das In-state-Privileg erbringen darf, wenn er diese Leistung auch auf dem Markt anbietet. Da das Projekt eOperations – wie sich nachfolgend zeigen wird – die Voraussetzungen des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre erfüllt, erfüllt es deshalb auch die gesetzlichen Bestimmungen de lege ferenda.

91. Bezüge nach Beschaffungsrecht: eOperations wird dem Beschaffungsrecht (wohl dem kantonalen)<sup>91</sup> unterstehen. Unter dieser Prämisse nimmt die WEKO die vorliegende Beurteilung vor.

92. Rein öffentliche Einrichtung: Rein öffentlich bedeutet, dass keine Privatbeteiligung vorliegt. Keine Rolle spielt die Rechtsform des Leistungserbringers (es kann sich sowohl um eine Rechtsform handeln, bei der Beteiligungen möglich sind, wie z.B. Anteile oder Mitgliedschaften, als auch um Gebietskörperschaften, an welchem gar niemand „beteiligt“ sein kann).<sup>92</sup> Dieses Kriterium ist vorliegend erfüllt, indem an eOperations nur der Bund und Kantone beteiligt sein sollen (allenfalls noch Gemeinden; diese würden das Kriterium der öffentlichen Beteiligung aber auch erfüllen).

93. Ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber: Damit Leistungen ausschliesslich innerhalb der

Staatssphäre bleiben, ist weiter erforderlich, dass der Leistungserbringer selber kein Wettbewerbsteilnehmer ist. Hierzu ist es erforderlich, dass der Leistungserbringer nur für öffentliche Auftraggeber tätig ist. Soweit zu den Kunden der eOperations nur Bund, Kantone und Gemeinden gehören sollen, ist auch dieses Erfordernis erfüllt. Keine Rolle spielt dabei, ob es sich um einen einzelnen öffentlichen Kunden oder um eine Gruppe von öffentlichen Kunden (die zusammen in der Form einer Serviceorganisation auftreten [siehe Rz 16]) handelt. eOperations hat aber in allen Fällen bei ihren eigenen Leistungsbezügen auf dem Markt das Beschaffungsrecht zu beachten und muss dieses auch einhalten, wenn sie durch eine nachträgliche Vergrößerung der Gruppe öffentlicher Kunden neue Leistungen auf dem Markt beziehen muss.

94. In Bezug auf die weiteren vorgesehenen Kunden wie „Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen)“<sup>93</sup> sind allerdings Zweifel angebracht. Derartige Unternehmen können als „Private“ Subjekte gelten. Eine derartige Konstellation liegt beispielsweise dann vor, wenn Private an diesen Organisationen beteiligt sind. Dasselbe gilt, wenn solche Organisationen Leistungen an Private erbringen oder gewinnorientiert sind. Insbesondere in diesen Fällen ist eine Berufung auf die In-state-Ausnahme nicht möglich.

<sup>91</sup> Siehe Fn 31.

<sup>92</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 687 Rz 1306.

<sup>93</sup> Bericht eOperations, S. 49.

95. Im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten: Für die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe von e-Operations ist erforderlich, dass eOperations zu einem besonderen, im allgemeinen Interesse liegenden Zweck gegründet wurde, wobei im Allgemeininteresse alles liegt, was dem institutionellen Funktionieren des Staates dient, was also die Bereitstellung der Infrastruktur und Sachmittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Gemeinwesen betrifft oder unterstützt.<sup>94</sup> Relevant ist nicht die Natur der Tätigkeit an sich (d.h. direkte Aufgabenerfüllung im engeren Sinne oder Tätigkeiten im Vor- und Umfeld derselben). Entscheidend ist einzig, dass die Grundlage, die Struktur, der Charakter und der Zweck des Geschäfts durchwegs vom Geist der öffentlichen Aufgabenerfüllung geprägt ist.<sup>95</sup> Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da eOperations für ihre öffentlichen Kunden E-Government Lösungen erarbeiten, beschaffen und betreiben soll. Mit den geplanten E-Government Lösungen wird eOperations Tätigkeiten ausüben, die einzig im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (z.B. Betrieb eines Grundbuches). Diese Lösungen sollen den notwendigen Kontakt zwischen Staat und Bürger unterstützen bzw. vereinfachen. eOperations wird auf dieser Grundlage gegründet und verfolgt keinen anderen Zweck, insbesondere kein kommerzielles Ziel (siehe dazu nachfolgende Randziffer).

96. Nicht kommerziell tätig: Schliesslich ist zu prüfen, ob die Tätigkeiten von eOperations als nicht industriell bzw. nicht kommerziell qualifiziert werden können. Hierzu ist erforderlich, dass eOperations keine Gewinnabsicht hat und auch sonst keine kommerziellen Motive verfolgt. Da eOperations nur für öffentliche Kunden aktiv werden soll und nicht gewinnstrebig ist, ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

97. Zusätzlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich eOperations nie an öffentlichen Vergabeverfahren als Anbieterin beteiligen sollte. Andernfalls gefährdet sie das für ihre Kunden geltende In-state-Privileg, weil ein Subjekt, das an Ausschreibungen teilnimmt, in den direkten Wettbewerb mit privaten Marktteilnehmern tritt und so zum Wettbewerbsteilnehmer wird.<sup>96</sup>

98. Es zeigt sich somit, dass sich eOperations bzw. Bund, Kantone und Gemeinden auf das In-state-Privileg berufen können.

### 3.4 Fazit

99. Es erscheint als fraglich, ob die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Erteilung von öffentlichen Aufträgen an eOperations erfüllt sind, wenn die In-state-Ausnahme nach den in der EU geltenden Kriterien beurteilt wird. Da aber die vom EuGH entwickelten Kriterien nicht vollständig klar sind, nicht restlos überzeugen und sich zudem noch in Entwicklung zu befinden scheinen, stellt die WEKO auf das in der Schweizer Literatur zur In-state-Ausnahme entwickelte Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre ab. Die Prüfung des Projekts eOperations ergibt, dass es dieses Kriterium grundsätzlich erfüllt. Ebenso entspricht es der von den Kantonen de lege ferenda geplanten Lösung gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. c E-IVöB.

## 4 eOperations als zentrale Beschaffungsstelle?

100. Zentrale Beschaffungsstellen sind Vergabestellen, die systematisch Aufträge zur Deckung von Bedürfnissen anderer Dienststellen vergeben.<sup>97</sup> Es wäre denkbar, eOperations als zentrale Beschaffungsstelle zu qualifizieren, da sie in erster Linie Beschaffungen für ihre öffentlichen Kunden vornimmt. Würde sich eOperations darauf beschränken, Leistungen für ihre Träger zu beschaffen, ohne selbst Tätigkeiten zu entwickeln, würde sie auch gemäss EU-Recht als zentrale Beschaffungsstelle qualifiziert (Art. 37 i.V.m. Art. 2 § 15 und § 16 der EU-Richtlinie-Auftragsvergabe).

101. Nach derzeitiger Ausgestaltung wird eOperations im Betrieb von E-Government Systemen Support- und Betriebsaufgaben übernehmen, sodass sie voraussichtlich Eigenleistungen produzieren und nicht eine reine Beschaffungsstelle sein wird.

102. Die Frage, ob eOperations eine zentrale Beschaffungsstelle ist, ist allerdings von untergeordneter Bedeutung für die binnenmarktrechtliche Einschätzung des Projekts eOperations. Denn auch wenn eOperations als zentrale Beschaffungsstelle qualifiziert würde, wären im Verhältnis zwischen eOperations und ihren Kunden nur dann vergaberechtsfreie Beschaffungen möglich, wenn die In-house-/Quasi-in-house-/In-state-Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>98</sup>

103. Schliesslich ist zur Problematik der zentralen Beschaffungsstelle darauf hinzuweisen, dass das Vergaberecht nicht vorgibt, ob öffentliche Auftraggeber ihre Bedürfnisse selber decken wollen oder ob sie sich zusammen tun bzw. Beschaffungsaufgaben delegieren, um Know-how zu konzentrieren und grössere Beschaffungsvolumina mit den damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteilen zu erzielen.<sup>99</sup> Ob dadurch die Beschaffungsstelle allfällige Marktmacht auf sich vereinigt und rechtskonform ausübt, ist eine Frage des Kartellrechts.

104. Eine kartellrechtliche Analyse wird vorliegend nicht vorgenommen und wäre auch nicht möglich. Es ist derzeit nicht bekannt, wie viele Gemeinwesen sich für welche konkreten Projekte an eOperations wenden werden. Ebenso wenig besteht Klarheit über die zu beschaffenden Produkte bzw. des jeweils betroffenen Marktes.

105. Die Kunden von eOperations seien an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen, dass konkrete Projekte je nach Anzahl beteiligter Gemeinwesen eine kartellrechtliche Analyse erforderlich machen könnten.

## 5 Fazit

106. Das vorliegende Gutachten prüft die Frage, ob Gemeinden und Kantone, von denen nicht alle an eOperations beteiligt sein sollen, gestützt auf das Quasi-in-house- oder das In-state-Privileg bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen dürfen, ohne gegen

<sup>94</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 121 Rz 242 und 127 Rz 252, 620 ff. Rz 1191 ff.; Empfehlung VRSG (Fn 22), 447 Rz 33 ff.

<sup>95</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 685 Rz 1301.

<sup>96</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 689 Rz 1310.

<sup>97</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 39 Rz 72 ff.

<sup>98</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 41 Rz 73, Fn 57.

<sup>99</sup> BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 42 Rz 74.

Art. 5 BGBM zu verstossen. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich a), dass eOperations unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen Leistungen gestützt auf die Quasi-in-house-Ausnahme vergaberechtsfrei an ihre Träger erbringen kann (die Quasi-in-house-Ausnahme gilt allerdings nicht für Nicht-Träger). Zudem zeigt sich b), dass sich Bund, Kantone und Gemeinden (zu welchen auch nicht-Träger gehören können) unter Einhaltung sehr ähnlicher Voraussetzungen auf die In-state-Ausnahme berufen können, um von eOperations vergaberechtsfrei Leistungen zu beziehen.

a) Quasi-in-house

107. Bund, Kantone und Gemeinden, die eOperations gemeinsam kontrollieren, können bei dieser gestützt auf die Quasi-in-house-Ausnahme vergaberechtsfrei Leistungen beziehen, sofern eOperations nicht mehr als 20 % ihres Umsatzes mit nicht-kontrollierenden Kunden erzielt. Öffentliche Kunden, die keine Kontrolle über eOperations ausüben, können sich nicht auf die Quasi-in-house-Ausnahme berufen (unter gewissen Umständen aber auf die In-state-Ausnahme, siehe dazu die nachfolgende Randziffer) und dürfen öffentliche Aufträge nur unter Anwendung des Beschaffungsrechts an eOperations erteilen. Zudem fällt die Quasi-in-house-Ausnahme insgesamt dahin, wenn eOperations über 20 % ihres Umsatzes mit nicht-kontrollierenden Kunden erwirtschaftet.

b) In-state

108. Sofern eOperations die Voraussetzungen gemäss Rz 89 beachtet, können Bund, Kantone und Gemeinden (zu welchen auch Nicht-Träger gehören können) von dieser vergaberechtsfrei Leistungen beziehen. eOperations hat dabei insbesondere darauf zu achten, dass sie keine Leistungen an private Kunden erbringt und ihre eigenen Beschaffungen öffentlich ausschreibt. Zudem dürfen sich keine privaten Akteure an eOperations beteiligen. Unter diesen Voraussetzungen ist gewährleistet, dass die vergaberechtsfreie Erteilung von Aufträgen an eOperations zu keinen Wettbewerbsverzerrungen zwischen eOperations und ihren möglichen Konkurrenten führt. Zwar kann der „Make-or-Buy“-Entscheid bewirken, dass der Privatwirtschaft insgesamt öffentliche Aufträge und Umsätze entgehen, weil der Staat bestimmte Leistungen zur öffentlichen Aufgabenerfüllung selber herstellt. Das Beschaffungsrecht beinhaltet jedoch keine Verpflichtung, dass der Staat die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Leistungen nicht selber herstellen darf und auf dem Markt beschaffen muss.

109. Abschliessend weist die WEKO noch einmal darauf hin, dass das vorliegende Gutachten weder die verfassungsrechtliche Frage, ob der Staat Leistungen selbst herstellen darf, noch die wettbewerbspolitische Frage, ob er dies tun soll, behandelt. Sie nimmt einzig eine binnenmarktrechtliche Beurteilung des ihr vom BJ vorgelegten Projekts eOperations vor.