

Dr. Wolfgang Straub
Augsburger Deutsch & Partner
Effingerstrasse 17/Postfach 5860
CH-3001 Bern

wolfgang.straub@ad-p.ch
www.it-recht.ch

Materialien und Hinweise zu Inhouse-Vergaben

Übersicht

I. WTO-Übereinkommen.....	2
Agreement on Government Procurement (GPA 1994)	2
Revised Agreement on Government Procurement (GPA 2012).....	4
II. EU-Richtlinien.....	5
Richtlinie 2014/24/EU.....	5
Richtlinie 2014/25/EU (Sektoren-RL).....	9
III. Revisionsentwurf Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB).....	14
IV. Schweizerische Rechtsprechung.....	15
Entscheid des Verwaltungsgerichts VD vom 06.11.2009, GE.2007.0013	15
Entscheid des Kantonsgerichts VS vom 03.12.2009, TCV A1 09 163	17
Entscheid des Verwaltungsgerichts VD vom 16.03.2012, MPU.2011.0020	19
Entscheid des Verwaltungsgerichts AG vom 01.07.2013, WBE 2012.159.....	22
Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.03.2013, B-536/2013	25
V. Hinweise auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)	28
VI. Literaturhinweise.....	29

I. WTO-Übereinkommen

Agreement on Government Procurement (GPA 1994)

Appendix I Annex 1 Ziff. 8 und Fussnote 2

Entités du gouvernement fédéral qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent accord

Liste des entités couvrant tous les Départements fédéraux suisses:

(...)

8. Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC):
 - La Poste²

Fussnote 2 : Pour autant que l'entité ne soit pas en concurrence avec des entreprises auxquelles le présent accord n'est pas applicable

Appendix I Annex 3 Anmerkungen 2 und 6

Le présent Accord ne s'applique pas:

...

2. Aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

...

6. Aux marchés passés par les entités adjudicatrices assurant au public un service de transport par autobus, lorsque d'autres entités peuvent librement fournir ce service, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices.

Appendix I Annex 3 Fussnote 1

Pouvoir public: L'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme:

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,
- doté d'une personnalité juridique et
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de mem-

bres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Appendix I Annex 3 Fussnote 2

Entreprise publique: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Appendix I Annex 4 Anmerkung 1 und 2

Le présent accord ne s'applique pas:

1. Aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'Annexe 1, 2 ou 3 sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées.
2. Aux marchés de services qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée ou passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens de l'Annexe 3, auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices, pour autant que 80% au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Lorsque le même service ou des services similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total résultant de la fourniture de services par ces entreprises.

Revised Agreement on Government Procurement (GPA 2012)

Art. II Portée et champ d'application

Application de l'Accord

2. Aux fins du présent accord, l'expression "marchés couverts" s'entend des marchés passés pour les besoins des pouvoirs publics:

- a) de marchandises, de services, ou d'une combinaison des deux:
 - i) comme il est spécifié dans les annexes de l'Appendice I concernant chaque Partie; et
 - ii) qui ne sont pas acquis pour être vendus ou revendus dans le commerce ni pour servir à la production ou à la fourniture de marchandises ou de services destinés à la vente ou à la revente dans le commerce;

Appendix I Annex 3

Toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent Accord

(...)

VI. Services postaux

Pouvoirs publics ou entreprises publiques qui fournissent des services postaux mais uniquement pour les activités pour lesquelles ils disposent d'un droit exclusif (service réservé au sens de la loi fédérale sur la poste).

Notes relatives à l'Annexe 3

Le présent Accord ne couvre pas:

1. les marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités décrites dans cette Annexe ou pour la poursuite de ces activités en dehors de Suisse;
2. les marchés passés par les entités adjudicatrices poursuivant une activité décrite dans la présente Annexe lorsque cette activité est exposée à la pleine concurrence du marché.

Appendix I Annex 7 Bst. B. Ziff. 1

Le présent Accord ne couvre pas:

1. les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique;

II. EU-Richtlinien

Richtlinie 2014/24/EU

Erwägungen 31-33

- (31) Es besteht erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, inwieweit Verträge, die zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors geschlossen werden, von den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge erfasst werden sollten. Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird nicht nur von den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch von den einzelnen öffentlichen Auftraggebern unterschiedlich ausgelegt. Daher gilt es zu präzisieren, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind.

Diese Präzisierung sollte sich auf die Grundsätze stützen, die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dargelegt wurden. Der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, reicht allein nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte öffentliche Stellen jedoch nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden, wozu die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen gehört.

Es sollte sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

- (32) An kontrollierte juristische Personen vergebene öffentliche Aufträge sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren unterliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber über die betreffende juristische Person eine Kontrolle ausübt, die mit der vergleichbar ist, die er über seine eigenen Dienststellen ausübt, vorausgesetzt die kontrollierte juristische Person führt mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten in Ausführung der Aufgaben aus, mit denen sie von dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist, und zwar ungeachtet des Begünstigten der Ausführung des Auftrags.

Diese Ausnahme sollte sich nicht auf Situationen erstrecken, in denen ein privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person unmittelbar beteiligt ist, da die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren dem am Kapital der kontrollierten juristischen Person beteiligten privaten Wirtschaftsteilnehmer einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen würde. Mit Blick auf die besonderen Merkmale öffentlicher Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft, wie die für Verwaltung oder die Ausführung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen verantwortlichen Organisationen, sollte dies jedoch nicht in Fällen gelten, in denen die Beteiligung bestimmter privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person durch eine nationale gesetzliche Bestimmung im Ein-

klung mit den Verträgen vorgeschrieben ist, sofern es sich nicht um eine beherrschende Form der Beteiligung oder eine Form der Beteiligung mit Sperrminorität handelt und sofern die Beteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Es sollte ferner klargestellt werden, dass das entscheidende Element allein die direkte private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person ist. Eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern schließt daher die Vergabe öffentlicher Aufträge an die kontrollierte juristische Person ohne die Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren nicht aus, da solche Beteiligungen den Wettbewerb zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht nachteilig beeinflussen.

Es sollte auch klargestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber wie Einrichtungen des öffentlichen Rechts, bei denen eine private Kapitalbeteiligung bestehen kann, in der Lage sein sollten, die Ausnahmeregelung für eine horizontale Zusammenarbeit in Anspruch zu nehmen. Sind alle anderen Bedingungen im Zusammenhang mit der horizontalen Zusammenarbeit erfüllt, so sollte sich die Ausnahmeregelung für die horizontale Zusammenarbeit folglich auf solche öffentlichen Auftraggeber erstrecken, bei denen der Auftrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen wird.

- (33) Die öffentlichen Auftraggeber sollten auch beschließen können, ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein. Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen werden. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen.

Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen, vorausgesetzt sie werden ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen, die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesse bestimmt und kein privater Dienstleister erhält einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern.

Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, sollte die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen. Die Zusammenarbeit setzt nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Für die Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern sollten im Übrigen ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein.

Artikel 12

Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors

(1) Ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener öffentlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Bei einem öffentlichen Auftraggeber wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Solche Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

(2) Absatz 1 gilt auch, wenn eine kontrollierte juristische Person, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person vergibt, sofern keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität“ die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

(3) Ein öffentlicher Auftraggeber, der keine Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne von Absatz 1 ausübt, kann einen öffentlichen Auftrag dennoch ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über ihre eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und

- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a üben öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person aus, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- i) Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten;
- ii) diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben und
- iii) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit 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;
- b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

(5) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten gemäß Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b, Absatz 3 Unterabsatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 Buchstabe c wird der durchschnittliche Gesamtumsatz, oder ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert wie z. B. Kosten, die der betreffenden juristischen Person oder dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen entstanden sind, herangezogen.

Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie z. B. Kosten vor oder sind sie nicht mehr relevant, weil die betreffende juristische Person oder der betreffende öffentliche Auftraggeber gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem ihre beziehungsweise seine Tätigkeit aufgenommen hat oder weil sie ihre beziehungsweise er seine Tätigkeiten umstrukturiert hat, genügt es, wenn sie beziehungsweise er — vor allem durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung — den tätigkeitsgestützten Wert glaubhaft macht.

Richtlinie 2014/25/EU (Sektoren-RL)

Erwägungen 38-41

- (38) Es besteht erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, inwieweit die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe auch für zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Aufträge gelten sollten. Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird nicht nur von den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch von den einzelnen öffentlichen Auftraggebern unterschiedlich ausgelegt. Da diese Rechtsprechung in gleicher Weise auf Behörden anwendbar wäre, die in den von dieser Richtlinie abgedeckten Sektoren agieren, sollte sichergestellt werden, dass im Rahmen dieser Richtlinie und der Richtlinie 2014/24/EU dieselben Vorschriften gelten und sie in derselben Weise ausgelegt werden.
- (39) Viele Auftraggeber sind als eine Wirtschaftsgruppe organisiert, die aus einer Reihe getrennter Unternehmen bestehen kann; oft hat jedes dieser Unternehmen in der Wirtschaftsgruppe eine spezielle Aufgabe. Es ist daher angezeigt, bestimmte Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge auszuschließen, die an ein verbundenes Unternehmen vergeben werden, welches seine Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen nicht am Markt anbietet, sondern hauptsächlich für die eigene Unternehmensgruppe erbringt. Zudem sollten bestimmte Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge ausgeschlossen werden, die ein Auftraggeber an ein Gemeinschaftsunternehmen vergibt, das von mehreren Auftraggebern gebildet wird, um die von dieser Richtlinie erfassten Tätigkeiten durchzuführen, und dem dieser Auftraggeber angehört. Jedoch sollte sichergestellt werden, dass durch diese Ausnahmeregelung keine Wettbewerbsverzerrungen zugunsten von Unternehmen, auch Gemeinschaftsunternehmen, entstehen, die mit den Auftraggebern verbunden sind; es sollten daher geeignete Vorschriften vorgesehen werden, insbesondere hinsichtlich der Höchstgrenzen, bis zu denen die Unternehmen einen Teil ihres Umsatzes am Markt erzielen dürfen und bei deren Überschreiten ihnen ohne einen Aufruf zum Wettbewerb kein Auftrag vergeben werden darf, sowie hinsichtlich der Zusammensetzung der Gemeinschaftsunternehmen und der Stabilität der Verbindungen zwischen diesen und den ihnen angehörenden Auftraggebern.
- (40) Ferner ist es angezeigt, die Wechselwirkungen zwischen den Bestimmungen über die Zusammenarbeit zwischen Behörden und den Bestimmungen über die Auftragsvergabe an verbundene Unternehmen oder im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen klarzustellen.
- (41) Unternehmen sollten als verbunden gelten, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer beherrschender Einfluss zwischen dem Auftraggeber und dem betreffenden Unternehmen vorliegt oder wenn beide dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen; in diesem Zusammenhang sollte eine private Beteiligung als solche nicht ausschlaggebend sein. Die Überprüfung, ob ein Unternehmen mit einem bestimmten Auftraggeber verbunden ist, sollte möglichst einfach durchzuführen sein. Da bereits für die Entscheidung, ob der Jahresabschluss der betreffenden Unternehmen und Einrichtungen konsolidiert werden sollte, geprüft werden muss, ob möglicherweise ein derartiger unmittelbarer oder mittelbarer beherrschender Einfluss vorliegt, sollten deshalb Unternehmen als verbunden betrachtet werden, wenn ihr Jahresabschluss konsolidiert wird. Die Unionsvorschriften zu konsolidierten Abschlüssen gel-

ten in bestimmten Fällen jedoch nicht, beispielsweise aufgrund der Größe der betreffenden Unternehmen oder weil bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Rechtsform nicht erfüllt sind. In solchen Fällen, in denen die Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates nicht anzuwenden ist, muss geprüft werden, ob ein unmittelbarer oder mittelbarer beherrschender Einfluss auf der Grundlage der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften ausgeübt wird.

Artikel 28

Zwischen öffentlichen Auftraggebern vergebene Aufträge

(1) Ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Bei einem öffentlichen Auftraggeber wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person hat. Solche Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

(2) Absatz 1 gilt auch, wenn eine kontrollierte Person, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person vergibt, sofern keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

(3) Ein öffentlicher Auftraggeber, der keine Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne des Absatzes 1 ausübt, kann einen Auftrag dennoch ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über ihre eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen privater Kapitalbeteiligung und Formen privater Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a wird davon ausgegangen, dass öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person ausüben, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- i) Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten;
- ii) diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben und
- iii) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen;

(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Vertrag begründet eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern oder setzt diese mit dem Ziel um“ sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

(5) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten gemäß Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b, Absatz 3 Unterabsatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 Buchstabe c wird der durchschnittliche Gesamtumsatz, oder ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert wie z. B. Kosten, die der betreffenden juristischen Person während der letzten drei Jahre vor

Vergabe des Auftrags in Bezug auf Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen entstanden sind, herangezogen.

Liegen für die vorausgegangenen drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie z. B. Kosten vor oder sind sie nicht mehr relevant, weil die betreffende juristische Person gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem ihre Tätigkeit aufgenommen hat oder weil sie ihre Tätigkeiten umstrukturiert hat, genügt es, wenn sie — vor allem durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung — den tätigkeitsgestützten Wert glaubhaft macht.

Artikel 29

Auftragsvergabe an ein verbundenes Unternehmen

(1) Ein „verbundenes Unternehmen“ im Sinne dieses Artikels ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschlüsse gemäß den Bestimmungen der Richtlinie 2013/34/EU mit denen des Auftraggebers konsolidiert werden.

(2) Im Falle von Einrichtungen, die nicht unter die Richtlinie 2013/34/EU fallen, bezeichnet „verbundenes Unternehmen“ jedes Unternehmen, das

- a) mittelbar oder unmittelbar einem beherrschenden Einfluss des Auftraggebers unterliegen kann,
- b) einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber ausüben kann oder
- c) gemeinsam mit dem Auftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Bestimmungen dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegt.

Im Sinne dieses Absatzes hat der Begriff „beherrschender Einfluss“ dieselbe Bedeutung wie in Artikel 4 Absatz 2 Unterabsatz 2.

(3) Ungeachtet des Artikels 28 und sofern die Bedingungen von Absatz 4 des vorliegenden Artikels erfüllt sind, findet diese Richtlinie keine Anwendung auf die Auftragsvergabe

- a) durch einen Auftraggeber an ein verbundenes Unternehmen oder
- b) durch ein Gemeinschaftsunternehmen, das ausschließlich von einer Anzahl von Auftraggebern für den Zweck gebildet wird, Tätigkeiten im Sinne der Artikel 8 bis 14 auszuüben, an ein Unternehmen, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist.

(4) Absatz 3 gilt

- a) für Dienstleistungsaufträge, sofern unter Berücksichtigung aller Dienstleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 % des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von Dienstleistungen für den Auftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen;
- b) für Lieferaufträge, sofern unter Berücksichtigung aller Lieferungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 %

des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von Lieferungen für den Auftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen;

- c) für Bauaufträge, sofern unter Berücksichtigung aller Bauleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 % des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von Bauleistungen für den Auftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen.

(5) Liegen für die letzten drei Jahre keine Umsatzzahlen vor, weil das verbundene Unternehmen gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem seine Tätigkeit aufgenommen hat, so genügt es, wenn das Unternehmen — vor allem durch Prognosen über die Tätigkeitsentwicklung — glaubhaft macht, dass die Erreichung des unter Absatz 4 Buchstabe a, b oder c genannten Umsatzziels wahrscheinlich ist.

(6) Werden gleiche oder gleichartige Dienstleistungen, Lieferungen oder Bauleistungen von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen und mit ihr wirtschaftlich zusammengesetzten Unternehmen erbracht, so werden die Prozentsätze unter Berücksichtigung des Gesamtumsatzes errechnet, den diese verbundenen Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen, Lieferungen beziehungsweise Bauleistungen erzielen.

Artikel 30

Auftragsvergabe an ein Gemeinschaftsunternehmen oder an einen Auftraggeber, der an einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt ist

Wenn ein Gemeinschaftsunternehmen errichtet wurde, um die betreffende Tätigkeit während eines Zeitraums von mindestens drei Jahren durchzuführen, und in dem Rechtsakt zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens festgelegt wird, dass die dieses Unternehmen bildenden Auftraggeber dem Unternehmen zumindest während des gleichen Zeitraums angehören werden, gilt diese Richtlinie ungeachtet des Artikels 28 nicht für Aufträge,

- a) die ein Gemeinschaftsunternehmen, das mehrere Auftraggeber ausschließlich zur Durchführung von Tätigkeiten im Sinne der Artikel 8 bis 14 gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber vergibt oder
- b) die ein Auftraggeber an ein solches Gemeinschaftsunternehmen, dem er angehört, vergibt.

III. Revisionsentwurf Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB)

Art. 2 lit. i

öffentliches Unternehmen: Unternehmen, auf die staatliche Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für die Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

Art. 4 Abs. 3

Führt eine Drittperson die Beschaffung für einen oder mehrere Auftraggeber durch, so untersteht diese Drittperson dieser Vereinbarung wie der von ihr vertretene Auftraggeber.

Art. 11 Abs. 3

Keiner öffentlichen Ausschreibung bedarf die Beschaffung von Leistungen (...)

- lit. b. von anderen rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit die Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen.
- lit. d. von öffentlichen Unternehmen, 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.

IV. Schweizerische Rechtsprechung

Entscheid des Verwaltungsgerichts VD vom 06.11.2009, GE.2007.0013

Siehe dazu auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts VD vom 16.03.2012, MPU.2011.0020.

Der Verein EHNV betreibt unter anderem das Spital von Yverdon-les-Bains. Dieser hat einen mehrjährigen Auftrag für medizinische Analysen freihändig an die Y AG vergeben, an deren Kapital er zu 10% beteiligt ist. Das Verwaltungsgericht zog die vom EuGH entwickelten Kriterien für die Beurteilung von Inhouse-Vergaben heran. Es kam zum Schluss, dass diese im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfüllt waren und wies EHNV an, den Auftrag öffentlich auszuschreiben. Der Entscheid wurde von EHNV erfolglos ans Bundesgericht weitergezogen.

3.a (...) Un marché public implique que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire constituent deux personnes distinctes. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration ("in-house"), il ne s'agit pas d'un marché public (Evelyne Clerc, Commentaire romand, Droit de la concurrence, ad art, 5 LMI, n. 57 ss; Zufferey, Maillard et Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 65 s.; Zufferey, Le champ d'application du droit des marchés publics, in: Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 160 s.). Les pouvoirs publics peuvent décider librement de s'approvisionner sur le marché ou de satisfaire leurs besoins au moyen de ressources propres (arrêt GE.1998.0178 du 2 juillet 1999 consid. 2a; Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 109). La délimitation de la notion de marchés publics devient problématique lorsqu'un marché est attribué à un adjudicataire qui, tout en apparaissant distinct, a néanmoins un lien spécial avec le pouvoir adjudicateur, par exemple parce qu'il fait lui-même aussi partie du service public, parce qu'il est contrôlé par le pouvoir adjudicateur ou parce qu'il bénéficie de droits exclusifs pour prescrire des services au pouvoir adjudicateur (Evelyne Clerc, op. cit., n. 58). La jurisprudence suisse n'a semble-t-il jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique. En revanche, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a rendu plusieurs arrêts dans ce domaine. Elle a posé les exigences cumulatives suivantes (en particulier, arrêts Carbotermo, CJCE 11.5.2006, aff. C-340/04; Trea, CJCE 11.1.2005, aff. C-26/03; Teckal, CJCE 18.11.1999, aff. C-107/98):

(1) La première condition pour qu'il s'agisse d'un marché "in-house" est que l'adjudicateur détienne entièrement l'adjudicataire; une participation même minoritaire d'actionnaires privés suffit à entraîner l'application du droit des marchés publics.

(2) L'activité essentielle de l'adjudicataire doit ensuite s'exercer au profit de l'adjudicateur. Il faut ici se fonder sur l'activité globale de l'entité "in-house": une part comprise entre 51 et 100% de cette activité doit être en faveur de l'adjudicateur.

(3) La dernière condition cumulative est que l'adjudicateur exerce sur l'adjudicataire un contrôle qui soit analogue à celui qu'il exercerait sur ses propres services, que ce contrôle lui permette de donner des ordres à l'adjudicataire et que ce dernier soit obligé de les exécuter. Selon l'intimée, ces exigences que A. ne remplit manifestement pas (elle n'est pas détenue par les EHNV; seuls 25% de son activité s'exerce au profit des EHNV qui ne la contrôlent pas à proprement parler) ne sauraient être transposées sans autre en droit suisse. Cette question, tout comme celle de savoir si les sociétés d'économie mixte sont exemptées de la

réglementation sur les marchés publics (la qualification de A de société d'économie mixte n'est par ailleurs pas évidente), peuvent toutefois rester ouvertes pour le motif suivant. Il ressort du dossier et de l'audition des parties que l'intimée a envisagé de poursuivre la collaboration avec M. C peu après le départ de l'intéressé d'Y. M. C a dès lors mis en place une structure qui devait donner lieu à la constitution de A. La convention passée avec Y. a ensuite été dénoncée et les analyses externes des EHNV confiées à A. Il apparaît ainsi que, dans la chronologie des événements, le choix de l'intimée de poursuivre la collaboration avec M. C. est antérieur à sa prise de participation dans la société A. Il ne saurait dans ces conditions être question de marché "in house" ou assimilé. Une solution contraire permettrait sinon à un adjudicateur de se soustraire facilement à la réglementation des marchés publics en prenant une participation quelle qu'elle soit dans le capital du soumissionnaire de son choix. Par ailleurs, on relève que c'est sur la proposition de M. C. que l'intimée a décidé d'investir dans le capital de A. (voir procès-verbal de la séance du comité-directeur des EHNV du 14 novembre 2006, pièce 61).

Entscheid des Kantonsgerichts VS vom 03.12.2009, TCV A1 09 163

Die Gemeinde A schrieb zunächst die Baumeisterarbeiten für die Sanierung einer Alpstrasse aus. Die X AG wurde in der Folge vom Verfahren ausgeschlossen, weil sie die Anforderungen nicht erfüllte. Sie rekurrierte gegen den Ausschlussentscheid. Daraufhin brach die Gemeinde das Verfahren ab und beschloss, die Alpstrasse ‚aus konjunkturellen Gründen‘ durch die Forstbetriebe eines Gemeindeverbandes B ausführen zu lassen, dem sie angehörte. Für die Miete der notwendigen Baumaschinen führte sie ein Einladungsverfahren durch, welches X AG wiederum anfocht. Das Kantonsgericht stellte fest, dass die schweizerische Lehre bezüglich ‚Inhouse-Geschäften‘ auf die Rechtsprechung des EuGH verweise. Die vom EuGH aufgestellten Tätigkeits- und Kontrollerfordernisse betrachtete es im vorliegenden Fall als gegeben. Es gelangte jedoch zur Auffassung, dass bezüglich der Baumaschinenmiete eine öffentliche Ausschreibung hätte durchgeführt werden müssen, da eine unzulässige Stücke- lung des Auftrages vorlag.

4.2 Vorliegend geht es nun um die Abgrenzung ausschreibungspflichtiger und nicht ausschreibungspflichtiger Vergabevorgänge bei einem Forstrevier. Von In-House-Geschäften im engeren Sinn spricht man, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine seiner Dienststellen erteilt, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., S. 51 Rz. 118; Baurecht 2/2005, S. 67). Im weiteren Sinne werden zu den In-House-Geschäften auch Situationen gezählt, in denen öffentliche Auftraggeber mit von ihnen kontrollierten Gesellschaften, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, Verträge abschliessen. Selbstverständlich haben öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben gänzlich mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen zu lassen, ohne auf die Leistung rechtlich selbstständiger Unternehmen zurückgreifen zu müssen. Schwieriger ist bei In-House-Geschäften im weiteren Sinne die Abgrenzungsfrage, ob für sie eine Ausschreibungspflicht besteht oder nicht. Hier verweist die Lehre auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Baurecht 2/09, S. 75). Nach dieser Rechtsprechung ist das Vergaberecht grundsätzlich zur Anwendung zu bringen, sobald eine vertragliche Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen besteht. Selbst wenn beide Partner eines Rechtsgeschäftes der Form nach jeweils eigene Rechtspersönlichkeit haben, kann die zwischen ihnen durchgeführte Transaktion gleichwohl einem hausinternen Geschäft gleichgestellt werden, und zwar wenn zwei von der Rechtsprechung entwickelte Kriterien erfüllt sind. Nach dieser "Teckal-Praxis" kann ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag ohne Beachtung des Vergaberechts an eine Tochtergesellschaft vergeben, wenn erstens der Auftraggeber diese Gesellschaft kontrolliert wie eine eigene Dienststelle ("Kontrollkriterium") und wenn zweitens die Tochtergesellschaft ihre Leistungen allgemein ganz wesentlich für den Auftraggeber erbringt ("Tätigkeitskriterium"). Dabei wurde klargestellt, dass es zur Erfüllung des "Kontrollkriteriums" nicht erforderlich ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Kontrolle über die Tochtergesellschaft alleine ausüben kann. Dieses Kriterium kann auch erfüllt sein, wenn die Tochtergesellschaft durch mehrere öffentliche Auftraggeber gehalten wird, von denen keiner die Geschicke der Tochter alleine bestimmen kann.

4.3 Im vorliegenden Fall ist die Bürger- und Einwohnergemeinde A. Mitglied des Zweckverbandes Forstrevier B. Dieses Forstrevier wird durch die Mitgliedergemeinden getragen und kontrolliert. Private Beteiligungen bestehen keine, so dass keine Konfliktsituationen entstehen. Die Kontrolle kann also durch Mehrheitsbeschluss ausgeübt werden, auch wenn die Mehrheiten sich fallweise anders zusammensetzen. Das "Kontrollkriterium" ist also gegeben.

Der Verband bezweckt prioritär die Erhaltung und Verbesserung des Waldes, es gehört aber auch allgemein zu seinen Aufgaben, die Dörfer und ihre Zufahrtstrassen zu sichern. Die Gemeinde legt denn auch dar, dass der Strassenbau seit Jahrzehnten zu den Kernkompetenzen des Forstbetriebes gehöre. Es ist auch das "Tätigkeitskriterium" erfüllt, da der Forstbetrieb ganz wesentlich – ja ausschliesslich – für die Trägergemeinden tätig ist. Der Entscheid der Gemeinde, die Sanierungsarbeiten der Alpstrasse durch den Forstbetrieb ausführen zu lassen, statt eine aussenstehende Unternehmung zu beauftragen, ist ohne weiteres zulässig und stellt diesbezüglich keine Rechtsverletzung dar.

Entscheid des Verwaltungsgerichts VD vom 16.03.2012, MPU.2011.0020

Siehe dazu auch BGE 2C_388/2012 vom 30.08.2012 (Bestätigung des kantonalen Entscheids) sowie die Entscheide des Verwaltungsgerichts VD vom 06.11.2009, GE.2007.0013 und MPU.2010.0008 vom 06.12.2010 und BGE 2C_66/2011 vom 01.09.2011.

Nachdem der Verein EHNV in den vorangegangenen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht unterlegen war, da die Voraussetzungen einer freihändigen Inhouse-Vergabe von medizinischen Laboranalysen an die A SA (im vorangehenden Verfahren als Y SA bezeichnet) nicht als gegeben erachtet worden waren, wurde er angewiesen, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. In dieser Ausschreibung verlangte EHNV jedoch, dass der Zuschlagsempfänger seinerseits bestimmte Laboranalysen an EHNV vergabe. Dagegen rekurrierte X SA mit Erfolg beim Verwaltungsgericht. Der zweite Entscheid des Verwaltungsgerichts wurde vom Bundesgericht bestätigt, so dass die Verpflichtung zu einer neuen Ausschreibung in Rechtskraft erwuchs. Daraufhin brach EHNV das Vergabeverfahren mit der Begründung ab, die Analysen künftig selbst durchzuführen. Das Verwaltungsgericht betrachtete den Verfahrensabbruch als zulässig. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht bestätigt.

2b. Selon la doctrine, on parle communément de marché public pour désigner l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services. L'adjectif «public» fait ici référence à la personnalité de l'acquéreur de la prestation et non pas au régime juridique applicable à ces contrats: en Suisse, ceux-ci restent soumis au droit privé (v. Nicolas Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, n° 1872, p. 376 s.). On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que demandeur, acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est consommatrice de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le fournisseur (cf. René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2ème édition, Bâle 2011, § 19, nos 1 à 15, p. 354 s.). L'objectif est ainsi de permettre aux pouvoirs publics de se procurer aux meilleures conditions possibles sur le marché libre les biens et les services dont ils ont besoin, c'est-à-dire de dépenser de manière rationnelle les fonds publics. Il y a donc marché public lorsque l'Etat se procure auprès d'une entreprise privée un bien ou service moyennant un prix que l'Etat s'engage à payer (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 214). L'approche restrictive du Tribunal fédéral lie l'existence d'un marché à la réunion de deux éléments: un flux financier de l'Etat vers une entreprise privée et l'existence d'une tâche publique (cf. François Bellanger, Le droit applicable aux marchés publics, in RDAF 2001 I 367 et ss, not. 371). Lorsque l'Etat concède l'accomplissement d'une tâche publique à une entreprise de droit privé, il sollicite l'accomplissement d'une tâche qu'il n'est pas en mesure d'exécuter lui-même; aussi fait-il appel aux entreprises privées pour lui confier l'exécution de prestations de services (cf. Aurélia Rappo, Les marchés publics: champ d'application et qualification, in RDAF 2005 I 165 et ss, not. 170). De façon plus générale, on ne saurait écarter l'application du droit des marchés publics chaque fois que la collectivité veut passer une convention déléguant une tâche publique ou confier à une organisation privée des prérogatives de puissance publique (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Zufferey, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 66). Le droit des marchés publics n'est cependant applicable que si un véritable marché doit être passé. Tel n'est pas le cas lorsque l'adjudicateur fait exécuter ce marché par ses propres services, de même en cas de délégation de tâches publiques internes à l'administration (Jean-Baptiste

Zufferey, *Le champ d'application du droit des marchés publics*, in: *Marchés publics 2008*, Zufferey/Stöckli éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, n° 28, p. 160; Evelyne Clerc, *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Bâle 2002, ad art. 5 LMI, nos 57-61, pp. 1330-1332). Il en résulte que la délégation d'une tâche publique entre deux entités de droit public est soustraite au droit des marchés publics (arrêt GE.1998.0178 du 2 juillet 1998, in RDAF 2000 I 123). Un marché public implique en effet que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire constituent deux personnes distinctes. Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration (marché "in-house"), il ne s'agit pas d'un marché public (Clerc, *ibid.*, n° 57; Zufferey/Maillard/Michel, p. 65 s.). La situation est similaire, en l'absence de délégation interne à l'administration, lorsque l'adjudicataire possède sa personnalité juridique propre mais qu'il est en lien spécial et très étroit avec l'adjudicataire (Zufferey, *op. cit.*, n° 28 p. 160; Martin Beyeler, *In-house-Vergaben*, in: *Marchés publics 2010*, Zufferey/Stöckli éd., Zurich/Bâle/Genève 2010, nos 7-8, p. 22). Dans une situation de ce genre, "quasi inhouse", il importe de procéder à une analyse fonctionnelle et déterminer quelle est l'influence du pouvoir adjudicateur sur l'adjudicataire ou quelle est l'influence inverse (Clerc, *ibid.*, n° 59). Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'on se trouve dans un marché "in-house". Tout d'abord, il est nécessaire que l'adjudicateur détienne entièrement l'adjudicataire; une participation minoritaire d'actionnaires privés au capital-actions d'une société d'économie mixte suffit à entraîner l'applicabilité du droit des marchés publics. En outre, l'activité essentielle de l'adjudicataire doit s'exercer au profit de l'adjudicateur. Enfin, celui-ci doit exercer sur l'adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services; ce contrôle s'exerce par la détention prépondérante du capital-actions, la domination au sein du conseil d'administration de l'entité "in-house" et des accords contractuels susceptibles de créer chez l'adjudicataire une obligation d'obéissance à l'égard de l'adjudicateur (arrêt GE.2007.0013, déjà cité; v. Zufferey, *op. cit.*, n° 29 pp. 160-161; Clerc, n° 59; Beyeler, *op. cit.* nos 78-111 p. 51 et ss; références citées). Ce contrôle peut s'exercer par le biais d'un vote majoritaire, même si cette majorité résulte d'un partenariat de différents actionnaires (cf. dans ce sens, arrêt du Tribunal administratif du Canton du Valais du 3 décembre 2009, in DC 2011 p. 257, S116; dans le même sens, Zufferey, n° 29, p. 161, réf. citée).

2d. (...) A cet égard, l'art. 13 let. i AIMP, respectivement l'art. 8 let. h LMP-VD prescrivent que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir que le pouvoir adjudicateur n'a la faculté d'interrompre ou de répéter la procédure de passation qu'en présence de justes motifs, soit (art. 41 RLMP-VD) lorsqu'aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été déposée (let. a); en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues (let. b); les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace (let. c); toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet (let. d); le projet est modifié ou retardé de manière importante (let. e). L'énumération des cas cités dans la loi n'est cependant pas exhaustive; d'autres raisons importantes peuvent en effet permettre l'interruption du marché (v. Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 180). Il n'existe en principe de motifs raisonnables qu'en présence de circonstances non prévisibles et objectivement importantes, cela au point que la poursuite de la procédure de passation du marché apparaît comme ne pouvant pas être imposée au pouvoir adjudicateur (Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurich 1996, p. 139; Martin Beyeler, *Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, in AJP 2005 784 et ss, not. 790). L'adjudicateur peut interrompre une procédure d'adjudication à condition que cela soit justifié par des motifs objectifs et ne vise pas à discriminer délibérément les soumissionnaires (ATF 134 II 192

consid. 2.3 p. 199). L'interruption de la procédure d'adjudication, voire la révocation de la décision d'adjudication, pour des motifs d'internalisation est du reste possible, mais doit reposer sur des motifs objectifs (Beyeler, in *Marchés publics* 2010, n° 30 p. 29).

L'annulation de la décision d'interruption n'entrant pas en ligne de compte, la question se pose de savoir si la décision peut être déclarée illicite, ce qui ouvre, le cas échéant, la voie d'une requête en dommages-intérêts (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 7 février 2008, in DC 4/2009 S84, avec une note de Jacques Dubey). L'interruption ne saurait en effet intervenir de façon contraire au principe de la bonne foi. En particulier, il y aurait violation des obligations précontractuelles lorsque le pouvoir adjudicateur lance un appel d'offres public sans avoir l'intention actuelle et sérieuse d'adjuger le contrat, soit par exemple dans le seul but de sonder le marché (v. GE 1998.0178, déjà cité). En outre, le pouvoir adjudicateur violerait ce principe s'il lançait une telle procédure, sans s'être assuré au préalable du financement du projet; à plus forte raison s'il doit l'interrompre ensuite faute d'avoir trouvé les fonds nécessaires (cf. Evelyn Clerc, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 493; Galli/Lehmann/Rechsteiner, *ibid.*, n° 456). L'interruption de la procédure peut intervenir de façon contraire à la protection de la confiance des soumissionnaires, lorsque ceux-ci ont étayé l'appel d'offres sur la base du projet et ont été exposés à des dépenses pour élaborer leurs offres, de même lorsque leur perspective concrète de se voir adjuger le marché est compromise par cette interruption (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 31 janvier 2002, in DC 2/2003, S20, avec une note d'Hubert Stöckli; v. en outre sur ce point, Beyeler, in *AJP* 2005 p. 789). Tel n'est cependant pas le cas lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure moins d'un mois après l'ouverture des offres, après s'être rendu compte que la première estimation de la valeur du marché était insuffisante en raison du mauvais état de l'ouvrage à réhabiliter (arrêt GE.2006.0075 du 14 décembre 2006, confirmé par ATF 2P.34/2007 du 8 mai 2007).

3a. (...) Il en résulte que, pour autant qu'elle réponde à des motifs objectifs, l'interruption par l'autorité intimée de la procédure ne prête pas le flanc à la critique. Il reste ainsi à démontrer que l'internalisation des prestations ayant fait l'objet de l'appel d'offres initial est bien réelle et que l'activité qui caractérisait initialement le marché a effectivement été reprise par l'autorité intimée, sans que des tiers, notamment A. ne soient à cet égard sollicités de collaborer. Ces conditions réalisées, ce qu'il importe de vérifier ci-dessous, l'autorité intimée ne pouvait être contrainte de lancer contre son gré une nouvelle procédure d'appel d'offres.

Entscheid des Verwaltungsgerichts AG vom 01.07.2013, WBE 2012.159

Die C AG ist eine gemeinnützige Aktiengesellschaft im Spitalbereich, welche dem Vergaberecht untersteht. Diese hat mit der B AG, an der sie beteiligt ist, freihändig einen Vertrag über Output Management (Lieferung und Unterhalt von Druckern und Multifunktionsgeräten) geschlossen und sich auf den Standpunkt gestellt, es handle sich um eine freie Inhouse-Vergabe. A AG rekurrierte dagegen. Das Verwaltungsgericht hat zur Beurteilung der Vergaberechtsfreiheit auf die Kriterien des EuGH zu Quasi-Inhouse-Geschäften abgestellt und kam zum Schluss, dass das Tätigkeitserfordernis im vorliegenden Fall nicht gegeben, weil die B AG in erheblichem Ausmass auch Tätigkeiten gegenüber Dritten erbrachte. Damit sei die Wettbewerbsneutralität verletzt und eine freihändige Vergabe daher unzulässig. Ob das Kontrollerfordernis erfüllt war, konnte somit offen gelassen werden.

2.1 In-house-Vergaben sind Vorgänge, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine seiner verwaltungsinternen Dienststellen erteilt, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Solche Geschäfte sind vergaberechtsfrei (vgl. dazu MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben: Wer mit wem, wann und warum, in: ZUFFEREY/STÖCKLI [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 17 ff, insbes. S. 22 ff.). Zu den vergaberechtsfreien In-house-Geschäften werden aber auch Konstellationen gezählt, in denen öffentliche Auftraggeber von Stellen, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, aber von den Auftraggebern kontrolliert werden, Leistungen beziehen (sog. Quasi-in-house-Vergaben). Für die Beurteilung, ob es sich auch bei einem solchen Geschäft um eine vergaberechtsfreie Beschaffung handelt oder nicht, werden in der Literatur die Kriterien herangezogen, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Urteil "Teckal" erstmals aufgestellt und in der Folge auch weiterentwickelt hat. Danach liegt eine vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Vergabe vor, wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der rechtlich eine andere Person ist als er selbst (also nicht demselben Rechtsträger angehört wie der Auftraggeber), der aber erstens unter der Kontrolle öffentlicher Auftraggeber steht (Kontrollerfordernis) und der zweitens grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere Personen als die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber entfaltet (Tätigkeitserfordernis). Das Kontrollerfordernis ist erfüllt, wenn der Auftraggeber eine Kontrolle ausüben kann wie über eine eigene (hausinterne) Dienststelle. Diese Kontrolle kann auch durch mehrere öffentliche Auftraggeber wahrgenommen werden; ausgeschlossen ist nach der Rechtsprechung des EuGH hingegen jegliche (noch so geringfügige) Beteiligung von Privaten. Das Tätigkeitserfordernis verlangt, dass der Leistungserbringer "im Wesentlichen" für den oder die an ihm beteiligten Auftraggeber tätig sein muss und höchstens "ganz untergeordnete Tätigkeiten" zugunsten von an ihm nicht beteiligten Dritten entfalten darf. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, untersteht das fragliche Geschäft dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, S. 49 ff; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1222ff.). Unter Begriff der sog. In-state-Vergabe schliesslich wird die Auftragserteilung eines öffentlichen Auftraggebers an ein rein öffentliches Subjekt ohne jede Privatbeteiligung, das ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, verstanden. Erfolgt die Auftragserteilung an einen öffentlichen Leistungserbringer, der (auch) kommerziell, d.h. mit Gewinnabsicht tätig wird, liegt keine In-state-Beschaffung vor (vgl. MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, S. 82 ff.). Die Rechtsprechung der schweizerischen Verwaltungsgerichte zu internen Vergaben, namentlich zu den Quasi-in-house-Vergaben, ist bescheiden (MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, Rz.1227). Immerhin hat das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt angetönt, dass es sich bei einer künftigen Beurteilung von Quasi-in-house-Vergaben an der europäischen Recht-

sprechung orientieren werde; im konkreten Fall konnte es die Frage offen lassen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 6. November 2009 [GE.2007.0013], in: Baurecht 2010, S. 86 S2, S. 91 S5; MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, Rz.1227, insbesondere Fn. 1387). Das Walliser Kantonsgericht hat in einem neueren Entscheid die Rechtsprechung des EuGH zu den Quasi-in-house-Vergaben herangezogen und eine solche im zu beurteilenden Fall (Vergebung von Sanierungsarbeiten an einer Alpstrasse an den Forstbetrieb eines kommunalen Zweckverbandes durch eine Mitgliedgemeinde) bejaht (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 3. Dezember 2009 ITCV A1 09 163], Erw. 4.2 und 4.3). In der Literatur wird eine Anwendung der EuGH-Praxis zu den Quasi-inhouse-Vergaben ebenfalls befürwortet, da das schweizerische und das europäische Vergaberecht "im Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung des Gebarens öffentlicher Auftraggeber" auf denselben Gedanken, Anliegen und Regelungszwecken beruhen (MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1228 mit weiteren Hinweisen).

2.2 (...) Bereits aus der Formulierung dieser Zweckbestimmung geht hervor, dass die Beigeladene nicht oder jedenfalls nicht mehr ausschliesslich für die an ihr beteiligten Aktionäre, sondern auch für weitere öffentliche und private Institutionen im Gesundheits- und Sozialbereich tätig wird. Zudem betreibt sie gemäss ihrer Zweckbestimmung uneingeschränkt Handel mit Hardware und Software. Die Darstellung der Kunden auf der Website der Beigeladenen (www.__.ch/Kunden) zeigt, dass sich der Kundenkreis nicht auf ihre Aktionäre beschränkt, sondern wesentlich darüber hinausgeht (2.8. K., L., M.). Weiter ist festzustellen, dass die Beigeladene auch als Anbieterin an öffentlichen Submissionsverfahren teilnimmt. So gehört sie in einem vom Universitäts-Kinderspital beider Basel UKBB am 20. Oktober 2012 selektiv ausgeschriebenen Verfahren für eine IT-Beschaffung (IT Workplace Client und VDI) zu den zur Angebotsabgabe zugelassenen Anbietern (vgl. www.__.ch, Publikation vom 12. Dezember 2012). Dem neuesten Leistungsreport 2012 (Geschäftsbericht der B. AG) schliesslich ist u.a. zu entnehmen (S. 2 ff.), dass ein strategisches Ziel für das Jahr 2012 die Erschliessung des Pflegemarktes gewesen sei und der Einstieg geglückt sei (...). Davon, dass die Beigeladene in Konkurrenz mit privaten IT-Dienstleistungsanbietern steht, geht nicht zuletzt auch die CAG (als eine der Gründerinnen und Aktionärin der Beigeladenen) aus, bezeichnet sie die Beschwerdeführerin doch als "klarerweise eine Konkurrentin der B. AG" (Eingabe der CAG vom 11. Juli 2012, 5.2). Vor diesem Hintergrund kann das Erfordernis der Wettbewerbsneutralität der Tätigkeit der Beigeladenen entgegen ihrer Auffassung nicht als erfüllt angesehen werden. Sie erbringt ihre Dienstleistungen nicht nur gegenüber ihren eigenen Aktionären, sondern in einem erheblichen Ausmass auch gegenüber Dritten, wo sie in direkter Konkurrenz mit privaten Marktteilnehmern steht (...) Das Tätigkeitserfordernis, bei dem es um den Wettbewerbsschutz geht, ist vorliegend somit klar nicht erfüllt. Die Beigeladene ist in einem Ausmass und in einer Weise für nicht an ihr beteiligte Dritte (öffentliche und private Auftraggeber im Gesundheits- und Sozialbereich) kommerziell und in Konkurrenz zu den gewöhnlichen Marktteilnehmern tätig, die mit der geforderten Wettbewerbsneutralität unvereinbar sind (vgl. dazu auch MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, Rz.1269 ff., insbesondere Rz. 1277f.). Kontrollerfordernis und Tätigkeitserfordernis müssen beide, d.h. kumulativ, erfüllt sein. Infolgedessen kann es offen bleiben, ob das Kontrollerfordernis bei der Beigeladenen erfüllt wäre oder nicht. Das Tätigkeitserfordernis jedenfalls ist es nicht.

2.3. Die Beauftragung der Beigeladenen mit dem Output-Management gemäss dem im Jahr 2012 geschlossenen Einzelvertrag EV-CAG-Output-Mgmt 2011-0001 lässt sich aufgrund der gegebenen Umstände nicht als vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Vergabe qualifizieren, sondern untersteht dem öffentlichen Vergaberecht (insbesondere dem Submissionsdekret) und hätte in einem entsprechenden Vergabeverfahren vergeben werden müssen. Mit anderen Worten ist der fragliche Vertrag in Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften abge-

geschlossen worden. Wie erwähnt anerkennt inzwischen auch die CAG, dass ein Output-Management, wie es dem Einzelvertrag EV-CAG-Output-Mgmt-2011-0001 zugrunde liegt, in einem submissionsrechtlich vorgeschriebenen Verfahren zu vergeben ist.

Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.03.2013, B-536/2013

Die Vergabestelle schrieb ein Softwareentwicklungsprojekt öffentlich aus und erteilte zunächst Anbieter Z. den Zuschlag. Dagegen rekurrierte Anbieter C und rügte im Wesentlichen Verletzung von Ausstandspflichten und Vorbefassung. Das Bundesverwaltungsgericht erteilte der Beschwerde aufschiebende Wirkung. Daraufhin widerrief die Vergabestelle den Zuschlag und brach das Verfahren ab. Sie machte geltend, aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit, müsse das Projekt nun ‚Inhouse‘ realisiert werden. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Voraussetzungen für einen Abbruch des Verfahrens im vorliegenden Fall nicht als gegeben.

3.2.4.2 Damit stellt sich die Frage, ob die Liste von Art. 30 VöB als abschliessend zu verstehen beziehungsweise restriktiv auszulegen ist, wie die Beschwerdeführerin im Ergebnis nahe legt:

Das Vergaberecht als flexibles Rahmenwerk für Beschaffungen ist darauf ausgelegt, den Auftraggeberinnen grosse Freiheiten zu bieten für die Anpassung der Vergabeverfahren an eigene Bedürfnisse (vgl. E. 3.2.3.3 sowie im Zusammenhang mit In-House-Beschaffungen: BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1155, 1158, 1181, 1208, 2571; SUTER, a.a.O., Rz. 145, 164, 174, 176, 202 sowie 229 ff.). So vertritt SUTER die (etwas paradox formulierte) Auffassung, der Gesetzgeber habe eine – "wenn auch weit gefasste" – abschliessende Regelung formuliert (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 90 und 145), die angesichts der beispielhaft aufgezählten und nicht restriktiv zu verstehenden Abbruchgründe dennoch "als nicht abschliessend" zu werten sei (SUTER, a.a.O., Rz. 92 und 147).

Dazu ist zu sagen, dass zweifellos ausserhalb der Aufzählung von Art. 30 VöB liegende, legitime Abbruchgründe denkbar sind und auch zulässig sein müssen, wenn Umstände beispielsweise einen Abbruch wegen äusserster Dringlichkeit unbedingt erfordern, weil z.B. eilige Sanierungsmassnahmen bei einer akut einsturzgefährdeten Brücke eine Freihandvergabe dringend notwendig machen (vgl. zur sog. "Dringlichkeits-Freihandvergabe" BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2517 [mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juni 2009 E. 7.2], Rz. 2601; SUTER, a.a.O., Rz. 82 und 92). Ob indessen die in Art. 30 VöB vorgesehene Liste – von dieser Notausnahme abgesehen – implizit auch Fälle wie den Vorliegenden erfasst, bei denen die Vergabestelle trotz Projektverwirklichungsabsicht lediglich auf den Bezug von Fremdleistungen verzichten will, kann aus den nachfolgenden Erwägungen letztlich offen gelassen werden.

Selbst wenn – wie hier – ein laufendes Vergabeverfahren auch bei einer Beibehaltung des Beschaffungsziels abgebrochen werden dürfte, weil die Vergabestelle die nachgefragte Leistung nachträglich durch (eine vergaberechtsfreie und damit nicht ausschreibungspflichtige) Eigenleistung beschaffen will (vgl. zu diesen sog. "In-House-Geschäften": BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1145 ff., 1158, 1163 ff. [insbes. Fn. 1319], 1180 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 229-237; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.]: Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, Art. 11 BöB N. 21), so müsste eine solche In-House-Beschaffung, will man diesen zusätzlichen Abbruchgrund anerkennen (in diesem Sinne für viele BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1168), durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein (vgl. die von BEYELER postulierten Anforderungen [Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1168, 2760, 2771, 2773, 2812 wonach eine {nicht missbräuchliche} In-House-Vergabe einen "zwingenden" Abbruchgrund darstellt]; SUTER, a.a.O., Rz. 230).

Dabei wäre ein Abbruchgrund nur dann als "sachlich" anzuerkennen, wenn er gleichzeitig – gewissermassen als Kehrseite der Medaille – mit keiner gezielten Diskriminierungsabsicht gegenüber Anbietern in Verbindung gebracht werden kann (BGE 134 II 192 E.2.3). Selbstredend lässt sich das "Fehlen einer gezielten Diskriminierung" als "Negativum" nicht positiv beweisen; allerdings kann die Beweislast für deren allfälliges Vorliegen auch nicht ausschliesslich der sich für diskriminiert erachteten Partei überbunden werden.

Es drängt sich daher auf, bei der Beurteilung des "sachlichen Grundes" für einen Abbruch auch alle im konkreten Fall erheblichen Umstände einzubeziehen, die auf eine "gezielte Diskriminierungsabsicht" hindeuten (könnten).

3.2.4.2.1 Vorab fällt auf, dass die Vorinstanz keine Gründe persönlicher oder fachlich-technischer Natur (vgl. dazu sinngemäss die Ausführungen bei BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2739-2756) geltend macht, welche die Qualifikationen der Offerentinnen für eine anstandslose Erfüllung des Beschaffungsauftrages im Projekt X (grundsätzlich oder in gewissen Punkten) in Frage stellen würden.

Hinzu kommt, dass, wie bereits in der Erwägung 1.4.3.3 erwähnt, ein Abbruch nicht bereits deshalb, wie die Vergabestelle meint, "allein aus formellen Gründen" notwendig ist, weil der im Evaluationsverfahren vom Befangenheitsanschein betroffene Kadermitarbeiter der Bedarfsstelle auch an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und am technischen Teil des Pflichtenheftes mitgewirkt hatte. Damit ist entgegen der Auffassung der Vergabestelle die von ihr für "alternativlos" gehaltene In-House-Beschaffung keinesfalls zwingend notwendig.

3.2.4.2.2 Diesem Aspekt kommt hier als Element eine besondere Bedeutung zu, zumal die Vergabestelle im Rahmen der Projektvereinbarung im Personalbereich unbestrittenermassen höhere Personalkosten in Kauf zu nehmen bereit ist, worin die Beschwerdeführerin einen Beleg dafür erblickt, dass die Vergabestelle sie gezielt diskriminieren wolle.

Diese Schlussfolgerung ist aber nicht zwingend. Denn die Inkaufnahme höherer Personalkosten (bei einer In-House-Beschaffung) liesse sich jedenfalls dann nicht beanstanden, wenn für eine zeitgerechte Realisierung des Projektes X nur der Weg über eine In-House-Beschaffung offen stünde. Dies ist jedoch, wie in der Erwägung 1.4.3.3 gezeigt wurde, nicht der Fall.

3.2.4.2.3 Nicht ersichtlich ist auch, inwiefern mit der von der Vergabestelle mit Nachdruck betonten Dringlichkeit hier eine In-House-Beschaffung gerechtfertigt werden könnte.

Dieses Argument könnte sich vorab im Kontext der eingangs in E. 3.2.4.2 erwähnten "Dringlichkeits-Freihandvergabe" zum Schutze hochrangiger Polizeigüter stellen oder wenn es ausnahmsweise gälte, sonst drohenden, ausserordentlich hohen finanziellen Schaden abzuwenden. Eine solche Konstellation macht die Vergabestelle jedoch nicht geltend. Im Übrigen behauptet selbst die Vergabestelle nicht, dass hier allein wegen der Projektverzögerungen aufgrund des Beschwerdeverfahrens von einer besonderen, einen Verfahrensabbruch rechtfertigenden Dringlichkeit auszugehen wäre. Auch sonst sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, von der Regel abzuweichen, wonach in der Planung von Vergabeverfahren auch die Dauer möglicher Beschwerdeverfahren mit zu berücksichtigen ist (Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4, B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3).

Vor diesem Hintergrund kann – auch mit Blick auf die im Beschaffungsverfahren eingereichten, in fachlicher und technischer Hinsicht nie beanstandeten Offerten – die aufgeworfene Frage offengelassen werden, inwiefern sich nur durch die beabsichtigte In-House-

Beschaffung die von der Vergabestelle behauptete notwendige Beschleunigung erreichen liesse.

3.2.4.3 Nach dem Gesagten ist bei einer gesamthaften Würdigung aller erheblichen Umstände kein legitimer Grund für einen Abbruch erkennbar, zumal die In-House-Beschaffung – entgegen den Darlegungen der Vergabestelle – zumindest weder als "unumgänglich" noch als alternativlos erscheint und auch keine Situation geltend gemacht wird, die eine "Dringlichkeits-Freihandvergabe" erlauben würde.

V. Hinweise auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)

- C-107/98, Teckal Srl gegen Comune di Viano und Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, vom 18.11.1999, Slg.1999, I-08121
- C-26/03 Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH gegen Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, vom 11.01.2005, Slg. 2005, I-00001
- C-324/07, Coditel Brabant SA gegen Commune d'Uccle und Région de Bruxelles-Capitale, vom 13.11.2008, Slg. 2008, I-08457
- C-573/07, Sea Srl gegen Comune di Ponte Nossa, vom 10.09.2009, Slg. 2009, I-08127
- C-340/04, Carbotermo SpA und Consorzio Alisei gegen Comune di Busto Arsizio und AGESP SpA. vom 11.05.2006, Slg. 2006, I-04137
- C-458/03, Parking Brixen GmbH gegen Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG, vom 13.10.2005, Slg. 2005, I-08585
- C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) gegen Transformación Agraria SA (Tragsa) und Administración del Estado, vom 19.04.2005 Slg. 2007, I-02999
- C-182/11 und C-183/11 Econord SpA gegen Comune di Cagno, Varese und Solbiate vom 29.11.2012
- C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce und Università del Salento gegen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce vom 19.12.2012.
- C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG gegen Kreis Düren vom 13.06.2013
- C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul Informations System GmbH gegen Datenlotsen Informationssysteme GmbH vom 08.05.2014
- C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE und Serviço de Utilização Comum dos Hospitais gegen Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda vom 19.06.2014

Siehe auch die ausführliche Darstellung der Entwicklung dieser Praxis im Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern SEK (2011) 1169 endg. vom 04.10.20

VI. Literaturhinweise

- ARROWSMITH SUE/ANDERSON ROBERT D., *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, S. 274ff.
- BEYELER MARTIN, *Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht*, jusletter 22. Dezember 2014
- BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zürich 2012, zugl. Habilitationsschrift Fribourg, S. 593ff.
- BEYELER MARTIN, *In-house-Vergaben: Wer mit wem wann und warum*, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert, *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich 2010, S. 17ff.
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 244ff.
- HANDSCHIN LUKAS/SIEGENTHALER THOMAS, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, SJZ 2000, S. 405ff.
- HETTICH PETER/HAEGI URS, *Bemerkungen zu X. c. Gemeinde Galgenen*, BGer 2C_116/2007 und 2C_396/2007, AJP 2008, S. 238-242
- SCHERLER STEFAN, *'In-House'-Vergaben in der Schweiz*, BR 2005, S. 67
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA/JOST FELIX, *Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren*, Sonderheft BR Vergaberecht 2006
- STEINER MARC, *Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?* in: ELR 2009, S. 280 ff.
- STEINER MARC, *In-house und interkommunale Zusammenarbeit: Der EuGH präzisiert seine Rechtsprechung im Sinne praktischer Konkordanz zwischen den Leitgedanken des europäischen Wirtschaftsverwaltungsrechts und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung*, ELR 2009, S. 52 ff.
- TRÜEB HANS RUDOLF, *Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger, *Wettbewerbsrecht II, Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG*, Zürich: Navigator.ch/Orell Füssli 2011
- WEKO, *Empfehlung vom 20.06.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts*
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Marchés 'in-house' et 'quasi in-house'*, BR 2013, S. 28-31
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Les 'PPP' en droit suisse: aspects contractuels et institutionnels*, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2012*, Zürich: Schulthess 2012, S. 429-436

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le droit des 'PPP': état des lieux: contrats et marchés, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich: Schulthess 2010, S. 247-275

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le champ d'application du droit des marchés publics – Quelques aspects d'un problème décidément complexe, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 145-162