

Inhouse- und Intragroup-Vergaben

Wolfgang Straub

'Mittagstisch Vergaberecht' Post CH AG
05.03.2014



Überblick

- Inhouse- und Intragroup-Konstellationen
- Aktuelle Rechtslage in der Schweiz
- Praxis des EuGH
- Schweizerische Praxis
- Entwicklungen in der EU
- Revidiertes GPA
- Ausblick (Revision des BöB und der IVöB)
- Vorläufiges Fazit

Überblick

Voraussetzungen für Ausschreibungspflicht:

- Unterstellter Auftraggeber/unterstellter Bereich
- Unterstellte Leistung
- Schwellenwert
- Keine Ausnahmetatbestände

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Begriffliches

- In-State-Vergaben
- Inhouse-Vergaben
- Quasi-Inhouse-Vergaben
- Intragroup-Vergaben

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Relevante Konstellationen

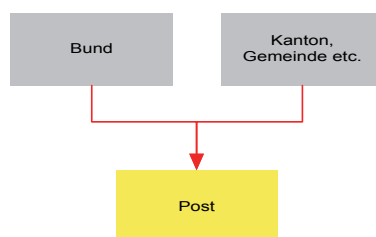
- Quasi-Inhouse-Vergaben **an** bestimmte Unternehmen
- Weitervergaben solcher Unternehmen **an Dritte**

AD & P

5

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Vertikale Vergabe Gemeinwesen an Post

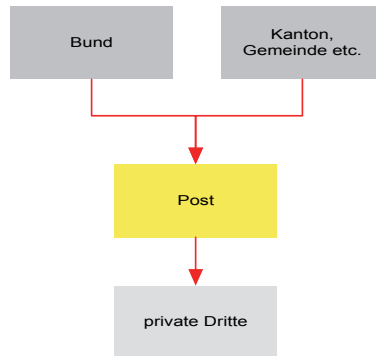


AD & P

6

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Vertikale Weitervergabe Post an Dritte

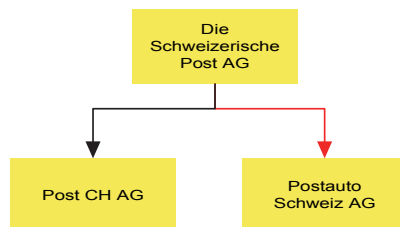


AD & P

7

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Vertikale Vergabe von Mutter- an Tochtergesellschaft

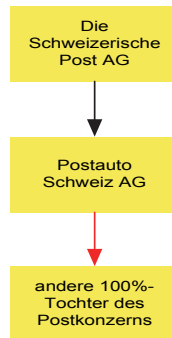


AD & P

8

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Vertikale Weitervergabe innerhalb des Konzerns

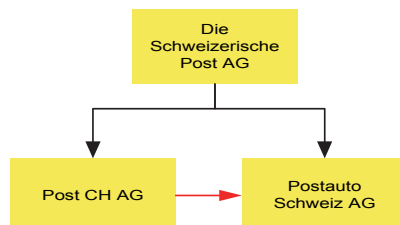


AD & P

9

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Horizontale Vergabe oder Weitervergabe zwischen Tochtergesellschaften

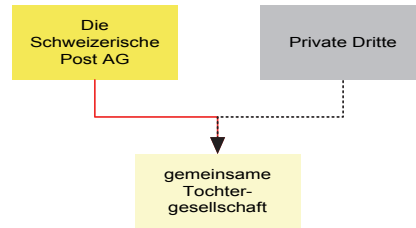


AD & P

10

Inhouse- und Intragroup-Konstellationen

Vertikale Vergabe an Joint Venture



AD & P

11

Aktuelle Rechtslage in der Schweiz

- Keine Regelung von Inhouse-Vergaben in den geltenden Erlassen BöB/VöB/IVöB
- Keine Regelung von Inhouse-Vergaben im geltenden GPA 1994, aber verschiedene Vorbehalte der Schweiz für bestimmte Fallgruppen:
 - Appendix I Annex 3 Anmerkungen 2 und 6 sowie Fussnoten 1 und 2 GPA für die Sektoren (Wasser Energie, städtische Verkehrsbetriebe, Häfen und Flughäfen)
 - Appendix I Annex 4 Anmerkung 1 und 2 GPA

AD & P

12

Aktuelle Rechtslage in der Schweiz

Fallgruppe ‚Gewerbliche Leistungen im Wettbewerb‘

Appendix I Annex 1 Ziff. 8 und Fussnote 2 GPA 1994:

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

*(...) **La Poste** (...) pour autant que l'entité ne soit pas en **concurrence** avec des entreprises auxquelles le présent accord n'est pas applicable „*

Aktuelle Rechtslage in der Schweiz

Fallgruppe ‚Monopol‘

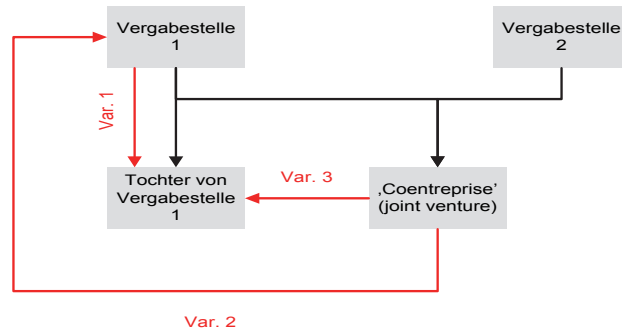
Appendix I Annex 4 Anmerkung 1 GPA 1994:

Le présent accord ne s'applique pas

*(...) 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.*

Aktuelle Rechtslage in der Schweiz

Appendix I Annex 4 Anmerkung 2 GPA 1994



AD & P

15

Aktuelle Rechtslage in der Schweiz

Appendix I Annex 4 Anmerkung 2 GPA 1994 ist grammatikalisch schwer verständlich und mehrdeutig formuliert.

- Beziehen sich alle Varianten auf Dienstleistungen in den **Sektorenbereichen** gemäss Annex 3?
- Ist in jedem Fall ein Mindestumsatz für die Vergabestelle erforderlich? (**Tätigkeitserfordernis**)

AD & P

16

Praxis des EuGH

„Teckal“- Praxis des EuGH zu RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG (siehe beiliegende Judikaturübersicht EU)

Wettbewerbsfreie Vergaben zwischen Gemeinwesen und rechtlich selbständigen Organisationen sind nur unter engen **Voraussetzungen** zulässig.

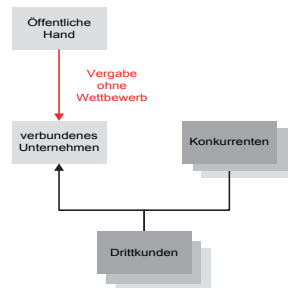
Praxis des EuGH

„Teckal“- Praxis des EuGH:

- Es liegt **keinerlei private Beteiligung** an dem Unternehmen vor.
- Das Gemeinwesen übt über das Unternehmen eine **Kontrolle wie über eine rechtlich nicht selbständige Dienststelle** aus (Kontrollerfordernis).
- Das Unternehmen ist nicht oder **nur in ganz untergeordneter Weise am Markt für Dritte tätig** (Tätigkeitserfordernis)

Praxis des EuGH

Es soll letztlich eine drohende **Wettbewerbsverfälschung** verhindert werden, wenn ein öffentlich beherrschtes Unternehmen als Anbieter auf dem freien Markt auftritt, das durch In-house-Vergaben einen Wettbewerbsvorsprung erlangt hat.



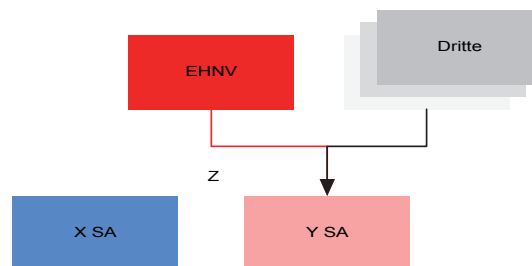
AD & P

19

Schweizerische Praxis

Kantonale Judikatur

Entscheide des Verwaltungsgerichts VD
vom 06.11.2009, GE.2007.0013, E. 3a
und vom 16.03.2012, MPU.2011.0020, E. 2b



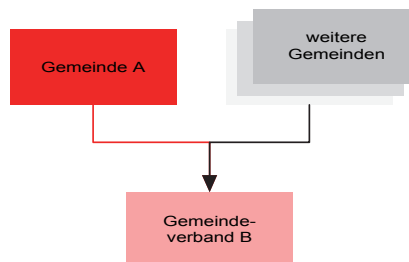
AD & P

20

Schweizerische Praxis

Kantonale Judikatur

Entscheid des Kantonsgerichts VS
vom 03.12.2009, TCV A1 09 163, E. 4.2 und 4.3



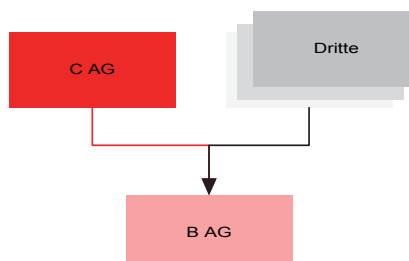
AD & P

21

Schweizerische Praxis

Kantonale Judikatur

Entscheid des Verwaltungsgerichts AG
vom 01.07.2013, WBE 2012.159, E. 2.1-2.3



AD & P

22

Schweizerische Praxis

BVwGer B-536/2013 vom 16.01.2015, E. 3.2.4

Verfahrensabbruch für Inhouse-Lösung

- Der Make-or-buy-Entscheid liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle.
- Aufzählung der **Abbruchsgründe in Art. 30 VöB ist nicht abschliessend.**
- **Offen gelassen**, ob auch Inhouse-Realisierung dazu zählt
- Abbruch muss aber durch **sachliche Gründe** gerechtfertigt sein.
- Voraussetzungen im betreffenden Fall nicht gegeben

AD & P

23

Schweizerische Praxis

Verfahrensabbruch für Inhouse-Lösung

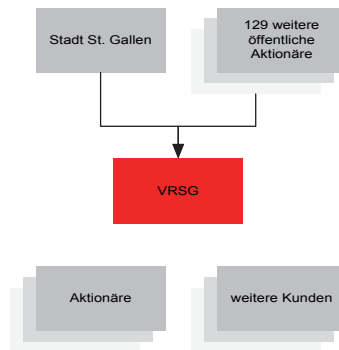
- Abbruch muss im **öffentlichen Interesse** liegen
- Er darf im Zeitpunkt der Ausschreibung **nicht bereits voraussehbar** gewesen sein (andernfalls evtl. bereits in Ausschreibung Risiko offen legen oder Leistungserbringer in Submission einbeziehen!).
- Andernfalls kann **Schadenersatz** (Offertkosten) aus *culpa in contrahendo* verlangt werden.
- Gemäss BVwGer B-536/2013 kann auch der Abbruch selbst angefochten werden, wenn die Vergabestelle nicht auf die Realisierung des Projekts selbst verzichtet.

AD & P

24

Schweizerische Praxis

WEKO Empfehlung 635-0034 vom 20.06.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts.



AD & P

25

Schweizerische Praxis

Art. 5 Abs. 2 BGBM:

„Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen.“

AD & P

26

Schweizerische Praxis

WEKO Empfehlung 635-0034 (VRSG)

- Tätigkeitserfordernis i.c. nicht gegeben
- Träger kantonaler oder öffentlicher Aufgaben mit gewerblichem Charakter sollen aufgrund des **Wettbewerbsdrucks** nicht gestützt auf Art. 5 BGBM dem Vergaberecht unterstellt werden.
- Für Vergaben an VRSG können sich Aktionäre nicht auf Quasi-Inhouse-Privileg berufen. Sie müssen sich gegenüber VRSG **wettbewerbsneutral** verhalten.
- VRSG untersteht ihrerseits nicht dem Vergaberecht.

Schweizerische Praxis

Lehre und Judikatur (soweit vorhanden) verweisen praktisch einhellig auf **Praxis des EuGH** zu den EU-RL

- Beim Erlass des BöB wurde EU-Kompatibilität angestrebt.
- Sowohl das schweizerische als das EU-Recht setzen das GPA um.
- Vorbestehende EU-Normen dienten als Inspirationsquelle für das GPA 1994.
- Dynamischer Nachvollzug des EU-Rechts?

Entwicklungen in der EU

Neue RL 2014/24/EU Art. 12; E. 31-33

Neue RL 2014/25/EU (Sektoren-RL) Art. 28-30; E. 38-41

Die neuen Bestimmungen werden in den Erwägungen als bloße Präzisierungen auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH bezeichnet. Teilweise weichen aber sie davon ab.

Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH die neuen RL auslegen wird.

Entwicklungen in der EU

Voraussetzungen für freie Quasi-Inhouse-Vergaben (Art. 12 RL 2014/24):

- **Kontrollerfordernis**
- **Tätigkeitserfordernis: > 80%** der Tätigkeiten des kontrollierten Unternehmens dienen dem Auftraggeber oder seiner Unternehmensgruppe
- Keine **direkte private Kapitalbeteiligung** – es sei denn,
 - diese ist gesetzlich vorgeschrieben
 - und es besteht kein massgeblicher Einfluss der Privaten

Entwicklungen in der EU

Kontrollerfordernis: ausschlaggebender Einfluss

- auf **strategische Ziele**
- und auf die **wesentlichen Entscheidungen** des kontrollierten Unternehmens

Kontrolle kann auch gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern erfolgen.

Entwicklungen in der EU

Tätigkeitserfordernis

Bestimmung des prozentualen Anteils (> 80% dienen dem Auftraggeber oder seiner Unternehmensgruppe):

- durchschnittlicher **Gesamtumsatz**
- oder geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert (z.B. Kostenfaktoren)
- während **der letzten 3 Jahre vor der Vergabe**

Entwicklungen in der EU

Nicht unterstellte **Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber**

- + Erreichung **gemeinsamer Ziele**
- + ausschliesslich im **öffentlichen Interesse**
- + **Tätigkeitserfordernis**: Auftraggeber erbringen auf dem offenen **Markt < 20%** der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Entwicklungen in der EU

Intragroup-Vergaben (Art. 29 RL 2014/25/EU) in den Sektoren

- Direkte oder indirekte Vergaben (durch Gemeinschaftsunternehmen) erfasst
- Konsolidierte Jahresabschlüsse
- **Tätigkeitserfordernis: > 80% des Umsatzes** aus der Erbringung von Leistungen für die Unternehmensgruppe

Mitteilungspflicht der Vergaben an EU-Kommission

Revidiertes GPA

Art. II Abs. 2 GPA 2012:

Ausnahme für gewerbliche Tätigkeiten im Wettbewerb

„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: (...)

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“

AD & P

35

Revidiertes GPA

Appendix I: Note 2 relative à l'Annexe 3:

Ausnahme für gewerbliche Tätigkeiten im Wettbewerb

*„ Le présent Accord ne couvre pas: (...) 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.** “*

AD & P

36

Revidiertes GPA

Keine explizite Regelung von Inhouse-Vergaben im GPA 2012, aber genereller Vorbehalt der Schweiz in Appendix I Annex 7 Bst. B Ziff. 1:

*„Le présent Accord ne couvre pas (...) les prestations exécutées par un adjudicateur en interne **ou par des adjudicateurs distincts** dotés de la personnalité juridique.“*

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB Art. 4 Abs. 3:

Fallgruppe ‚Stellvertretung‘

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

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB Art. 11 Abs. 1 lit. a
(GPA 2012 Art. II 2a ii)

Fallgruppe ‚Gewerbliche Tätigkeiten im Wettbewerb‘

*„Diese Vereinbarung findet keine Anwendung auf:
Die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im
Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder
Wiederverkauf und zur Verwendung in der Produktion
oder im Angebot von Waren oder Dienstleistungen für
einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf.“*

AD & P

39

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB Art. 11 Abs. 3 lit. a

Fallgruppe ‚Monopol‘:

*„Keiner öffentlichen Ausschreibung bedarf die
Beschaffung von Leistungen (...)
von Anbietern, denen ein ausschliessliches Recht zur
Erbringung solcher Leistungen zusteht.“*

AD & P

40

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB Art. 11 Abs. 3 lit. b:

Fallgruppe ‚Öffentliche Kooperation‘

*„Keiner öffentlichen Ausschreibung 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.**“*

- Im Unterschied zum EU-Vergaberecht genügt ein Auftragsverhältnis.
- Die Kooperation sollte aber nicht gewinnstrebig sein.

AD & P

41

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB Art. 11 Abs. 3 lit. d:

Fallgruppe ‚Teckal‘

*„Keiner öffentlichen Ausschreibung bedarf die Beschaffung von Leistungen (...) 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.**“*

Ist Voraussetzung, dass diese ihrerseits dem Vergaberecht unterstehen (Grundsatz der einmaligen Ausschreibung im Hinblick auf Weitervergaben)?

AD & P

42

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB

Definition **öffentlicher Unternehmen** (Art. 2 lit. i):

*„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.“*

Ausblick

Revisionsentwurf IVöB (Art. 2 lit. i):

Ein beherrschender Einfluss wird vermutet,

- *wenn das Unternehmen mehrheitlich durch den Staat oder andere öffentliche Unternehmen **finanziert** wird,*
- *hinsichtlich seiner **Leitung der Aufsicht** durch den Staat oder andere öffentliche Unternehmen unterliegt,*
- *oder die **Leitung** mehrheitlich vom Staat oder anderen öffentlichen Unternehmen **ernannt** wird.*

Ausblick

Erläuternder Bericht zum Revisionsentwurf IVöB
Art. 11 Abs. 3:

*„Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom EuGH entwickelten Kriterien empfohlen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der ‚Teckal‘-Entscheid. Die Formulierung von Bst. d kodifiziert die wesentlichen Entscheidungsgründe dieser Praxis. Allerdings erfolgt eine **autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der Teckal-Praxis.**“*

Ausblick

Der Revisionsentwurf zur IVöB konnte aus zeitlichen Gründen noch nicht auf die neuen EU-Richtlinien 2014/25/EU und 2014/24/EU Bezug nehmen.

Es bleibt abzuwarten, ob der Revisionsentwurf BöB sich inhaltlich an den neuen EU-RL orientieren wird.

Es ist aber davon auszugehen, dass Lehre und Rechtsprechung längerfristig so oder so auch die neuen EU-RL mit berücksichtigen werden.

Fazit

Wettbewerbsneutralität ist zu wahren.

Prinzip der **einmaligen Ausschreibung** (mit Ausnahmen)

Fallgruppen

- Stellvertretung
- ‚Teckal‘
- Monopol
- Öffentliche Kooperation
- Gewerbliche Tätigkeiten im Wettbewerb

AD & P

47

Fragen, Anregungen, Kritik?

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

+41 31 381 44 25
wolfgang.straub@ad-p.ch

www.ad-p.ch
www.it-recht.ch

AD & P

48