



635-0034: Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaf- fungsrechts (Art. 5 BGBM)

Inhalt

| | | |
|----------|---|-----------|
| A | Ausgangslage | 2 |
| B | Beschaffungsrechtliche Stellung der VRSG im Absatzmarkt | 2 |
| C | Beschaffungsrechtliche Stellung der VRSG im Beschaffungsmarkt | 4 |
| C.1 | Auslegung des subjektiven Geltungsbereichs von Art. 5 Abs. 2 BGBM | 4 |
| C.2 | Bedeutung des Wettbewerbs für den subjektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM | 5 |
| C.3 | Analogie zum Ausklinkverfahren für sektorunterstellte Unternehmen | 7 |
| C.4 | Beurteilung der subjektiven Unterstellung der VRSG unter Art. 5 BGBM | 9 |
| C.4.1 | Staatsgebundenheit | 9 |
| C.4.2 | Allgemeininteresse | 10 |
| C.4.3 | Wettbewerb | 11 |
| E | Zusammenfassung und Empfehlung | 13 |

A Ausgangslage

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und deren Sekretariat überwachen die Einhaltung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) durch Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO kann zu diesem Zweck Untersuchungen durchführen, Empfehlungen abgeben, Gutachten erstatten und Beschwerde führen.¹ Das Binnenmarktrecht sieht in Art. 5 BGBM vor, dass Kantone, Gemeinden sowie Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben umfangreiche öffentliche Beschaffungen ausschreiben müssen.

2. Das Sekretariat der WEKO wurde im Februar 2014 mittels Anzeige darauf aufmerksam gemacht, dass die Verwaltungsrechnungszentrum AG St. Gallen (VRSG) einen Auftrag vergeben hat, ohne diesen öffentlich auszuschreiben. Der Anzeige beim Sekretariat waren verschiedene Medienberichte zu diesem Thema vorausgegangen.² Die VRSG wurde im Jahr 1973 durch den Kanton St. Gallen und einige politischen Gemeinden gegründet und befindet sich nach wie vor vollständig im staatlichen Eigentum. Ihre heutige Tätigkeit besteht darin, Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen sowie Unternehmen mit öffentlicher Zweckbestimmung zu entwickeln und diese zu unterhalten.

3. Es stellt sich in rechtlicher Hinsicht somit die Frage, ob Aufträge der Gemeinden und von anderen öffentlichen Auftraggebern an die VRSG oder allenfalls Aufträge der VRSG an Dritte in den Anwendungsbereich von Art. 5 BGBM fallen. In der Eigenschaft als für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes zuständige Behörde ist der WEKO an der Klärung dieser Rechtsfragen gelegen, weshalb sie zuhanden der VRSG und ihrer öffentlichen Aktionäre die vorliegende Empfehlung abgibt (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Die WEKO befasst sich dabei einzig mit der von der Anzeige und den Medienberichten aufgeworfene Frage, ob die VRSG den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen im Binnenmarktgesetz (Art. 5 BGBM) untersteht. Zur grundsätzlichen Frage, inwiefern eine unternehmerische Betätigung des Staats im Bereich der Entwicklung von Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen angezeigt ist und einem öffentlichen Interesse entspricht, nimmt die WEKO vorliegend keine Stellung.

B Beschaffungsrechtliche Stellung der VRSG im Absatzmarkt

4. Die VRSG befindet sich vollumfänglich in staatlichem Eigentum und hat derzeit 130 Aktionäre bei einem Aktienkapital von Fr. 6.85 Mio. Die meisten Aktionäre haben eine Beteiligungsquote von unter 1 %, einige haben eine Quote im unteren einstelligen %-Bereich. Hauptaktionärin ist historisch bedingt die Stadt St. Gallen mit 16.1 %. Die VRSG erbringt ihre Leistungen ausschliesslich an die öffentliche Hand. Dabei erzielt sie gemäss eigenen Angaben rund [■ %] ihres Umsatzes mit öffentlichen Kunden, die gleichzeitig ihre Aktionäre sind. Rund [■ %] des Umsatzes erzielt sie mit öffentlichen Kunden, die nicht Aktionäre sind. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Aufträge der öffentlichen Hand an die VRSG nach den Verfahren des Beschaffungsrechts vergeben werden müssen, oder ob die 130 Eigentümer der VRSG gestützt auf das In-house-Privileg öffentliche Aufträge direkt an die VRSG erteilen dürfen.

¹ NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 ff., 182 f.

² Siehe z.B. „HSG-Professor: VRSG operiert im Graubereich“, Tagblatt Online vom 14.02.2014, abrufbar unter: <http://www.tagblatt.ch/ostschweiz/ostschweiz/tb-os/HSG-Professor-VRSG-operiert-im-Graubereich;art120094,3703066>.

5. Eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Leistungserbringer ein Vertrag über die Beschaffung von Lieferungen, Bauarbeiten oder Dienstleistungen gegen einen vom Staat zu bezahlenden Preis geschlossen wird.³ Es braucht somit zwei voneinander rechtlich unabhängige und autonome Einheiten. Keine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn der Staat eine Leistung durch eine eigene Dienststelle (In-house-Vergabe) oder einen Leistungserbringer, der in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat steht (Quasi-in-house-Vergabe), erbringen lässt. In diesen Fällen ist beschaffungsrechtlich von einer einzigen Einheit auszugehen (sog. In-house-Privileg), sodass kein beschaffungsrechtliches Verfahren ausgelöst wird. In der Schweiz besteht keine gesetzliche Regel und bis anhin auch keine höchstrichterliche Gerichtspraxis zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das In-house-Privileg greift. Zur Anwendung des In-house-Privilegs sind deshalb in erster Linie die reichhaltige Praxis des Europäischen Gerichtshofs⁴ sowie die schweizerische Verwaltungspraxis und Literatur heranzuziehen. Ein Näheverhältnis im Sinne des In-house-Privilegs kann demnach vorliegen, wenn (i) die Vergabestelle über die fragliche Einheit eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, (ii) die kontrollierte Einheit keine private Beteiligung aufweist und (iii) die kontrollierte Einheit im Wesentlichen für Vergabestellen tätig ist, die Aktionäre sind.⁵

6. Im vorliegenden Fall spricht eher gegen die Anwendung des In-house-Privilegs, dass die VRSG ihre Dienstleistungen nicht nur gegenüber ihren eigenen Aktionären erbringt, sondern auch in erheblichem Ausmass gegenüber Kunden, die nicht Aktionäre sind und keinerlei Kontrolle über die VRSG ausüben.⁶ Weiter ist festzustellen, dass die VRSG regelmässig an öffentlichen Submissionsverfahren teilnimmt, und zwar auch an Submissionsverfahren ihrer eigenen Aktionäre. Ferner ist auch fraglich, ob die Eigentümer je einzeln oder gemeinsam eine ausreichende Kontrolle über die VRSG ausüben, so dass die Anwendung des In-house-Privilegs gerechtfertigt wäre.

7. Die VRSG hat in ihrer Antwort zuhanden des Sekretariats denn auch ausgeführt, dass die Eigentümer der VRSG ihre Informatikbeschaffungen nicht gestützt auf das In-house-Privileg an die VRSG erteilen, sondern nach den beschaffungsrechtlich vorgesehenen Verfahren tätigen. Dies bedeutet konkret, dass die Eigentümer der VRSG Informatikdienstleistungen ab einem Auftragswert von Fr. 150'000 im Einladungsverfahren vergeben und ab einem Auftragswert von Fr. 250'000 öffentlich ausschreiben. Die Beschaffung von Informatikgütern muss ab einem Auftragswert von Fr. 100'000 im Einladungsverfahren und ab Fr. 250'000 im Ausschreibungsverfahren vergeben werden. Direktvergaben von Aufträgen an die VRSG über diesen Schwellenwerten sind nur zulässig, wenn ein Ausnahmegrund gemäss § 9 VRöB⁷ (i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BGBM) vorliegt und die Zuschlagsverfügung (Art. 9

³ EVELYNE CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds), CR Concurrence, 2013, LMI 5 N56 m.w.H.

⁴ Diese Praxis wurde weitgehend kodifiziert in Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

⁵ WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345, Rz 36 ff.; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353, Rz 17 ff.; MARTIN BEYLER, In-house-Vergaben, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, 2010, 53 ff., N83 ff.; CLERC (Fn 3), LMI 5 N68, N70; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, N252 ff.; EuGH, Rs. C-84/03, *Kommission/Spanien*, Rn 38.

⁶ VGer AG WBE.2012.159 vom 1.07.2013 = BR 1/2014, 28.

⁷ Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25.11.1994/15.3.2001, abrufbar unter: www.bpuk.ch >Konkordate >IVöB >Vergaberichtlinien (VRöB).

Abs. 1 BGBM) publiziert wird. Gegen den Zuschlag muss ein Rechtsmittel eingelegt werden können (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

8. Gemäss den Angaben der VRSG haben ihre Aktionäre in der Vergangenheit darauf verzichtet, sich auf das In-house-Privileg zu berufen. Entsprechend konnte die VRSG von ihren Aktionären nur Aufträge erhalten, wenn sie sich im Submissionswettbewerb gegen andere Anbieter durchsetzte; dies gilt zumindest für Aufträge ab den Schwellenwerten für das Einladungsverfahren. Durch den Verzicht der öffentlichen Aktionäre und der VRSG, sich auf das In-house-Privileg zu berufen, erübrigt sich eine nähere Prüfung, ob die Voraussetzungen vorliegend überhaupt erfüllt wären.

C Beschaffungsrechtliche Stellung der VRSG im Beschaffungsmarkt

9. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten öffentlich ausgeschrieben werden. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die VRSG als „Träger kantonaler bzw. kommunaler Aufgaben“ gilt und in subjektiver Hinsicht dem Beschaffungsrecht untersteht. Zur Beantwortung dieser Frage ist in einem ersten Schritt die Begrifflichkeit „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ auszulegen und mithin der subjektive Geltungsbereich von Art. 5 Abs. 2 BGBM zu bestimmen. Gestützt darauf kann in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die VRSG in den Geltungsbereich von Art. 5 BGBM fällt.

C.1 Auslegung des subjektiven Geltungsbereichs von Art. 5 Abs. 2 BGBM

10. Die Bestimmungen in Art. 5 BGBM sind im Kontext mit dem internationalen und interkantonalen Beschaffungsrecht auszulegen und anzuwenden. Die Schweiz hat sich im Rahmen der Welthandelsorganisation WTO verpflichtet (sog. Staatsvertragsbereich), dass „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ auf kantonaler Ebene sowie „öffentliche Einrichtungen auf Gemeindeebene“ („organismes publics du niveau des communes“) ihre Beschaffungen öffentlich ausschreiben (GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3⁸). Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB⁹ nimmt diese staatsvertragliche Verpflichtung auf, indem sie in Art. 8 Abs. 1 Bst. a festhält, dass „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ auf kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit“, der IVöB unterstehen. Die Begrifflichkeit „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 ist in Anlehnung an die Definition der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in GPA Annex 3, Fn. 1¹⁰ auszulegen. Demnach gilt als Einrichtung des öffentlichen Rechts jeder rechtlich selbständige Organismus, der (i) staatsgebunden ist und (ii) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, ohne (iii) eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit zu entfalten.¹¹ Diese dem Staatsvertragsbereich unterstehende Gruppe umfasst somit Subjekte, die eine gewisse *Staatsgebundenheit* aufweisen.

11. Die Schweiz unterstellt auch ausserhalb ihrer staatsvertraglichen Verpflichtungen bestimmte Subjekte dem Beschaffungsrecht. Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich

⁸ Government Procurement Agreement GPA / Accord sur les marchés publics du 15.04.1994, SR 0.632.231.422; Anhang I Annex 2 ist abrufbar unter www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che2.doc.

⁹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.03.2001 (IVöB; in der systematischen Sammlung des St. Gallischen Rechts Syst. Nr. 841.32).

¹⁰ GPA Anhang I Annex 3 ist abrufbar unter www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che3.doc.

¹¹ Siehe dazu MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N166 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N133; CLERC (Fn 3), LMI 5 N93 ff.

unterstehen der IVöB insbesondere andere „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit (Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB). Diese Gruppe umfasst über den Staatsvertragsbereich hinaus auch *nicht staatsgebundene Subjekte*, die Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sind.

12. Das BGBM sieht in Art. 5 Abs. 2 vor, dass öffentliche Beschaffungen durch Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Diese Bestimmung umfasst sowohl den staatsvertraglichen (Einrichtungen des öffentlichen Rechts) als auch den nicht-staatsvertraglichen (Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben) Bereich, also staatsgebundene als auch nicht staatsgebundene Subjekte.¹² Folglich liegt eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BGBM vor, wenn ein innerhalb oder ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterstelltes Subjekt Beschaffungen ohne Einhaltung der beschaffungsrechtlichen Vergabeverfahren durchführt.

13. Indessen zeigt diese Übersicht über die relevanten Rechtsgrundlagen, dass Art. 5 BGBM den subjektiven Geltungsbereich einzig am Kriterium „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgabe“ anknüpft. Demgegenüber sehen sowohl GPA Anhang I Annex 2 wie auch Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB vor, dass staatsgebundene Einrichtungen des öffentlichen Rechts nur insofern dem Beschaffungsrecht unterstehen, *als sie keine kommerzielle oder industrielle Tätigkeiten ausüben*. Gleiches gilt nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, indem (nicht staatsgebundene) Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nur dem Beschaffungsrecht unterstehen, *insofern sie keine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit ausüben*.

14. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Art. 5 BGBM – der die Einschränkung zur kommerziellen oder industriellen Tätigkeit nicht enthält – über die Regelung des GPA Anhang I Annex 2 und der IVöB hinaus sämtliche Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben der Ausschreibungspflicht unterstellt, also auch diejenigen Träger, die industriell oder kommerziell tätig sind. Im Kern geht es dabei um die Abgrenzung zwischen staatlichem und privatwirtschaftlichem Handeln und die Frage, welche Folgerungen aus dieser Abgrenzung hinsichtlich der Bedeutung des Beschaffungsrechts abzuleitenden sind.

C.2 Bedeutung des Wettbewerbs für den subjektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM

15. Die Bedeutung des Wettbewerbs für den subjektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ergibt sich aus einer vereinfachten Gegenüberstellung von privatwirtschaftlichem und staatlichem Einkaufsverhalten. Privatwirtschaftliche Unternehmen, die sich in der freien Marktwirtschaft bewegen und behaupten müssen, verhalten sich aufgrund des in ihren Absatzmärkten herrschenden Wettbewerbsdrucks auch auf dem Beschaffungsmarkt wirtschaftlich und kostensparend, sofern sie nicht von staatlichen Kostenvorteilen profitieren wie z.B. Subventionen, Steuerprivilegien usw. Aufgrund dieses ausreichenden Wettbewerbsdrucks, des Gewinnstrebens sowie der unternehmensinternen Kontrollmechanismen, ist davon auszugehen, dass Einkaufs- und Investitionsentscheide im Wesentlichen nach wirtschaftlichen und unternehmerischen Kriterien getroffen werden. Sämtliche Investitionen und Kosten müssen durch die unternehmerische Tätigkeit im Absatzmarkt amortisiert werden, andernfalls dem Unternehmen in letzter Konsequenz ein Konkurs droht. Privatwirtschaftliche Unternehmen sind daher von sich aus bestrebt, im Markt das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu berücksichtigen.

¹² BEYELER (Fn 11), N423; CLERC (Fn 3), LMI 5 N89; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allg. Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR Bd. XI, 2007, 399 ff., N118 f.

16. Im Unterschied zu privatwirtschaftlichen Unternehmen kann der Staat die Wahl der Vertragspartner bei Investitionsentscheiden in der Regel losgelöst vom genannten Wettbewerbsdruck treffen. Die primäre Aufgabe des Staats liegt auch nicht in der Erzielung von Gewinnen, sondern in der Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben. Die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Einkäufe und Investitionen finanziert der Staat durch Steuereinnahmen. Aufgrund des nicht ausreichenden Wettbewerbsdrucks besteht im Unterschied zu einem privatwirtschaftlichen Unternehmen das Risiko, dass der Staat die Wahl der Vertragspartner bei Einkaufs- und Investitionsentscheiden nicht nur nach wirtschaftlichen Kriterien trifft, sondern dass er sich von politischen Überlegungen leiten lässt.¹³ Solche können darin bestehen, dass Aufträge an das lokale Gewerbe oder immer an die gleichen Anbieter vergeben werden, oder dass steuer-, umwelt-, oder sozialpolitische Interessen gegenüber der Wirtschaftlichkeit überwiegen.

17. Das Beschaffungsrecht soll gewährleisten, dass die Wahl der Vertragspartner bei Investitionsentscheiden der öffentlichen Vergabestellen primär nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien getroffen wird. Das Beschaffungsrecht zwingt den Staat, seine Einkäufe und Investitionen im Wettbewerbsumfeld zu tätigen, unter Einhaltung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Transparenz und Nichtdiskriminierung. Dieses Ziel erreicht das Beschaffungsrecht, indem es den Staat insbesondere verpflichtet, öffentliche Aufträge ab einem gewissen Auftragsvolumen öffentlich auszuschreiben. So ist gewährleistet, dass sich alle interessierten Anbieter für den Auftrag bewerben können und gestützt auf die vordefinierten Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält.

18. Vor diesem Hintergrund gelangt die WEKO zur Auffassung, dass es Sinn und Zweck von Art. 5 BGBM entgegenlaufen würde, wenn Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben, die einen gewerblichen Charakter haben, dem Beschaffungsrecht unterstellt würden.¹⁴ Dieser Schluss steht im Einklang mit der Praxis der Kantone, wonach gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben nur insofern dem Beschaffungsrecht unterstehen, als sie nicht kommerziell oder industriell tätig sind. Zur Auslegung der Begrifflichkeit „kommerzielle oder industrielle Tätigkeit“ kann die EU-Praxis zur „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ herangezogen werden, wie sie in der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 in Rz 10 der Präambel definiert ist. Demnach ist eine Einrichtung, die unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, gewinnorientiert ist und die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehenden Verluste trägt, nicht als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ anzusehen.¹⁵

19. Ein Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben ist somit nur dann Art. 5 BGBM unterstellt, wenn er seine Tätigkeit ohne ausreichenden Wettbewerbsdruck im Absatzmarkt ausübt, sei es weil die gewachsenen Marktstrukturen oder die regulatorischen Rahmenbedingungen einen ausreichenden Wettbewerb verhindern, oder weil der Träger kantonalen bzw. kommunalen Aufgaben aufgrund seiner Staatsnähe von Wettbewerbsvorteilen profitiert, die privaten Konkurrenten nicht zustehen.

20. Staatliche Wettbewerbsverzerrungen, die eine Anwendung des Beschaffungsrechts rechtfertigen können, bestehen beispielsweise, wenn der Staat die öffentliche Einrichtung oder den Träger über die einfache Kapitalisierung in der Aktionärsrolle hinaus finanziell unterstützt (vgl. auch Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB), sei es in Form von Subventionen oder in Form von Darlehen, die nicht den Marktkonditionen entsprechen. Von der Anwendung des Beschaffungsrechts ist zudem auszugehen, wenn die Beschaffungen nicht mit den erwirtschaft-

¹³ DIEBOLD (Fn 1), 177 f.

¹⁴ So auch CLERC (Fn 3), LMI 5 N92; a.M. wohl ZWALD (Fn 12), N121.

¹⁵ Vgl. zur Bedeutung des Wettbewerbsdrucks BEYELER (Fn 11), N276 ff., N278; HUBERT STÖCKLI, Der Subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, 2008, 41 ff., 54.

teten Erträgen, sondern mit öffentlichen Steuergeldern finanziert werden.¹⁶ Von einem nicht ausreichenden Wettbewerb und damit der Anwendung des Beschaffungsrechts ist auch dann auszugehen, wenn der Staat die öffentliche Einrichtung oder den Träger vor dem Eintritt neuer Konkurrenten schützt, indem er ein Monopol bildet oder die Anbieterzahl anderweitig beschränkt. Gleiches gilt, wenn die öffentliche Einrichtung oder der Träger von Steuerprivilegien profitiert, zu denen ihre privaten Konkurrenten keinen Zugang haben.¹⁷ Letztlich können auch eine staatliche Verlustgarantie oder die Übernahme des Inkassorisikos wie auch ein fehlendes Gewinnstreben gegen einen ausreichenden Wettbewerb und für die Anwendung des Beschaffungsrechts sprechen.

21. Solche öffentliche Wettbewerbsbeschränkungen oder -verzerrungen können dazu führen, dass die öffentliche Einrichtung oder der Träger öffentlicher Aufgaben einem nicht ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, um davon ausgehen zu können, dass sie sich im Beschaffungsmarkt wirtschaftlich verhält und nicht politisch gesteuert bleibt. Bei der Prüfung des subjektiven Geltungsbereichs von Art. 5 BGBM ist deshalb nicht leichthin von einem ausreichenden Wettbewerbsdruck auszugehen.

C.3 Analogie zum Ausklinkverfahren für sektorunterstellte Unternehmen

22. Die vorstehend geschilderte Ausgangslage weist starke Parallelen mit dem Ausklinkverfahren für sog. sektorunterstellte Unternehmen auf.¹⁸ Mit dem Abschluss des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen, SR 0.172.052.68) wurde der Anwendungsbereich des GPA auf bestimmte Auftraggeber ausgedehnt. So wurden private Unternehmen in den Sektoren Schienenverkehr, Energie und Telekommunikation als Auftraggeber dem Beschaffungsrecht unterstellt.¹⁹ Solche Unternehmen gelten gemäss dem Bilateralen Abkommen als „private Vergabestellen, die eine öffentliche Dienstleistung erbringen“.

23. Zwecks innerstaatlicher Umsetzung dieser wirtschaftsvölkerrechtlichen Verpflichtungen wurde der Geltungsbereich des kantonalen Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 1 Bst. c IVöB) sowie des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen auf private Unternehmen in den entsprechenden Sektoren ausgedehnt.

24. Das Bilaterale Abkommen sieht jedoch in Art. 3 Abs. 5 für die dem Beschaffungsrecht unterstellten Sektorunternehmen eine Nichtunterstellungsklausel (sog. Ausklinkklausel) vor. Diese Nichtunterstellungsklausel haben Bund und Kantone innerstaatlich umgesetzt (Art. 2b VöB; Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB). Entsprechend ist es der Schweiz erlaubt, einen Bereich oder Teilbereich von der Unterstellung zu befreien, wenn auf dem Markt zwischen den Auftraggebern Wettbewerb herrscht. Das Nichtunterstellungsverfahren ist in der Verordnung des UVEK vom 18. Juli 2002 über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen (Verordnung UVEK, SR 172.056.111) geregelt. Im Rahmen eines Nichtunterstellungsverfahrens konsultiert das UVEK die WEKO, die Kantone und die betroffenen Wirtschaftskreise (Art. 2^{bis} Abs. 2 VöB). Die Verordnung UVEK über die Nichtunterstellung sieht in Art. 3 Abs. 2 vor, dass die Stellungnahme der WEKO in der Form eines Gutachtens erfolgt, welches sich darüber äussert, ob in einem Bereich oder Teilbereich unter den Auftraggebern Wettbewerb herrscht. Da weder die IVöB, die VöB noch die Verordnung UVEK über die

¹⁶ NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, 219 ff., 229 f.

¹⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang VGer VD MPU.2014.0010 vom 19. Juni 2014 E. 6.

¹⁸ Vgl. WEKO-Gutachten, Clause d'exemption et loi sur le marché Intérieur (LMI), RPW 2001/3 618 ff., Rz 13.

¹⁹ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 IV 6201 ff.

Nichtunterstellung den materiellen Gehalt der Nichtunterstellungsprüfung näher definieren, ist dieser durch Auslegung zu ermitteln.

25. Ausgangspunkt bildet die Ausklinkklausel gemäss Art. 3 Abs. 5 des Bilateralen Abkommens (vgl. vorne, Rz 24). Gemäss dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 5 des Bilateralen Abkommens erfolgt die Nichtunterstellung unter den Voraussetzungen, dass andere Unternehmen die Möglichkeit haben, die Dienstleistung oder Ware in demselben geographischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten. Weiter setzt Art. 3 Abs. 5 *in fine* des Bilateralen Abkommens voraus, dass der in Frage stehende Sektor liberalisiert ist. Bei Vorliegen einer solchen für die Nichtunterstellung verlangten Wettbewerbssituation ist aus Sicht der Vertragsparteien hinreichend gewährleistet, dass Beschaffungen nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen und somit kein Bedarf mehr nach staatlicher Regulierung im Sinne des Beschaffungsrechts besteht.²⁰ Daraus ergibt sich, dass die vorzunehmende Prüfung nicht die Wettbewerbssituation auf dem Beschaffungsmarkt, sondern den Wettbewerb auf dem Absatzmarkt zum Gegenstand hat.

26. Weiter ist die Ausklinkklausel im Lichte ihres Zusammenhangs sowie ihres Zieles und Zweckes auszulegen. Ein wesentliches finanzpolitisches Ziel des Beschaffungswesens besteht darin, dass mit der Zuschlagserteilung an den effizientesten Anbieter ein wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel sichergestellt werden soll.²¹ Darüber hinaus verfolgt das Beschaffungswesen auch wettbewerbspolitische Ziele, indem durch ein transparentes und diskriminierungsfreies Submissionsverfahren ein funktionierender Wettbewerb zwischen Anbietern gewährleistet werden soll.²²

27. Ferner ist der materielle Gehalt der Ausklinkklausel gemäss der rechtsvergleichenden und europakompatiblen Auslegung auch unter Berücksichtigung des EU Rechts zu ermitteln. In der EU richtet sich die Nichtunterstellungsprüfung neu nach Art. 34 der Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.²³ Da das Instrument der Nichtunterstellung direkt dem Art. 3 Abs. 5 des Bilateralen Abkommens entspringt, ist es im Sinne einer europakompatiblen Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB und Art. 2b Abs. 1 VöB angebracht, das EU Nichtunterstellungsverfahren gemäss Art. 34 der Richtlinie 2014/25/EU sowie die darauf ergangene Praxis der Europäischen Kommission zu berücksichtigen. Gemäss Art. 34 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU wird eine Nichtunterstellung gewährt, sofern (i) freier Zugang zum relevanten Markt besteht und (ii) die Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Die Prüfung des unmittelbaren Wettbewerbs er-

²⁰ Botschaft Bilaterale I (Fn 19), 6205.

²¹ Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB; Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV 950, 1150: „Es kann davon ausgegangen werden, dass die Öffnung der Märkte namentlich zu Kosteneinsparungen für die öffentlichen Auftraggeberinnen führen wird.“; siehe auch Sekretariat WEKO, Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, RPW 2006/2, 392 ff., 395.

²² Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b und Art. 1 Abs. 2 BöB; Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV 950, 1150: „Neben der erhöhten Effizienz beim Einsatz von öffentlichen Mitteln und damit verbunden einer merklichen Entlastung des öffentlichen Haushalts bewirkt ein konsequenter Wettbewerb für die sich um öffentliche Aufträge bemühenden Unternehmen einen erhöhten Leistungsdruck, welcher längerfristig deren Wettbewerbsfähigkeit stärkt.“

²³ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243 ff.

folgt nach Kriterien, die mit den Wettbewerbsbestimmungen des AEUV²⁴ in Einklang stehen. Zu berücksichtigen sind insbesondere Kriterien wie die Merkmale der betreffenden Waren und Dienstleistungen, das Vorhandensein alternativer Waren und Dienstleistungen, den Preisen und dem tatsächlichen oder möglichen Vorhandensein mehrerer Anbieter der betreffenden Waren und Dienstleistungen (Art. 34 Abs. 2 Richtlinie 2014/25/EU).

28. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl beim Ausklinkverfahren von sektorunterstellten Unternehmen als auch bei der Frage der subjektiven Unterstellung von Einrichtungen des öffentlichen Rechts bzw. von Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben von zentraler Bedeutung ist, ob der herrschende Wettbewerbsdruck ausreicht, damit die entsprechende Beschaffungsstelle ihre Einkäufe vorwiegend nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien tätigt.

C.4 Beurteilung der subjektiven Unterstellung der VRSG unter Art. 5 BGBM

29. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist damit im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die VRSG als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ bzw. als „öffentliche Einrichtung auf Gemeindeebene“ im Sinne von GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB zu qualifizieren ist und so in subjektiver Hinsicht dem Beschaffungsrecht untersteht. Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt, wie unter Rz 10 ausgeführt, jeder rechtlich selbständige Organismus, der (i) staatsgebunden ist und (ii) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, ohne (iii) eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit zu entfalten.²⁵ Vorab ist zu betonen, dass als „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ ohne weiteres auch zivilrechtlich konstituierte Subjekte gelten, also etwa auch Aktiengesellschaften.²⁶ Die Rechtsnatur der VRSG ist für die Frage der beschaffungsrechtlichen Unterstellung daher nicht weiter von Bedeutung.

30. Sollte die VRSG aufgrund fehlender Staatsgebundenheit nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts qualifizieren, bliebe zu prüfen, ob sie als „anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit“, dem Beschaffungsrecht unterstellt ist (Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB).

31. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist in Erinnerung zu rufen, dass Art. 5 BGBM sowohl die „öffentlichen Einrichtungen“ (staatsgebundenen Subjekte im Staatsvertragsbereich, Rz 29) wie auch die „anderen Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ (nicht staatsgebundene Subjekte ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, Rz 30) umfasst (vgl. vorne, Rz 12).

C.4.1 Staatsgebundenheit

32. Als staatsgebunden gilt ein Subjekt, wenn seine Tätigkeit mehrheitlich öffentlich finanziert ist, seine Geschäftsführung öffentlich beeinflusst wird oder seine Organe öffentlich bestimmt werden (vgl. GPA Anhang I Annex 3, Fn. 1). Die VRSG weist eine enge Verbindung mit dem Staat auf und gilt als staatsgebunden im Sinne des GPA. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass ausschliesslich öffentliche Körperschaften Aktionäre der VRSG sind. Damit ist die VRSG mit öffentlichen Geldern kapitalisiert und sie wird durch die Generalversammlung öffentlich kontrolliert. Auch der Verwaltungsrat ist durch Vertreter der politischen Gemeinden besetzt. Damit ist auch der öffentliche Einfluss auf die Geschäftsleitung gegeben. Die Voraussetzung der Staatsgebundenheit ist vorliegend ohne weiteres erfüllt.

²⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47 ff.

²⁵ Siehe dazu BEYELER (Fn 11), N166 f.; CLERC (Fn 3), LMI 5 N94.

²⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N134; CLERC (Fn 3), LMI 5 N89, N100.

C.4.2 Allgemeininteresse

33. Sodann stellt sich die Frage, ob die VRSG zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem sachlichen Geltungsbereich des Beschaffungsrechts festgehalten, dass der gegenüber dem „Allgemeininteresse“ bereits engere Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ weit auszulegen sei.²⁷ In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass der öffentlichen Aufgabe mit Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ohnehin nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen sollte.²⁸

34. Bei staatlich kontrollierten „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ sind keine hohen Anforderungen an die Voraussetzung der „Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben“ zu stellen.²⁹ Das „Tätigwerden im Allgemeininteresse“ ist wesentlich weiter zu verstehen als der Begriff der „kantonalen oder kommunalen Aufgabe“ und umfasst auch die staatlichen Eigeninteressen.³⁰ Bereits die Tatsache, dass der Staat ein Unternehmen zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit begründet, sich daran beteiligt und die Geschäftsführung beeinflusst, deutet darauf hin, dass die staatlich veranlasste Tätigkeit dem Allgemeininteresse dient.

35. Die VRSG erfüllt gemäss Handelsregistereintrag den Zweck, für „öffentliche Gemeinwesen, andere Personen des öffentlichen Rechts und Organisationen mit öffentlicher Zweckbestimmung Informatikdienstleistungen aller Art, welche insbesondere zur rationellen Ausübung der Verwaltungstätigkeit beitragen, zu möglichst günstigen Bedingungen zu erbringen“. Im Allgemeininteresse liegt insbesondere jede Tätigkeit, die dem „institutionellen Funktionieren des Staates“ dient, also auch die Bereitstellung der Infrastruktur und Sachmittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Gemeinwesen.³¹ Dazu gehört auch die Bereitstellung von Informatiklösungen, auf die die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben angewiesen ist.

36. Entsprechend ist das Beschaffungsrecht in sachlicher Hinsicht ohne Zweifel anwendbar, wenn der Staat selber Informatikleistungen bei Dritten beschafft. Ein öffentlicher Auftrag zur Beschaffung von Informatikleistungen dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im beschaffungsrechtlichen Sinne. Folglich trägt der staatlich beauftragte, private Leistungserbringer allein mit der Erfüllung des öffentlichen Auftrags auch zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bei.

37. Indem vorliegend der Staat die Informatikleistungen nicht direkt beschafft, sondern in eine staatseigene Unternehmung ausgliedert, ändert sich nichts an der Natur der zu erbringenden Tätigkeit. Die VRSG wurde vom Staat mit dem Zweck gegründet, ausschliesslich an staatliche Subjekte Informatikleistungen zu erbringen und so einen Beitrag an das institutionelle Funktionieren des Staates zu leisten. Allein der Umstand, dass private Unternehmen dieselbe Tätigkeit erbringen, steht der Qualifikation der Tätigkeit als im Allgemeininteresse liegend nicht entgegen.³² Entsprechend erfüllt die VRSG nach Auffassung der WEKO das

²⁷ BGE 135 II 49 E. 5.2.2: „la notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques proprement parler“.

²⁸ BEYELER (Fn 11), N630, N684; DIEBOLD (Fn 16), 230 f.

²⁹ Vgl. auch STÖCKLI (Fn 15), 53: „Aus vergaberechtlicher Sicht kommt dem Erfordernis des Allgemeininteresses also wohl keine wesentliche Bedeutung zu“; so auch HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, 2012, N61 f.

³⁰ BEYELER (Fn 11), N250; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N135, 143; Entscheidend ist vielmehr, ob die Einrichtung mit Bezug auf ihre Tätigkeit im Wettbewerb steht oder nicht (dazu nachfolgend, Rz 38 ff.).

³¹ BEYELER (Fn 11), N252.

³² BEYELER (Fn 11), N253 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N135.

Kriterium der „Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben“ im beschaffungsrechtlichen Sinne.

C.4.3 Wettbewerb

38. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die staatsgebundene VRSG die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt, „ohne eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit zu entfalten“. Dabei ist wie unter Rz 15 ff. ausgeführt entscheidend, ob die VRSG einem ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, sodass sie die Wahl der Vertragspartner bei Beschaffungs- und Investitionsentscheiden nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien trifft.³³ Ob ein staatsgebundenes Subjekt aufgrund von ausreichendem Wettbewerbsdruck nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts qualifiziert wird, ist anhand einer Einzelfallprüfung zu bestimmen. In diesem Zusammenhang ist erster Linie zu prüfen, ob aus Nachfragesicht überhaupt Substitute bestehen und ob die gegebenen Marktstrukturen und die regulatorischen Rahmenbedingungen ein Ausweichen auf Substitute zulassen.³⁴

39. Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass der Wettbewerb im Markt für Entwicklung und Unterhaltung von Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen grundsätzlich gestört wäre. Die von der VRSG angebotenen Leistungen und Produkte werden auch von privaten Konkurrenten im Markt angeboten. Entscheidend ist somit, ob die VRSG als staatsgebundene Unternehmung allenfalls von staatlich veranlassten Wettbewerbsvorteilen (wie z.B. Steuererleichterungen, Subventionen usw.) profitiert, ob sie nicht unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, nicht gewinnorientiert ist oder Verluste nicht selber trägt und ob sie aufgrund solcher Bevorteilungen nicht einem ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt wäre (vgl. vorne, Rz 18-21).

40. In diesem Zusammenhang ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, dass die öffentlichen Eigentümer der VRSG ihre Informatikbeschaffungen im Tätigkeitsgebiet der VRSG gemäss Auskunft der VRSG nach den Regeln des Beschaffungsrecht tätigen. Die öffentlichen Eigentümer und die VRSG berufen sich explizit nicht auf das In-house-Privileg (dazu vorne, Rz 7 f.). Darauf sind sie zu behaften, weshalb die WEKO davon ausgehen darf, dass auch keine Direktvergaben gestützt auf das In-house-Privileg an die VRSG erfolgen. Die VRSG hat ihrer Antwort eine exemplarische Liste über Teilnahmen an öffentlichen Ausschreibungen und Einladungsverfahren beigelegt, welche zeigt, dass sie bei Beschaffungsstellen, die sowohl Aktionäre als auch nicht Aktionäre sind, an Vergabeverfahren teilnimmt (Antwort VRSG, Beilage 6). Daraus ergibt sich zudem, dass die VRSG in der Vergangenheit mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen von Aktionären teilnahm und in der Folge den Zuschlag nicht erhielt. Somit hat die VRSG gegenüber ihren Mitbewerbern bezüglich des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen keine Wettbewerbsvorteile. Die Einhaltung des Beschaffungsrechts durch die Eigentümer der VRSG gewährleistet, dass sich die VRSG im Wettbewerb um öffentliche Aufträge bewerben muss. Um Ausschreibungen zu gewinnen, muss die VRSG möglichst günstig offerieren, was sie veranlasst, ihre Vorleistungen möglichst günstig zu beschaffen. Die VRSG hat damit einen Anreiz, ihre Einkäufe nach denselben Kriterien zu tätigen wie ein rein privates Unternehmen.

41. Die Beurteilung könnte unter Umständen anders ausfallen, wenn die Eigentümer der VRSG öffentliche Aufträge in Umgehung oder im Verstoss gegen das Beschaffungsrecht direkt an die VRSG erteilen würden, oder wenn sich einzelne Kundenaktionäre entgegen den Ausführungen der VRSG trotzdem auf das In-house-Privileg berufen sollten. Eine Untersuchung der vergangenen Informatikbeschaffungen aller Eigentümer der VRSG obliegt indes-

³³ Vgl. BEYELER (Fn 11), N272 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N136; STÖCKLI (Fn 15), 53 ff.; CLERC (Fn 3), LMI 5 N95.

³⁴ Vgl. WEKO-Empfehlung vom 1. Februar 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), RPW 2000/2 270 ff., Rz 43.

sen nicht der WEKO und würde den Rahmen dieser Empfehlung sprengen. Gegenstand und Ziel der vorliegenden Empfehlung der WEKO sind nicht eine vergangenheitsbezogene Aufarbeitung der Informatikbeschaffungen der Eigentümer der VRSG, sondern die Schaffung klarer Rechtsverhältnisse für die Zukunft. Sollten Mitbewerber der VRSG der Auffassung sein, die Vergabe von Aufträgen an die VRSG erfolge nicht im Einklang mit dem Beschaffungsrecht, so ist es in erster Linie an den Mitbewerbern, gegen die Auftragsvergabe vorzugehen und innert Frist beschaffungsrechtliche Beschwerde einzulegen. Eine solche Beschwerdemöglichkeit steht auch der WEKO zu (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM). Sollte sich herausstellen, dass Kundenaktionäre der VRSG zukünftig öffentliche Aufträge über den Schwellenwerten direkt an die VRSG vergeben sollten, könnte auch die WEKO den Einsatz ihres Beschwerderechts prüfen.

42. In diesem Zusammenhang gilt ferner zu beachten, dass das Beschaffungsrecht unterhalb der Schwellenwerte zum Einladungsverfahren den Wettbewerbsdruck nicht beeinflusst. Eine staatsgebundene Einrichtung des öffentlichen Rechts geniesst einen möglichen Vorteil mit Bezug auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, die ihre Eigentümer freihändig vergeben dürfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Schwellenwerte für freihändige Vergaben von Dienstleistungen mit Fr. 150'000 bzw. für Güter mit Fr. 100'000 relativ tief angesetzt sind. Gerade bei Informatikdienstleistungen sowie auch angesichts des gemäss Erfolgsrechnung 2012 von VRSG ausgewiesenen Ertrags von Fr. 52,47 Mio. dürften die unterschwelligen Aufträge keinen derartigen Anteil ausmachen, der eine subjektive Unterstellung der VRSG unter das Beschaffungsrecht rechtfertigen würde. Grundsätzlich ist es den Kundenaktionären auch nicht verwehrt, öffentliche Aufträge im Bereich der zulässigen freihändigen Vergabe freiwillig nach einem höherstufigen Einladungsverfahren oder gar offenen Verfahren zu vergeben. Um allfällige Bevorteilungen bei der Auftragsvergabe im unterschwelligen Bereich zu vermeiden, wäre in der vorliegenden Konstellation wünschenswert, wenn die Kundenaktionäre der VRSG auch unterhalb der Schwellenwerte Konkurrenzofferten einholen, um den Auftrag nach wirtschaftlichen Kriterien zu vergeben.

43. Ferner profitiert die VRSG abgesehen von ihrer Kapitalisierung durch öffentliche Gelder nicht von staatlicher Unterstützung finanzieller Natur. Die VRSG finanziert sich selbst aus ihren erwirtschafteten Erträgen (Antwort VRSG, Rz 18). Auch sonst bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass der Staat das Wettbewerbsumfeld zugunsten der VRSG beeinflussen würde.

44. Sodann ist gemäss Art. 13 Abs. 3 der VRSG-Statuten vorgesehen, dass den Aktionären eine jährliche Dividende von maximal 5 % ausgeschüttet werden kann. Auch wenn die VRSG gemäss ihrem statutarischen Zweck der öffentlichen Hand ihre Informatikdienstleistungen „zu möglichst günstigen Bedingungen“ erbringen soll (Art. 1 Abs. 2 VRSG-Statuten), zeigt die Bestimmung zur Ausschüttung von Dividenden, dass die VRSG grundsätzlich gewinnorientiert arbeitet bzw. dass die Erzielung von Gewinnen zumindest nicht ausgeschlossen ist.

45. Schliesslich kann in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, dass der diesem Verfahren anlassgebende Vertrag zwischen der VRSG und IT&T und insbesondere die Auswahl der Vertragspartnerin durch die VRSG soweit ersichtlich nach rein wirtschaftlichen und unternehmerischen Kriterien erfolgt ist. Die von der VRSG ausgeführten Kriterien und Gründe, die für die Wahl von IT&T gesprochen haben, sind plausibel. Darüber hinaus bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass die VRSG die Auswahl ihrer Vertragspartner im Einkaufsmarkt generell nach politischen und nicht nach wirtschaftlichen Kriterien treffen würde.

E Zusammenfassung und Empfehlung

46. Die vorangehenden Ausführungen veranlassen die WEKO, eine Empfehlung zuhanden der VRSG und ihrer öffentlichen Aktionäre abzugeben. Diese Empfehlung betrifft indessen einzig die binnenmarktrechtliche Frage der Unterstellung der VRSG unter Art. 5 BGBM bzw. das Beschaffungsrecht. Die WEKO macht mit dieser Empfehlung keine Aussage zur grundsätzlichen Frage, inwiefern eine unternehmerische Betätigung des Staats im Bereich der Entwicklung von Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen angezeigt ist und einem öffentlichen Interesse entspricht.

47. Die WEKO gelangt zum Schluss, dass Art. 5 BGBM nicht auf „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ anwendbar ist, die von keinen staatlichen Wettbewerbsvorteilen profitieren, unter marktüblichen Bedingungen und gewinnorientiert arbeiten, Verluste selber tragen und so einem ausreichenden Wettbewerb ausgesetzt sind.

48. Zusammenfassend gelangt die WEKO gestützt auf die Ausführungen der VRSG weiter zum Schluss, dass die VRSG als staatsgebundene Unternehmung eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt (GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 sowie Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB). Indessen qualifiziert die VRSG nicht als „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB, da sie keine öffentliche Aufgabe im engen Sinn ausübt.

49. Mit Bezug auf die beschaffungsrechtliche Unterstellung der VRSG ist folglich entscheidend, ob sie im Rahmen ihrer Tätigkeit im Absatzmarkt einem ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und von keinen staatlich veranlassten Wettbewerbsvorteilen profitiert. Gemäss den der WEKO vorliegenden Informationen ist ein solcher Wettbewerbsdruck zurzeit vorhanden, wobei die WEKO wie erwähnt keine Untersuchung der Informatikbeschaffungen aller Kundenaktionäre über die letzten Jahre hinweg vorgenommen hat. Ziel der vorliegenden Empfehlung ist auch nicht eine vergangenheitsbezogene Aufarbeitung, sondern die Schaffung klarer Rechtsverhältnisse für die Zukunft. Damit die VRSG auch in Zukunft nicht dem Beschaffungsrecht untersteht und auch nicht als Einkaufsgemeinschaft ihrer Eigentümer wahrgenommen wird, gibt die WEKO folgende Empfehlungen zuhanden der VRSG und ihrer Aktionäre ab:

1. Die WEKO empfiehlt, dass sich die öffentlichen Aktionäre gegenüber der VRSG wettbewerbsneutral verhalten, so dass die VRSG gegenüber ihren Konkurrenten von keinerlei staatlichen Wettbewerbsvorteilen wie Subventionen, Steuerprivilegien, Defizitgarantien usw. (vgl. Rz 18-21) profitiert.
2. Zur Gewährleistung der staatlichen Wettbewerbsneutralität empfiehlt die WEKO insbesondere, dass die öffentlichen Aktionäre ihre Aufträge im Tätigkeitsbereich der VRSG ohne Anwendung des In-house-Privilegs konsequent nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben und dass die VRSG als gewinnstrebende Unternehmung geführt wird.

50. Abschliessend ist zu betonen, dass die vorliegende Beurteilung der WEKO keinerlei rechtsverbindliche Wirkung entfaltet und insbesondere die Gerichte in keiner Weise bindet. Die rechtliche Beurteilung bezüglich der beschaffungsrechtlichen Stellung liegt letztlich in der Eigenverantwortung der VRSG sowie im Beschwerdefall bei den zuständigen Gerichten.

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor