



Merkblatt

Inhouse-, Quasi-Inhouse- und Instate-Geschäfte

Stand: 10.06.2020 / gültig ab 01.01.2021

Der Entscheid, eine Leistung intern (d.h. durch Inhouse-, Quasi-Inhouse- oder Instate) zu beziehen oder auf dem freien Markt zu erwerben, liegt im Ermessen des Auftraggebers.

Das Beschaffungsrecht ist nicht anwendbar auf Inhouse-, Quasi-Inhouse- oder Instate-Geschäfte.¹

Die drei Konstellationen sind im revidierten BöB gesetzlich verankert. Jedoch besteht auf Bundesebene noch keine Rechtsprechung zu Quasi-Inhouse- und Instate-Geschäften. Gleichzeitig ist es oft schwierig zu bestimmen, ob die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Da die Rechtslage zu diversen Detailpunkten klärungsbedürftig ist, empfehlen wir von Anfang an juristische Beratung beizuziehen.

A. Inhouse (Art. 10 Abs. 3 lit. c BöB)

1. Begriff

Als Inhouse bezeichnet man Geschäfte, bei denen der Austausch von Leistung und Gegenleistung *innerhalb der gleichen juristischen Person* stattfindet. Der öffentliche Auftraggeber bezieht hier die benötigte Leistung bei einer seiner unselbständigen Organisationseinheiten, z.B. bei einer verwaltungsinternen Dienststelle.

Es existiert Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Inhouse-Geschäften.²

2. Voraussetzung

Auftraggeber und Leistungserbringer gehören zur gleichen juristischen Person.

3. Beispiele

Inhouse: Ein Bundesamt beauftragt ein anderes Bundesamt mit der Digitalisierung archivierter Dokumente aus den Jahren 1924 -1976.

Inhouse: Eine Gemeinde entscheidet sich dazu, Holzsärgen nicht mehr bei privaten Unternehmungen zu beschaffen. Stattdessen überträgt sie die Herstellung der Holzsärgen einer internen Abteilung.³

Kein Inhouse: Ein Bundesamt will Laboraufträge erteilen an eine unabhängige öffentlich-rechtliche Anstalt (andere juristische Person).

B. Quasi-Inhouse (Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB)

1. Begriff

Beim Quasi-Inhouse erteilt der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer, der rechtlich zwar eine *andere juristische Person* ist als er selbst. Der Leistungserbringer steht jedoch unter seiner weitreichenden Kontrolle und erbringt seine Tätigkeiten im Wesentlichen für den Auftraggeber.

2. Voraussetzungen

Folgende Voraussetzungen müssen *kumulativ* erfüllt sein:

- Der öffentliche Auftraggeber und der Leistungserbringer sind verschiedene juristische Personen.
- Der öffentliche Auftraggeber kontrolliert den Leistungserbringer wie eine eigene Dienststelle (*Kontrolle bzw. Kontrollerfordernis*). Entscheidend ist, ob er den Leistungserbringer im Einzelfall rechtlich und faktisch bestimmend beeinflussen kann.
- Der Leistungserbringer erbringt seine Leistungen im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Leistungserbringer *mindestens 80% für diesen erbringt (Kundenkreis bzw. Tätigkeitserfordernis)*.⁴

Hinweise: Gemäss EuGH-Rechtsprechung dürfen sich am Leistungserbringer keine Private beteiligen.⁵ Ein Verzicht auf private Beteiligungen erscheint insofern zielführend, als solche Beteiligungen die

¹ Regelungen betreffend organisationsrechtliche Zuständigkeiten sind weiterhin gültig.

² Vgl. Bundesverwaltungsgericht Urteil B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, E. 2.

³ Vgl. dazu Verwaltungsgericht Zürich Urteil VB.2006.00145 vom 5. April 2006, E. 1.2.

⁴ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2018, BBl 2017, S. 1907.

⁵ Vgl. Urteil EuGH C-26/03 vom 11.01.2005 (Stadt Halle), N 49.

Wettbewerbsneutralität tangieren und den Wettbewerb verzerren können.

Ob eine hinreichende Kontrolle vorliegt, muss im Einzelfall, anhand der tatsächlichen Umstände und aller infrage kommenden Normen, beurteilt werden. Die Kontrolle kann auch durch mehrere öffentliche Auftraggeber wahrgenommen werden.⁶ In solchen Fällen muss ein Auftraggeber, der sich auf Quasi-Inhouse berufen will, an der gemeinsamen Kontrolle mitwirken können, z.B. über Mitglieder im gemeinsamen Führungsgremium.

3. Beispiele

Quasi-Inhouse: Ein Bundesamt möchte eine Zusammenarbeit mit der Forschungsanstalt Y AG eingehen. Die Y AG befindet sich zu 100% im Eigentum des Bundes; ihre Führung setzt sich zusammen aus Vertretenden von vier Bundesämtern. Sie ist im Auftrag des Bundes tätig und erbringt dabei ausschliesslich nichtkommerzielle, wettbewerbsneutrale Dienstleistungen für andere Bundesämter.

Kein Quasi-Inhouse: Ein Bundesamt will die X AG (im Eigentum der öffentlichen Hand) mit der Durchführung spezifischer Untersuchungen beauftragen. Der Kundenkreis der X AG teilt sich wie folgt auf: Bund 50%, Kantone 20%, Gemeinden 5%, Private 25%. Zudem steht die X AG regelmässig im Wettbewerb mit privaten Anbietern.

C. Instate (Art. 10 Abs. 3 lit. b BÖB)

1. Begriff

Ein Instate-Geschäft ist die *wettbewerbsneutrale* Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber (Leistungserbringer). Dabei ist es unwichtig auf welcher inländischen Staatsebene⁷ sich Auftraggeber und Leistungserbringer befinden.

Im Unterschied zu den Quasi-Inhouse-Geschäften bestehen weder ein Kontroll- noch ein Tätigkeitsanfordernis. Das Konstrukt ist jedoch geprägt vom Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.⁸

2. Voraussetzungen

Nachfolgende Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein:

- a) Auftraggeber und Leistungserbringer sind verschiedene juristische Personen.
- b) Am Leistungserbringer sind keine Privaten beteiligt.⁹

⁶ EuGH Urteil C 295/05 vom 19. April 2007 (ASEMFO), N 57; siehe auch BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1239.

⁷ Bund, Kanton oder Gemeinde.

⁸ Vgl. etwa Verwaltungsgericht St. Gallen Entscheid B 2016/146 vom 22. Februar 2018, E 3.

- c) Der Leistungserbringer ist ebenfalls dem Beschaffungsrecht unterstellt. Dabei kann es sich um das Beschaffungsrecht des Bundes oder um das kantonale Beschaffungsrecht handeln.
- d) Der Leistungserbringer erbringt die benötigte Leistung nicht im Wettbewerb mit Privaten, z.B. die Tätigkeit darf nicht kommerzieller Natur sein¹⁰, der Leistungserbringer darf sich nicht an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen oder seine Leistungen an Private erbringen bzw. diesfalls müssen sie im öffentlichen Interesse sein (Einzelfallbetrachtung).

3. Beispiele

Instate: Eine Gemeinde lagert die Herstellung von Holzsärgen an eine andere Gemeinde aus.

Instate: Eine Gemeinde beauftragt ein Bundesamt mit dem Betrieb gewisser Teile ihrer IT-Infrastruktur. Das Beispiel gilt auch umgekehrt.

Kein Instate: Vergabe von Gutachten, Produktprüfungen etc. an Hochschulen oder Universitäten, soweit die Institution diese Leistung kommerziell auch Privaten anbietet bzw. in öffentlichen Vergabeverfahren mitbietet.

Kein Instate: Vergabe eines IT-Auftrags an eine Aktiengesellschaft, an welcher der Bund 99% der Aktien besitzt, wenn die übrigen Aktien sich in privaten Händen befinden.

E. Empfehlungen an die Bedarfsstellen

Die Rechtslage bezüglich Quasi-Inhouse- und Instate-Geschäfte ist noch nicht gesichert. Behandeln Sie daher solche Geschäfte vorsichtig. Nehmen Sie im Vorfeld eines Beschaffungsprojektes frühzeitig beschaffungsrechtliche Beratung in Anspruch.

F. Weitere Informationen

Kompetenzzentrum Beschaffungswesen Bund:
rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

⁹ Vgl. Botschaft, S. 1906.

¹⁰ Die Kalkulation der in Rechnung gestellten Kosten hat sich an den Verfassungsgrundsätzen des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips zu richten (Antwort des BR auf die Interpellation Candinas vom 27.09.2019 19.4340).

Überprüfungsschritte

