



Merkblatt

Inhouse-, Quasi-Inhouse- und Instate-Geschäfte

Stand: ~~10.06.2020~~ / gültig ab ~~31.01.2021~~ 2025

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 keinewenig 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 Organi-sationseinheiten, z.B. bei einer verwaltungsinternen 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, Holzsärge nicht mehr bei privaten Unternehmungen zu beschaffen. Stattdessen überträgt sie die Herstellung der Holzsärge 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, derwelcher rechtlich zwar eine *andere juristische Person* ist ~~als er selbst~~. Der Leistungserbringer steht, jedoch unter seinerder weitreichenden Kontrolle des Auftraggebers steht und erbringt seine Tätigkeiten im Wesentlichen für ihn erbringt.

Das Bundesgericht hat sich bisher nur in einem Urteil mit den Auftraggeber-Voraussetzungen für Quasi-Inhouse befasst.⁴

2. Voraussetzungen

Folgende Voraussetzungen müssen *kumulativ* erfüllt sein:

- Der öffentliche Auftraggeber und der Leistungserbringer sind verschiedene juristische Personen.
- Der öffentliche Auftraggeber (ggf. zusammen mit anderen öffentlichen Auftraggebern) kontrolliert den Leistungserbringer wie eine eigene Dienststelle (*Kontrolle bzw. Kontrollerfordernis*). Entscheidend ist, ob er den Leistungserbringer im Einzelfall rechtlich und faktisch bestimmend beeinflussen kann.

¹ Regelungen betreffend organisationsrechtliche Zuständigkeiten sind jedoch weiterhin gültig.

² Vgl. Bundesverwaltungsgericht Urteil B-1687/2010 B-1687/2010 vom 21. Juni 06.2011; E. 2.; B-536/2013 vom 29.05.2013.

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

⁴ Bundesgericht Urteil 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024 (zur Publikation vorgesehen).

- c) Der Leistungserbringer erbringt seine Leistungen im Wesentlichen für den die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Leistungserbringer *mindestens 80% für ~~diesendiese/n~~* erbringt (Kundenkreis bzw. Tätigkeitserfordernis). Der Anteil der übrigen «Fremdtätigkeit» darf demzufolge nicht mehr als 20% vom durchschnittlichen Gesamtumsatz betragen. Als «Fremdtätigkeit» gelten selbst Aufträge für öffentliche Auftraggeber, welche den Leistungserbringer nicht kontrollieren, oder Tätigkeiten in Monopolbereichen.⁵

Hinweise: Gemäss EuGH-Rechtsprechung EU-Recht dürfen sich am Leistungserbringer grundsätzlich keine Private beteiligen.⁶ Ein Verzicht auf private Beteiligungen erscheint insofern zielführend, als solche Beteiligungen die 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.⁷ In solchen Fällen muss einder Auftraggeber, der sich auf Quasi-Inhouse berufen will, an der gemeinsamen Kontrolle mitwirken können, z.B. über Mitglieder(mindestens einen) Vertreter im gemeinsamen Führungsgremium.

3. Beispiele

Quasi-Inhouse: Ein Bundesamt X möchte eine Zusammenarbeit mit der die Forschungsanstalt Y AG eingehen, direkt beauftragen. Die Y AG befindet sich zu 100% im Eigentum des Bundes; ihre Führung und des Kantons Z. Am Verwaltungsrat ist der Bund mit vier und der Kanton Z mit zwei Mitgliedern vertreten. Der durchschnittliche Umsatz der Y AG setzt sich zu 85% aus Aufträgen an Bund und Kanton Z 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 A will die X AG (im Eigentum der öffentlichen Hand) B AG 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 beauftragen. Die B AG

regelmässig im Wettbewerb mit privaten Anbietern gehört zwar der öffentlichen Hand (Bund, Kanton C und Kanton D) und das Bundesamt A hat ein Mitglied im Verwaltungsrat. Die B AG erwirtschaftet aber mehr als 40% ihres durchschnittlichen Umsatzes mit Leistungen für den Kanton F.

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) Leistungs-erbringer. Dabei ist es unwichtig, auf welcher inländischen Staatsebene⁸ und in welcher Organisationsform⁹ sich Auftraggeber und Leistungserbringer Leistungs-erbringer befinden.

Im Unterschied zu den Quasi-Inhouse-Geschäften bestehen weder ein Kontroll- noch ein Tätigkeits-erfordernis, Tätigkeitserfordernis. Das Konstrukt ist jedoch geprägt vom Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.¹⁰

Das Bundesgericht hat sich bisher nur in einem Urteil mit den Voraussetzungen für Instate befasst.¹¹

2. Voraussetzungen

Nachfolgende Voraussetzungen müssen *kumulativ* erfüllt sein:

- Auftraggeber und Leistungserbringer sind verschiedene juristische Personen.
- Am Leistungserbringer sind keine Privaten beteiligt.¹²
- Der Leistungserbringer ist ebenfalls dem Beschaffungsrecht unterstellt. Dabei kann es sich um das Beschaffungsrecht des Bundes oder um das kantonale/kantonales Beschaffungsrecht handeln.
- Der Leistungserbringer erbringt/bietet die benötigte Leistung nicht im Wettbewerb mit Privaten, z.B. auf dem Markt an, d.h. die Tätigkeit darf nicht kommerzieller Natur sein¹³, der Leistungserbringer darf sich nicht an öffentlichen Vergabeverfahren für diese Leistung beteiligen oder seine Leistungen resp. diese Leistung an Private erbringen bzw. diesfalls müssen/müsste sie im öffentlichen Interesse sein (Einzelfallbetrachtung).

⁵ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2018, BBl 2017, S. 1907. Vgl. Bundesgericht Urteil 2C_701/2023, E. 6.3 ff.

⁶ Vgl. Urteil EuGH C-26/03 vom 11.04.2005 (Stadt Halle), N 49. Vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU.

⁷ EuGH Urteil C-295/05 vom 19. April 2007 (ASEMFO), N 57; siehe auch BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1239. Vgl. Bundesgericht Urteil 2C_701/2023, E. 6.2.

⁸ Bund, Kanton oder Gemeinde.

⁹ Zentralverwaltung, öffentlich-rechtliche Anstalt, Körperschaft etc.

¹⁰ Vgl. etwa Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1906; Verwaltungsgericht St. Gallen Entscheid B-2016/146B_2016/146 vom 22. Februar 2018, E 3.

¹¹ Vgl. Bundesgericht Urteil 2C_701/2023, E. 7.

¹² Vgl. Botschaft, S. 1906; Vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1906.

¹³ 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; vgl. Antwort des BR auf die Interpellation Candinas vom 27.09.2019 19.4340).

3. Beispiele

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

~~Instate: Ein Bundesamt erteilt Laboraufträge an den Verein X. Der Verein X ist eine kantonale Einrichtung des öffentlichen Rechts. Er ist dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt und bietet diese Leistung nicht auf dem Markt an.~~

~~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, wennwährend sich die übrigen Aktien ~~sich~~ in privaten Händen befinden.~~

E. Empfehlungen an die Bedarfsstellen

Die Rechtslage bezüglich Quasi-Inhouse- und Instate-Geschäfte ist nochweiterhin nicht vollständig gesichert.

~~Behandeln Sie daher solche Geschäfte vorsichtig.~~

Nehmen Sie im Vorfeld eines Beschaffungsprojektes solchen Projekts frühzeitig beschaffungsrechtliche Beratung in Anspruch.

F. Weitere Informationen

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