

Beschaffungen via eOperations Schweiz

Rechtliche Grundlagen und Umsetzung

7. Mai 2019

1 Zweck

Die Zusammenarbeit mit eOperations Schweiz ist für Verwaltungsstellen oftmals neu und es stellen sich rechtliche Fragen. Das vorliegende Dokument informiert über die Organisation eOperations Schweiz und fasst beschaffungs- und wettbewerbsrechtlichen Grundlagen sowie die bisherigen Abklärungen zusammen. Es stellt Projektleitenden und Rechiediensten eine Entscheidungsgrundlage bereit und entlastet sie von eigenen Recherchen.

Das Dokument soll sowohl ausreichend präzise als auch kompakt sein. Vertiefende Fragen werden durch eOperations Schweiz bei Bedarf separat abgeklärt. Neue Erkenntnisse werden in das Dokument aufgenommen und regelmässig publiziert.

2 Ziele und Grundsätze von eOperations Schweiz

eOperations Schweiz wurde durch die Schweizerische Informatikkonferenz (SIK) mit dem Ziel gegründet, operative Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Anwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien für Bund, Kantone und Gemeinden zu erbringen. eOperations Schweiz trägt dazu bei, gemeinsame digitale Behördenleistungen über mehrere Gemeinwesen der gleichen Staatsebene oder über mehrere Staatsebenen hinweg zu ermöglichen.

Die Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft wurde gewählt, weil viele Aspekte einer operativen Tätigkeit, insbesondere Fragen der betriebswirtschaftlichen Governance, im Gesetz bereits gut geregelt sind und weil sich an einer AG auch nach der Gründung Gemeinwesen aller Staatsebenen sehr einfach beteiligen können. Ebenfalls beteiligen können sich Informatikorganisationen der öffentlichen Hand, falls sie zu 100% im Besitz von Gemeinwesen sind und nur für diese, nicht aber auf dem Markt, Leistungen erbringen.

eOperations Schweiz ist auf zwei Gebieten tätig:

1. Gemeinschaftlicher Aufbau und Betrieb von IT-Lösungen für digitalisierte Behördenleistungen von Bund, Kantonen und Gemeinden.
2. Beschaffungen von
 - a. Marktleistungen für die unter 1. genannten IT-Lösungen; sowie
 - b. standardisierbaren ICT-Dienstleistungen durch
 - i. Bilden von Einkaufsgemeinschaften mehrerer Gemeinwesen
 - ii. Durchführen von gemeinsamen Beschaffungsprojekten
 - iii. Betreuen der daraus entstehenden Rahmenvereinbarungen mit Lieferanten («Kontraktmanagement»).

eOperations Schweiz erbringt dazu für ihre Kunden Beratung und Projektmanagement, übernimmt für IT-Lösungen das Bedarfs- und Providermanagement, erstellt Finanzierungsmodelle, übernimmt das Controlling, schreibt Leistungen nach Bedarf auf dem Markt aus, erteilt Zuschläge und schliesst Lieferantenverträge ab.

Die Dienstleistungen von eOperations Schweiz schaffen für Gemeinwesen folgenden Nutzen:

1. Aufwand und Kosten sparen, die eigene Organisation entlasten.
2. Erfahrungen austauschen und wiederverwenden.
3. E-Government-Lösungen für Wirtschaft und Bevölkerung schneller einführen.

Die Geschäftstätigkeit ist nachhaltig kostendeckend, aber nicht gewinnorientiert.

3 Beschaffungsrechtliche Grundlagen von eOperations Schweiz

3.1 Grundsätze von eOperations Schweiz

Die Zusammenarbeit von Gemeinwesen mit eOperations Schweiz soll zu Synergien führen. Deshalb ist es entscheidend, dass Gemeinwesen eOperations Schweiz beauftragen können, ohne die entsprechende Leistung ausschreiben zu müssen¹. Das juristische Konstrukt von eOperations Schweiz ist so gestaltet, dass dies möglich ist.

Dafür sind folgende Eigenschaften und Handlungsgrundsätze von eOperations Schweiz massgebend:

- Dienstleisterin exklusiv für Gemeinwesen: Bund, Kantone und Gemeinden (Art. 2 der Statuten, siehe 3.2 unten).
- Nur Gemeinwesen als Aktionäre². Organisationen der öffentlichen Hand können ebenfalls Aktionäre werden, vorausgesetzt sie sind im ausschliesslichen Besitz von Gemeinwesen und erbringen ihre Leistungen nur für sie. Die Übertragung von Aktien bedarf der Zustimmung des Verwaltungsrats (Art. 6 der Statuten, siehe 3.2 unten).
- Keine privaten Unternehmen als Kunden. eOperations Schweiz beteiligt sich deshalb an keinen Ausschreibungen Dritter.
- Möglichst alle Kunden sollen Aktionäre werden.
- 100% des Umsatzes mit Gemeinwesen, davon mindestens 90% mit Aktionären (derzeit über 99%).
- Beschaffung der Leistungen durch eOperations Schweiz im Auftrag von Gemeinwesen auf dem Markt oder bei anderen staatlichen Stellen. Beispiele: Serverdienstleistungen oder Softwareentwicklung.
- Nicht gewinnorientierte Geschäftstätigkeit (Art. 2 der Statuten, siehe 3.2 unten).

Für die Beschaffungsverfahren gelten die Vorgaben gemäss BöB und IVöB und allfällig weiteren anwendbaren Vorgaben.

¹ Aufgrund der Quasi-Inhouse- resp. In-State-Ausnahmeregel, s. dazu Ziff. 3.3 und 3.4 unten.

² Liste der Aktionäre: <https://www.eoperations.ch/eoperations-schweiz/mission-organisation>.

3.2 Beschaffungsrelevante Artikel der Gesellschaftsstatuten³

Artikel 2: Zweck

«Die Gesellschaft bezweckt das Erbringen von Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Anwendung von Informations- und Kommunikationstechnologie für Bund, Kantone und Gemeinden, insbesondere zur Unterstützung digitalisierter Behördenleistungen. Die Geschäftstätigkeit ist nachhaltig kostendeckend, aber nicht gewinnorientiert.
(...)»

Artikel 6: Vinkulierung von Namenaktien

«Zur rechtsgültigen Übertragung von Namenaktien und aller daraus fließenden Rechte bedarf es der Zustimmung des Verwaltungsrats. (...) Die Zustimmung kann in folgenden Fällen verweigert werden:

- wenn es sich beim Erwerber nicht um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft der Schweiz handelt;

(...)»

3.3 WEKO-Gutachten zu eOperations Schweiz

Fragestellung: Können Gemeinden und Kantone (beteiligte und nicht beteiligte) von eOperations Schweiz vergaberechtsfrei Leistungen beziehen, ohne gegen Art. 5 BGBM zu verstossen?

Ergebnis: Das Gutachten der WEKO vom 1. Dezember 2014 zu eOperations Schweiz («WEKO-Gutachten»)⁴ kommt zum Schluss, dass dies unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen möglich ist, insbesondere wenn an eOperations Schweiz keine Privaten beteiligt sind, die Gesellschaft nicht-kommerziell und ausschliesslich für die öffentliche Hand tätig ist und Beschaffungen von eOperations Schweiz nach dem Vergaberecht erfolgen. Die Kriterien werden nachfolgend für die Quasi-Inhouse- und die In-State-Ausnahmeregel separat dargestellt.

³ Statuten eOperations Schweiz <https://www.eoperations.ch/wp-content/uploads/2018/06/Statuten-d-20180620.pdf>.

⁴ Vgl. <https://www.eoperations.ch/wp-content/uploads/2018/11/WEKO-Gutachten-eOperations-Schweiz.pdf>.

3.4 Privilegierte Beschaffung mit Quasi-Inhouse oder In-State-Ausnahmeregel

Definitionen und Grundlagen

Gemeinwesen entscheiden grundsätzlich frei, ob sie eine benötigte Leistung selber erbringen («make») oder auf dem Markt einkaufen möchte («buy»). Das öffentliche Beschaffungsrecht greift in diesen Grundsatzentscheid («make or buy») nicht ein.

Von einer **Inhouse-Beschaffung** ist die Rede, wenn eine öffentliche Auftraggeberin ihren Bedarf durch eigene Stellen hausintern, d. h. innerhalb derselben juristischen Person bzw. Körperschaft deckt. Dem Inhouse-Geschäft geht ein «make»-Entscheid voraus.

Daneben gelten unter bestimmten Bedingungen auch sog. **Quasi-Inhouse-Beschaffungen** noch als interne Beschaffungen («make»), die vergaberechtsfrei abgewickelt werden dürfen. Dabei beschafft die öffentliche Auftraggeberin die benötigten Leistungen zwar nicht bei eigenen Stellen bzw. innerhalb der eigenen Organisation, sondern bei einer anderen juristischen Person (Leistungserbringerin mit eigener Rechtspersönlichkeit). Zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und dieser Leistungserbringerin besteht jedoch eine besondere Beziehung: Die Auftraggeberin kontrolliert die Leistungserbringerin «wie eine eigene Dienststelle» (Kontrollkriterium) und diese Leistungserbringerin arbeitet im Wesentlichen nur für die öffentliche Auftraggeberin (Tätigkeitskriterium; Drittumsatz ist höchstens 20 Prozent). Ist zudem keine Privatperson an der Leistungserbringerin beteiligt (z. B. als Aktionär), so darf der Leistungsbezug ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgen.

Sind mehrere öffentliche Auftraggeberinnen an derselben Leistungserbringerin beteiligt, muss jede von ihnen an der gemeinsamen Kontrolle teilhaben. Auch eine solche geteilte Kontrolle genügt dem erwähnten Kontrollkriterium. Sind allerdings Private (direkt) an der Leistungserbringerin beteiligt, liegt diese für die Quasi-Inhouse-Ausnahme notwendige Kontrolle nicht mehr vor.

Um eine **In-State-Beschaffung** handelt es sich, wenn die öffentliche Auftraggeberin Leistungen bei einer anderen öffentlichen Organisation oder Körperschaft beschafft («make»). Solche Beschaffungen erfolgen dann ausserhalb des Beschaffungsrechts, wenn die öffentliche Leistungserbringerin nicht ihrerseits auch am Markt tätig ist oder Private an ihr beteiligt sind.

Diesen beiden Ausnahmen ist gemeinsam, dass der Leistungsfluss in der staatlichen Sphäre bleibt und kein tatsächlicher Einkauf am «Markt» erfolgt. Entsprechend führt die Direktvergabe in solchen Konstellationen zu keinen Wettbewerbsverzerrungen, weshalb von einer Ausschreibung nach den Regeln des Beschaffungsrechts abgesehen werden kann.

In der geltenden interkantonalen respektive kantonalen Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen wie auch im Bundesbeschaffungsrecht sind zurzeit weder die Quasi-Inhouse- noch die In-State-Vergabe geregelt. Die beschaffungsrechtliche Praxis und Lehre postulieren ihre Anwendung auch in der Schweiz, angelehnt an die Rechtslage in der EU

und an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). In den laufenden Totalrevisionen der IVöB und des BöB sollen beide Tatbestände neu erstmals explizit geregelt werden.

Quasi-Inhouse-Ausnahmeregel für eOperations Schweiz

Gemäss Schlussfolgerungen des WEKO-Gutachtens⁵ können wir davon ausgehen, dass Leistungen von eOperations Schweiz für ihre Aktionäre unter die Quasi-Inhouse-Ausnahme⁶ fallen, weil

- eOperations Schweiz ein öffentliches Unternehmen ist⁷;
- die Aktionäre eine gemeinsame Kontrolle über eOperations Schweiz ausüben (Kontrollkriterium);
- eOperations Schweiz ihre Leistungen im Wesentlichen für ihre Aktionäre erbringt (Tätigkeitskriterium; derzeit > 99%); und
- an eOperations Schweiz keine Privaten beteiligt sind.

In-State-Ausnahmeregel für eOperations Schweiz

Auch die In-State-Ausnahmeregel ist gemäss WEKO-Gutachten anwendbar⁸, weil eOperations Schweiz⁹

- eine eigene Rechtspersönlichkeit hat;
- keine Nicht-Gemeinwesen als Aktionäre hat¹⁰;
- nur Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber erbringt¹¹, im öffentlichen Interesse und nachhaltig kostendeckend, aber nicht gewinnorientiert tätig ist; und
- im Grundsatz keine Leistungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt, sondern sie nach den Regeln des Beschaffungsrechts vom Markt bezieht.

Zusammenfassung der beschaffungsrechtlichen Aspekte gemäss E-BöB und E-IVöB

- eOperations Schweiz erfüllt die Anforderungen an ein «Öffentliches Unternehmen»¹² und untersteht als «Einrichtung des öffentlichen Rechts»¹³ dem Vergaberecht.
- Für Aktionäre ist die Quasi-In-house-Ausnahmeregel¹⁴ anwendbar¹⁴.

⁵ WEKO-Gutachten, Rz. 48 / 49 S. 12 / 13 und Rz. 54 bis 58 S. 14 / 15.

⁶ I.S.v. Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB.

⁷ im Sinne von Art. 2 lit. i E-IVöB.

⁸ WEKO-Gutachten Rz 89 bis 98, S. 24 bis 26.

⁹ im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. b E-IVöB.

¹⁰ D.h. es sind keine Privaten beteiligt.

¹¹ im Sinne von «Leistungsfluss innerhalb der Staatssphäre».

¹² Art. 3 lit. b E-BöB resp. Art. 2 lit. i E-IVöB.

¹³ Art. 4 Abs. 1 E-IVöB.

¹⁴ Gem. Art. 10 Abs. 3 lit. d E-BöB resp. Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB.

- Für die Nicht-Aktionäre unter den Gemeinwesen ist die In-State-Ausnahmeregel* anwendbar¹⁵ *. Zentraler Aspekt ist, dass sich die öffentliche Zusammenarbeit innerhalb der Staatssphäre abspielt¹⁶.

* Wir gehen entsprechend der gelebten Praxis bzw. vorherrschenden Auffassung davon aus, dass die beiden Regeln bereits heute, vor Inkrafttreten des revidierten Beschaffungsrechts, mit vertretbarem Risiko anwendbar sind.

4 Wettbewerbsneutralität: Was ist zu beachten?

4.1 Wettbewerbsrelevanz der Tätigkeit von eOperations Schweiz

eOperations Schweiz kauft die Leistungen für ihre Kunden auf dem Markt ein und erbringt nur soweit eigene Leistungen, wie dies für Beschaffungen, das Bedarfs- und Providermanagement, die Koordination von Einkaufs- und Betreibergemeinschaften der Gemeinwesen, für die Qualitätssicherung und das Controlling nötig ist. Hinsichtlich der so auf dem Markt beschafften Leistungen ist die Tätigkeit von eOperations Schweiz wettbewerbsneutral. Der Mehrwert von eOperations Schweiz besteht in der Durchführung ebendieser Beschaffungen und – für die eigenen IT-Services – auch in der Führung von externen Dienstleistern, Projektleitungs- und Koordinationsaufgaben, Know-how-Transfer und dem finanziellen Controlling, aber auch in beratenden Funktionen, Pflichtenhefterstellung und weiteren vergleichbaren Tätigkeiten.

4.2 Wettbewerbsrelevanz gemeinsamer Beschaffungen

Gemeinsame Beschaffungen via eOperations Schweiz können ebenfalls wettbewerbsrelevant sein. Dieser Aspekt muss für jedes Beschaffungsvorhaben im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft geklärt werden. Bei Bedarf nimmt eOperations Schweiz während der Konzeptphase die Beratungsdienstleistung des Sekretariats der WEKO in Anspruch.

5 eOperations Schweiz als Beschaffungs- und Zuschlagsstelle für Gemeinwesen

Zwei Typen von Beschaffungen:

- a) **Beschaffungen von Leistungen für eigene Services von eOperations Schweiz** (Beispiel: Software-Entwicklung und Server-Dienstleistungen für eUmzugCH)
- b) **Bedarfsbündelung für mehrere Gemeinwesen** im Sinne von Einkaufsgemeinschaften, ohne dass eOperations Schweiz selbst Leistungen bezieht (Beispiel: Gemeinsame Beschaffung von Telecom-Standardleistungen via eOperations Schweiz)

¹⁵ Gem. Art. 10 Abs. 3 lit. b E-BöB resp. Art. 11 Abs. 3 lit. b E-IVöB.

¹⁶ Vgl. WEKO-Gutachten Rz 86 bis 90, S. 23 / 24.

Grundsätzlich ist als Kombination von a. oder b. eine Beschaffung durch eOperations Schweiz für ein einziges Gemeinwesen denkbar. Sie wird die Ausnahme sein, da eOperations Schweiz für gemeinsame Vorhaben gegründet wurde.

a) Für die eigenen Services von eOperations Schweiz:

- Anwendbares Beschaffungsrecht: Kanton Bern, als Sitzkanton (abweichende Lösungen bzw. Möglichkeiten können fallweise geprüft werden)
- Der Zuschlagsentscheid erfolgt mit Zustimmung der Gemeinwesen, die zu diesem Zeitpunkt Kunden resp. Projektauftraggeber des Services sind.
- eOperations Schweiz verfügt den Zuschlag und schliesst mit dem Lieferanten den Vertrag ab. Die Leistungen werden den Gemeinwesen nach Massgabe der Dienstleistungsverträge für den Betrieb weiterverrechnet.
- Wir gehen davon aus, dass Gemeinwesen einen Service von eOperations Schweiz und die damit beschafften Leistungen auch dann nutzen können, wenn sie zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht Kunde von eOperations Schweiz für den betreffenden Service waren. In der Ausschreibung muss dazu die Möglichkeit, dass später weitere Gemeinwesen dazu kommen, transparent beschrieben werden. Zudem müssen in diesem Fall Optionen für Mehrmengen im beschafften Volumen eingeplant und vertraglich gesichert werden.

b) Bedarfsbündelung für mehrere Gemeinwesen, die eine Einkaufsgemeinschaft bilden, ohne Bezug durch eOperations Schweiz für eigene Zwecke:

- Anwendbares Beschaffungsrecht: Kanton des Gemeinwesens mit dem relativ grössten Bezug.
- Wir gehen zurzeit davon aus, dass Gemeinwesen beschaffte Leistungen anders als unter a) oben nur dann beziehen können, wenn sie zum Zeitpunkt der Ausschreibung Teil der Einkaufsgemeinschaft sind und in der Ausschreibung namentlich erwähnt werden.
- Solche Beschaffungen werden in Form eines Projekts durchgeführt. Der Ausschreibungskonzept und -unterlagen sowie der Zuschlagsentscheid werden durch das Projektteam vorbereitet.
- Die beteiligten Gemeinwesen als Auftraggeber bilden einen Projektausschuss. Bei dessen Zusammensetzung werden die Interessen aller Stakeholder angemessen repräsentiert. Die Auftraggeber stellen den Vorsitzenden des Steuerungsausschusses.
- In der Regel trifft der Projektausschuss den Zuschlagsentscheid (Regelung projektspezifisch). eOperations Schweiz verfügt die Zuschläge, schliesst mit den Lieferanten die Rahmenvereinbarungen und betreut diese.

Spezialfall «Beschaffung für Organisationen von Gemeinwesen»:

Aus rechtlichen Gründen beschafft eOperations Schweiz Marktleistungen ausschliesslich für Bezüger, die nicht ihrerseits am Markt tätig sind. Organisationen von Gemeinwesen können sich nur dann als Bedarfsstelle gemeinsamen Beschaffungen via eOperations Schweiz anschliessen, wenn sie nicht kommerziell tätig sind (auch nicht zu einem geringfügigen Teil).

Gemeinsame Beschaffungen mit Beteiligung des Bundes:

- Der Bund arbeitet an einer Gesetzesgrundlage für die Beteiligung an und die Zusammenarbeit mit Organisationen wie eOperations Schweiz:
«Damit sich der Bund an der eOperations Schweiz AG und bei Bedarf künftig auch an anderen Organisationen zwecks Zusammenarbeit im Bereich des E-Government beteiligen kann, ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Deshalb hat der Bundesrat am 30. Januar 2019 das EFD beauftragt, diese rechtlichen Grundlagen zu erarbeiten und bis Ende August 2019 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage vorzulegen. Die Rechtsgrundlagen sollen sowohl die Beteiligung des Bundes an Organisationen zur Zusammenarbeit im Bereich des E-Government als auch die Möglichkeit zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten auf die selbigen regeln und sind auf Gesetzesstufe auszugestalten»¹⁷.
- Zum gegenwärtigen Zeitpunkt stellen sich zwei Probleme:
 - o Eine Beschaffung von Leistungen durch eOperations Schweiz für den Bund würde unter die in der Rechtspraxis zurzeit noch weniger etablierte In-State-Ausnahmeregel fallen, solange der Bund noch nicht Aktionär ist.
 - o Die Org-VöB nennt in Art. 9 die vier zentralen Beschaffungsstellen des Bundes. Es ist mit anderen Worten nicht möglich, durch Ausgründung, Vereinbarung oder Anordnung neue zentrale Beschaffungsstellen zu schaffen. Dies würde eine Revision der Org-VöB voraussetzen.

6 Fazit

- Gemeinwesen (Bund, Kantone und Gemeinden) dürfen aufgrund der Rechtslage, des rechtlichen Konstrukts und der Verhaltensgrundsätze von eOperations Schweiz davon ausgehen, dass sie von eOperations Schweiz Leistungen beziehen dürfen, ohne diese nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausschreiben zu müssen. Dies gilt auch für Organisationen der Gemeinwesen mit öffentlicher Zweckbestimmung (z. B. ausgelagerte Informatikorganisationen, die nur für Gemeinwesen tätig sind).
- Für Kantone und Gemeinden sind gemeinsame Beschaffungen via eOperations Schweiz beschaffungsrechtlich zulässig.
- Gemeinsame Beschaffungen mit Beteiligung des Bundes sind ebenfalls möglich, sobald der Bund die gesetzlichen Grundlagen geschaffen und insbesondere die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB) angepasst hat.
- Die Frage, ob solche gemeinsamen Beschaffungen zu einer übermässigen Nachfragekonzentration führen und deshalb allenfalls wettbewerbsrechtlich problematisch sind, klärt eOperations Schweiz für jedes Beschaffungsvorhaben einzeln. Bei Bedarf wird die Beratung des WEKO-Sekretariats beigezogen.

¹⁷ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73813.html>