

## Vergaberechtliche Stellung selbständiger IT-Dienstleister der öffentlichen Hand

Nicht alle IT-Dienstleister der öffentlichen Hand sind ausschreibungspflichtig. Eine differenzierte Betrachtung mit neuen Aspekten<sup>1</sup>.

Von Lukas Fässler, Rechtsanwalt & Informatikexperte, Zug

Selbständige IT-Dienstleister der öffentlichen Hand (z.B. öffentlich-rechtliche Anstalten, Aktiengesellschaften, Vereine oder andere Körperschaften), welche für den Bund, die Kantone oder die Gemeinden IT-Dienstleistungen erbringen, sind nicht per se verlängerte Arme der öffentlichen Hand, selbst wenn die öffentliche Hand an diesen IT-Dienstleistungsunternehmen mehrheitlich oder alleine beteiligt ist.

Es gilt wie folgt zu differenzieren:

- Im Staatsvertragsbereich kann eine selbständige IT-Dienstleisterin, selbst wenn sie im mehrheitlichen oder ausschliesslichen Besitz der öffentlichen Hand (z.B. der Kantone, Städte oder Gemeinden) steht, unter Umständen als „Einrichtung mit kommerziellem Charakter“ qualifiziert werden.
- Im Nicht-Staatsvertragsbereich kann eine solche IT-Dienstleisterin ebenfalls als „Einrichtung mit kommerziellem Charakter“ eingestuft werden.
- Entscheidend ist die Frage, ob die IT-Dienstleisterin als eine von den Eigentümern beherrschte Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, die mit hoheitlichen Aufgaben betraut ist. Wenn dies nicht der Fall ist, dann gilt sie als Einrichtung mit kommerziellem Charakter und untersteht keinen Vergabebestimmungen. Entscheidend für diese Beurteilung ist die Tatsache, dass die folgenden

Kriterien, welche für eine hoheitlich handelnde Einrichtung des öffentlichen Rechts sprechen, **nicht kumulativ** erfüllt werden:

- Eigene Rechtspersönlichkeit;
- Beherrschender staatlicher Einfluss;
- Wahrnehmung von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben; Wenn eine solche Einrichtung nur die „Werkzeuge“ für die Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben liefert, selber aber nicht hoheitlich handeln kann, dann erfüllt sie keine solchen Aufgaben;
- Nicht gewerbliche bzw. keine ausschliesslichen gewerblichen Tätigkeiten; Dies ist dann nicht der Fall,
  - wenn eine solche Einrichtung dem vollen Wettbewerbsdruck wie ein privates Wirtschaftssubjekt ausgesetzt ist;
  - Wenn eine private, nicht durch den Staat beeinflusste Konkurrenz besteht;
  - die Kunden dieser Einrichtung der öffentlichen Hand zuzurechnen sind und daher ihrerseits dem Vergabewesen unterstellt sind.
- Wenn eine solche Einrichtung auch nicht als „**Einkaufsgemeinschaft**“ der Kantone und der Städte/Gemeinden qualifiziert werden

---

<sup>1</sup> Die nachfolgenden Ausführungen sind eine Zusammenfassung aus einem Rechtsgutachten, welches eine solche Einrichtung bei der Anwaltskanzlei Rohner Thurnherr Wiget & Partner in St.Gallen in Auftrag gegeben hat. Lukas Fässler ist IT-Spezialanwalt und Vergaberechtsspezialist in Zug.

kann, weil die Kunden z.B. keinen Auftrag für ein konkretes Produkt oder eine Dienstleistung erteilt haben, sondern das Leistungsportfolio durch die Einrichtung selber festgelegt wird oder die Einrichtung erhebliche Eigenleistungen in ihre Produkte und Dienstleistungen einbringt. Dadurch werden allfällige Fremdleistungen veredelt und können nicht unmittelbar nach dem Einkauf durch die Einrichtung an die Kantone, Städte oder Gemeinden weitergegeben werden.

- Die Einstufung als Einrichtung mit kommerziellem Charakter führt dazu, dass eine solche Einrichtung **als Anbieterin und nicht als Vergabestelle** gilt. Als Anbieterin untersteht sie für die Deckung ihres Eigenbedarfs nicht dem Vergaberecht und ist in ihrer unternehmerischen Freiheit, Aufträge zu erteilen oder Partnerschaften einzugehen, nicht eingeschränkt.
- Im Gegenzug unterstehen die Kantone, Städte und Gemeinden als Vergabestellen für die Deckung ihres Bedarfs bei dieser Einrichtung dem Vergaberecht, sofern die Voraussetzungen dazu (z.B. Schwellenwerte) erfüllt sind.

Als Konsequenz dieser Beurteilung ergibt sich, dass eine kommerzielle Einrichtung gar **kein Vergabeverfahren durchführen darf**. Sie würde sich dadurch folgenden Risiken aussetzen:

- Die kommerzielle Einrichtung, die trotzdem ausschreibt, müsste sich mit Schadenersatzforderungen der Anbietenden auseinandersetzen, weil sie zu Unrecht ein Vergabeverfahren durchgeführt hat;
- Sie ist keine Vergabebehörde und hat daher keine gesetzliche Legitimation, eine Zuschlagsverfügung zu erlassen; eine solche Verfügung wäre nichtig und könnte jederzeit von einem betroffenen Anbieter angefochten werden;
- Ein Vergabeverfahren der kommerziellen Einrichtung würde für die Kantone, Städte oder Gemeinden zu keinem Vorteil führen, weil diese selber Vergabestellen bleiben und für die Deckung ihres Bedarfs selber dem Vergabeverfahren unterstellt sind.

## **Vergabepflicht der öffentlichen Hand**

Die Kantone, Städte und Gemeinden sind ihrerseits für die Erteilung von Dienstleistungsaufträgen sowohl im Staatsvertragsbereich als auch im Nichtstaatsvertragsbereich dem Beschaffungswesen unterstellt (Art. 6 Abs. 1 Bst. c und Art. 6 Abs. 2 IVöB). Informatikdienstleistungen zählen nach Lehre und Praxis zu den im Beschaffungswesen geregelten Dienstleistungsaufträgen.

Im kantonalen Recht sind jedoch Regelungen enthalten, welche die freihändige Vergabe von Dienstleistungsaufträgen zulassen, obwohl die Schwellenwerte für die freihändige Vergabe (Schwellenwert im Staatsvertragsbereich unter CHF 350'000.00; Schwellenwert im Nichtstaatsvertragsbereich unter CHF 150'000.00) überschritten werden. Dazu gehören namentlich:

- Vorliegen technischer Besonderheiten, die nur einen Anbieter zulassen;
- Ergänzungsaufträge, die im Zusammenhang mit einem vergebenen Auftrag notwendig sind.

Die konkrete Wirkung dieser Ausnahmeregelungen kann wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung und Formulierung in den kantonalen Ausnahmebestimmungen nur im Einzelfall beurteilt werden.

Für Neukunden einer solchen Einrichtung gilt somit das Vergabeverfahren ohne Einschränkungen. Die Wahl des Verfahrens hängt nur vom Schwellenwert ab. Eine Ausnahme kann höchstens dann gegeben sein, wenn besondere Umstände die Vereinbarkeit mit technischen Systemen anderer Kantone, Städten oder Gemeinden gebieten, zu denen ein besonderer Bezug besteht.

Erweiterungen bestehender Dienstleistungsaufträge für bestehende Kunden können grundsätzlich freihändig vergeben werden, da in der Regel wegen des Grundauftrages eine technische Besonderheit besteht. Einzige Schranke bildet die Missbrauchsklausel.

**Wenn also eine im Eigentum der öffentlichen Hand stehende Organisation so aufgebaut wird, dass sie als Einrichtung mit kommerziellem Charakter ohne Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben ausgestaltet wird, ist sie keine Vergabestelle, sondern eine Anbieterin, welche ihre Bedürfnisse am freien Markt ohne Ausschreibung beschaffen kann.**