



**Kellerhals
Carrard**

Christoph Jäger

Aktualisierung der Eigentümerstrategie der BEDAG Informatik AG
Beurteilung nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht

Rechtsgutachten

zuhanden des Regierungsrates des Kantons Bern

Bern, 19. März 2018



INHALT

I.	ANLASS	4
II.	AUFTRAG, FRAGESTELLUNG UND VORGEHEN	6
III.	GRUNDLAGEN DES ÖFFENTLICHEN BESCHAFFUNGSRECHTS	7
1.	Rechtsgrundlagen (Übersicht)	7
2.	Ziele und Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts	9
3.	Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts	10
3.1	Subjektiver Geltungsbereich	10
3.2	Objektiver Geltungsbereich	12
3.3	«Make or Buy»-Entscheid	13
IV.	LEISTUNGSBEZUG DES KANTONS BEI DER BEDAG GEMÄSS HEUTIGER PRAXIS	15
1.	Ausgangslage	15
2.	Zulässigkeit des vergaberechtsfreien Leistungsbezugs	17
2.1	Inhouse- und Quasi-Inhouse-Vergabe	17
2.2	Voraussetzungen der Quasi-Inhouse-Vergabe	18
2.3	Kontrollkriterium	19
2.4	Tätigkeitskriterium	20
2.5	Zwischenfazit	22
3.	Alternative Rechtfertigung der Vergaberechtsfreiheit?	22
4.	Rechtsfolgen der Verletzung des öffentlichen Beschaffungsrechts	25
5.	Neues Beschaffungsrecht (Ausblick)	27
5.1	Revisionsvorhaben	27
5.2	Quasi-Inhouse-Regelung im künftigen Recht	28
5.3	Ausnahmen aus Sicherheitsinteressen nach neuem Beschaffungsrecht	30
V.	BESCHAFFUNGSRECHTLICHE BEURTEILUNG DER STRATEGIEVARIANTEN	33
1.	Übersicht	33
2.	Strategievariante «Status quo optimiert»	34
2.1	Ausgangslage	34
2.2	Neuausschreibung von Daueraufträgen	35
2.3	Steigerung des Kantonsanteils oder Reduktion der Drittkundenaufträge	36

2.4	Holding-Lösung	38
3.	Strategievariante «Zusammenschluss»	40
4.	Strategievariante «Behalten Bereich Rechenzentrum – Verkauf Bereich Software»	42
5.	Strategievariante «Verkauf»	43
6.	Strategievariante «Reintegration in die Kantonsverwaltung»	43
VI.	ÜBERGANGSSITUATION	44
VII.	ERGEBNISSE UND EMPFEHLUNGEN	47
VIII.	LITERATURVERZEICHNIS	50
IX.	MATERIALIENVERZEICHNIS	52

I. Anlass

- 1 Im Rahmen der ICT-Strategie des Kantons Bern 2016 – 2020 beschloss der Regierungsrat eine Aktualisierung der Eigentümerstrategie für die BEDAG.¹
- 2 Kurz darauf wollten die Grossräte Patric Bhend (SP) und Michael Köppli (glp) mit der Motion 028-2016 «Unabhängige Informatik im Kanton Bern: Verkauf der Bedag Informatik AG» den Regierungsrat damit beauftragen, den Verkauf der BEDAG einzuleiten und gleichzeitig das Gesetz über die Aktiengesellschaft Bedag Informatik (BIG; Bedag-Gesetz)² aufzuheben. In der Begründung führten die Motionäre insbesondere aus, dass die Bedürfnisse der Verwaltung im Informatikbereich auch auf dem freien Markt abgedeckt werden könnten.³ Am 5. September 2016 nahm der Grosse Rat die Ziffer 1 des Vorstosses, umgewandelt in ein Postulat, an. Damit verpflichtete er den Regierungsrat, den Verkauf der BEDAG zu prüfen und dem Grossen Rat über das Ergebnis Bericht zu erstatten.⁴ Die Ziffer 2 des Vorstosses, die als Motion stehenblieb und die Aufhebung des Bedag-Gesetzes verlangte, wurde vom Grossen Rat in der Folge abgelehnt.⁵
- 3 Der Regierungsrat verwies in seiner Antwort zur Motion 028-2016 auf die laufenden Arbeiten bezüglich der Informatikstrategie und kündigte an, das Postulat in diesem Rahmen zu erfüllen.⁶ Ebenso stellte der Regierungsrat in der Motionsantwort bereits in Aussicht, unabhängige Experten beizuziehen, um den Entscheid über die Zukunft der BEDAG gestützt auf fundierte Grundlagen treffen zu können.⁷ Im Zuge der weiteren Arbeiten kam die Finanzdirektion zum Schluss, dass zudem beschaffungsrechtliche Fragen zu klären sind.⁸
- 4 Mit RRB 872/2017 vom 30. August 2017 und auf der Grundlage der Ergebnisse der Klausursitzung des Regierungsrates vom 1. Februar 2017⁹ erteilte

1 Vortrag des Regierungsrates vom 3. Februar 2016 zur ICT-Strategie des Kantons Bern 2016 – 2020, 2016, Beilage zum RRB Nr. 105/2016, S. 3.

2 Gesetz vom 5. Juni 2002 über die Aktiengesellschaft Bedag Informatik (Bedag-Gesetz, BIG; BSG 152.031.2.

3 Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Session vom 5. bis 13. September 2016, Jahrgang 2016, Heft 4, S. 997f.

4 Vgl. Art. 65 GRG.

5 Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Session vom 5. bis 13. September 2016, Jahrgang 2016, Heft 4, S. 1002.

6 Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Session vom 5. bis 13. September 2016, Jahrgang 2016, Heft 4, S. 998.

7 Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Session vom 5. Bis 13. September 2016, Jahrgang 2016, Heft 4, S. 998.

8 Aussprachepapier der Finanzdirektion vom 20. Januar 2017, Bedag Informatik AG, M 028-2016 „Unabhängige Informatik im Kanton Bern: Verkauf der Bedag Informatik AG“ und Aktualisierung der Eigentümerstrategie, zuhanden der Sitzung des Regierungsrates vom 1. Februar 2017, S. 2 f.

9 RRB 125/2017 vom 15. Februar 2017.

der Regierungsrat schliesslich den Auftrag, ein Gutachten zu verfassen, das vier (bzw. fünf¹⁰) Strategievarianten einer genaueren Prüfung unterziehen soll:

- «Status quo – beschaffungsrechtlich optimiert»¹¹;
- «Zusammenschluss»¹²;
- «Bereich Rechenzentrum behalten – Bereich Software verkaufen»¹³;
- «Verkauf»¹⁴.

5 Als Grundlage legte der Verwaltungsrat der BEDAG dem Regierungsrat am 12. Januar 2017 einen ersten Bericht mit Empfehlungen zur Aktualisierung der Eigentümerstrategie vor.¹⁵ An seiner Sitzung vom 15. Februar 2017 hielt der Regierungsrat gestützt darauf als Vorentscheid fest, dass er die Hoheit über die von der Kantonsverwaltung bearbeiteten Informatikdaten behalten will. Er nahm auch eine Gewichtung der Varianten vor und hielt fest, dass für ihn mit Blick auf einen späteren Entscheid zur Eigentümerstrategie die Strategievariante «Status quo optimiert» im Vordergrund stehe, während ein integraler Verkauf der BEDAG oder deren Reintegration in die Kantonsverwaltung kaum infrage kämen. Auch der Variante «Zusammenschluss» stand der Regierungsrat eher skeptisch gegenüber.¹⁶

6 Der Verwaltungsrat der BEDAG wurde daraufhin mit Beschluss RRB Nr. 125/2017 gebeten, die genaue rechtliche und organisatorische Konzeption der Strategievarianten «Zusammenschluss» und «Status quo optimiert» sowie einer weiteren Variante «Behalten Bereich Rechenzentrum – Verkauf Bereich Software» in einem weiteren Bericht zuhanden des Regierungsrates darzustellen und zudem die unternehmerischen, betrieblichen, finanziellen und personellen Auswirkungen sowie die Realisierbarkeit eines Verkaufs der BEDAG vertieft zu prüfen.¹⁷

7 Basierend auf dem ersten Bericht vom 12. Januar 2017 und den Vorentscheiden und Vorgaben des Regierungsrates vom 15. Februar 2017 verfass-

10 Die Strategievariante «Reintegration in die Kantonsverwaltung» steht für den Regierungsrat nicht im Vordergrund und würde zu einer Wiedereingliederung der BEDAG in die Zentralverwaltung des Kantons Bern und somit deren Liquidation als Unternehmen im gesellschaftsrechtlichen Sinne bedeuten; vgl. unten Rz. 92 und 128 f.

11 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 6, S. 13 ff.; vgl. unten Rz. 93 ff.

12 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 7, S. 24 ff.; vgl. unten Rz. 115 ff.

13 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 8, S. 31 ff.; vgl. unten Rz. 122 ff.

14 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 9, S. 36 ff.; vgl. unten Rz. 126 ff.

15 Vgl. VR-Bericht vom 12. Januar 2017.

16 RRB Nr. 125/2017 vom 15. Februar 2017, Ziff. 1.

17 RRB Nr. 125/2017 vom 15. Februar 2017, Ziff. 2 und 3.

te der Verwaltungsrat der BEDAG auftragsgemäss einen Vertiefungsbericht, den er am 27. Juni 2017 vorlegte.¹⁸

II. Auftrag, Fragestellung und Vorgehen

- 8 Vor dem geschilderten Hintergrund beauftragte der Regierungsrat mit Beschluss vom 30. August 2017¹⁹ drei Gutachter damit, die Strategievarianten mit Fokus auf die Variante «Status quo optimiert» aus drei verschiedenen Blickwinkeln zu beurteilen:
- Staats- und Verwaltungsrecht (inkl. ordnungspolitische Aspekte)
 - Informatikorganisation und -führung
 - Beschaffungsrecht
- 9 Zur Beurteilung der staatsrechtlichen, politischen und ordnungspolitischen Aspekte wurden Prof. Dr. Markus Müller²⁰ und in Bezug auf die Informatikorganisation und -führung Prof. Dr. Jens Dibbern²¹ ebenfalls als unabhängige Experten und Gutachter eingesetzt. Der Unterzeichnete soll die Strategievarianten im Lichte des öffentlichen Beschaffungsrechts beurteilen. Dabei sollen die drei Gutachter darauf achten, dass ihre Beurteilungen – auch wenn diese Gegenstand je eines eigenen Gutachtens bilden – untereinander so abgestimmt sind, dass sich in Bezug auf die Beurteilung der Varianten ein möglichst widerspruchsfreies Bild ergibt.
- 10 Wichtige Grundlage für die Gutachten bildete – nebst dem regierungsrätlichen Auftrag sowie den dem Gutachtensauftrag zugrundeliegenden Vorakten (insbesondere die Vorträge der Finanzdirektion) – der Vertiefungsbericht 27. Juni 2017 des Verwaltungsrats der BEDAG.²² Der Regierungsrat liess den drei Gutachtern am 30. August 2017 überdies einen umfangreichen Fragenkatalog zukommen, der diesen allerdings nur als Leitlinie dienen sollte.
- 11 Die drei Gutachter haben sich sodann vier Mal zu einem Austausch getroffen sowie am 6. November 2017 Hearings mit Herrn Felix Akeret (aktueller CEO der BEDAG), Herrn Peter Schmutz (vormaliger CEO der BEDAG) sowie Herrn

¹⁸ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 2, S. 6.

¹⁹ RRB Nr. 872/2017 vom 30. August 2017.

²⁰ MÜLLER MARKUS/HUGENTOBler MANUELA, Aktualisierung der Eigentümerstrategie der BEDAG Information AG – Staats- und verwaltungsrechtliche Betrachtungen, Gutachten zuhanden des Regierungsrates des Kantons Bern (zit. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBler).

²¹ DIBBERN JENS, Aktualisierung der Eigentümerstrategie der Bedag Informatik AG aus Perspektive der Informatikorganisation- und Führung zuhanden des Regierungsrates des Kantons Bern (zit. Gutachten DIBBERN).

²² Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 2, S. 6.

Beat Jakob (Vorsteher KAIO) und Thomas Fischer (Leiter Stab Amtsleitung / Fachbereich Recht des KAIO) durchgeführt.

- 12 Das vorliegende Gutachten widmet sich gestützt darauf unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Beschaffungsrechts der Frage, wie die vier respektive fünf Strategievarianten beschaffungsrechtlich zu beurteilen sind und welche Voraussetzungen und Folgen sie zeitigen. Diese Beurteilung erfolgt nach einer Darstellung der allgemeinen Rahmenbedingungen des öffentlichen Beschaffungsrechts sowie des aktuellen Leistungsbezugs des Kantons Bern bei der BEDAG.

III. Grundlagen des öffentlichen Beschaffungsrechts

1. Rechtsgrundlagen (Übersicht)

- 13 Die Rechtslage im öffentlichen Beschaffungsrecht ist unübersichtlich und komplex. Die Vorschriften sind über alle Staatsebenen – international, national, interkantonal und kantonal – in verschiedenen Erlassen stark zersplittert. Für die Tätigkeit der BEDAG, die sich zu hundert Prozent im Eigentum des Kantons Bern befindet, sind in erster Linie jedoch das bernische Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)²³ und die zugehörige Verordnung (ÖBV)²⁴ massgebend. Diese kantonalen Vorschriften müssen staatsvertrags-, bundesrechts- und konkordatskonform ausgelegt und angewandt werden.
- 14 ÖBG und ÖBV sind beherrscht und beeinflusst durch das übergeordnete Beschaffungsrecht. Zu beachten sind auf internationaler Ebene zwei Staatsverträge – das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA)²⁵ und das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens²⁶ – sowie auf interkantonaler Ebene die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)²⁷. Das Binnenmarktgesetz des Bundes (BGBM)²⁸

²³ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

²⁴ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

²⁵ WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422).

²⁶ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68).

²⁷ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungsrecht vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 (IVöB, AS 2003 S. 196 ff. = Anhang I ÖBG).

enthält überdies bundesrechtliche Minimalvorgaben an kantonale und kommunale Beschaffungen. Diese übergeordneten Vorschriften sind, nach Massgabe ihres je spezifischen Geltungsbereichs, für die Auslegung oder bei Lücken in der bernischen Regelung heranzuziehen oder sogar direkt anwendbar.

- 15 Im vorliegenden Kontext gehören die direktionsübergreifenden Belange sowohl im Bereich der Informatik als auch auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zu den Aufgaben der Finanzdirektion (FIN; vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. m und o OrV FIN)^{29,30}. Diese Direktion ist auch zuständig für die Beteiligungsverwaltung und die Eigentümervertretung gegenüber der BEDAG (vgl. Art. 3 OrV FIN). Innerhalb der Finanzdirektion nimmt das Generalsekretariat (GS FIN) für die Ämter und sich selber die Rolle der Leistungsbezügerin in Bezug auf Leistungen der Informations- und Telekommunikationstechnik (ICT) des Amts für Information und Organisation (KAIO) ein und ist für die Betreuung der Beteiligung an der BEDAG verantwortlich (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. o und q OrV FIN). Die subsidiäre Kompetenz für direktionsübergreifende Aufgaben in den Bereichen ICT, Informationssicherheit und öffentliches Beschaffungswesen liegt beim KAIO (Art. 11 Abs. 1 OrV FIN). Diese Zuständigkeits- und Aufgabenordnung ist im Übrigen auch in der ICT-Strategie des Kantons Bern 2016-2020 abgebildet, welche der Regierungsrat am 3. Februar 2016 beschlossen hat.³¹
- 16 Die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens (OÖBV)³² regelt im Einzelnen die Aufgaben, Zuständigkeiten und Grundsätze bei öffentlichen Beschaffungen der Kantonsverwaltung. Im Falle von zentralen Beschaffungen, zu welchen auch Informatikleistungen gehören, ist das KAIO die sog. zentrale Beschaffungsstelle (ZBS; vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. d OÖBV). Dieses Amt führt das Beschaffungsverfahren durch und schliesst Rahmenverträge ab, unter welchen die Bedarfsstellen die von ihnen benötigten Leistungen nach eigenem Budget abrufen können. Diese Vorgehensweise gilt aber nur unter dem Vorbehalt, dass der Regierungsrat nichts anderes festlegt (vgl. Art. 14 Abs. 1 OÖBV).

²⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

²⁹ Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Finanzdirektion vom 18. Oktober 1995 (ORV FIN; BSG 152.221.171).

³⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die per 1. März 2018 in Kraft getretene Verordnung vom 24. Januar 2018 über die Informations- und Telekommunikationstechnik der Kantonsverwaltung (ICTV; BSG 152.042).

³¹ Vgl. Geschäft Nr. 2016.RRGR.120.

³² Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens vom 5. November 2014 (OÖBV; BSG 731.22).

2. Ziele und Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts

- 17 Die für das kantonale Beschaffungsrecht insbesondere in Art. 1 Abs. 3 IVöB verankerten Ziele und Grundsätze (u.a. Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern³³, Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter³⁴ und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel³⁵) verkörpern den Grundgedanken des Vergaberechts; auf sie lassen sich die meisten Einzelvorschriften zurückführen.³⁶
- 18 Zu beachten ist, dass neben dem beschaffungsrechtlichen Ziel einer Stärkung des Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB) auch jenes der Wirtschaftlichkeit (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB) und der Gleichbehandlung (Art. III Abs. 1 GPA, Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) enge Bezüge zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns aufweisen. So stellt die Vorgabe, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält (vgl. Art. 13 lit. f IVöB, Art. 30 Abs. 1 ÖBV) – nebst dem haushälterischen Umgang mit öffentlichen Finanzmitteln – sicher, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht aufgrund wettbewerbsverzerrender Kriterien und Überlegungen erfolgt. Das Gebot der Gleichbehandlung dient seinerseits nicht nur der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung durch Marktöffnung, sondern auch den Anbieterinteressen. Es konkretisiert für das öffentliche Beschaffungswesen das staatliche Neutralitätsgebot als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit verleiht im Übrigen keinen Anspruch auf den Erhalt staatlicher Aufträge, sondern verlangt im spezifisch beschaffungsrechtlichen Kontext nach einem wettbewerbsneutralen Verhalten der Vergabestelle.³⁷

33 Es muss ein wirksamer, d.h. funktionierender, unverfälschter Wettbewerb gewährleistet werden. Vgl. unten Rz. 18.

34 Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zielt auf die Öffnung der Beschaffungsmärkte und die Unparteilichkeit der Beschaffungsstellen innerhalb der Vergabeverfahren ab. Er gilt unabhängig vom Auftragswert für alle Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (vgl. Art. 7 ÖBG). Die Gleichbehandlung ist eine wichtige Voraussetzung für einen echten Bieterwettbewerb und ein faires Verfahren.

35 Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist in Art. 7 ÖBG verankert. Unmittelbarer Ausfluss davon ist die Verpflichtung, das «wirtschaftlich günstigste Angebot» – dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis – zu ermitteln und dem betreffenden Anbieter den Zuschlag zu erteilen.

36 Vgl. zum Ganzen JÄGER, Rz. 67 ff.

37 BGE 143 II 425 E. 4.4.2 S. 433 f.; Urteile des BGer 2C_665/ 2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.3; 2D_29/2012 vom 21. November 2012 E. 5; 2P.254/2004 vom 15. März 2005 E. 2.4; 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 5.5; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 883.

3. Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts

3.1 Subjektiver Geltungsbereich

19 Art. 2 Abs. 1 lit. a ÖBG unterstellt den Kanton, seine Anstalten und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen er beteiligt ist, den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts.³⁸ Im vorliegenden Zusammenhang ist damit direkt von Gesetzes wegen klar, dass der Kanton Bern den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts subjektiv unterstellt ist.

20 Der Verwaltungsrat der BEDAG geht in seinem Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017 davon aus, dass die BEDAG ebenfalls als öffentliche Auftraggeberin dem Vergaberecht unterstellt sei. Auf welche beschaffungsrechtlichen Grundlagen sich diese Annahme abstützt, wird allerdings offengelassen³⁹:

21 «Da der Kanton ICT-Leistungen freihändig an sein eigenes Unternehmen vergeben kann, geht damit die Ausschreibepflicht im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens an die Bedag über. Die Bedag wird für nicht selbsterbrachte Leistungen bei Überschreitungen der Schwellenwerte ausschreibungspflichtig. Dies werden im Wesentlichen Leistungen im Bereich der Hard- und Software sein.»

22 Nach der hier vertretenen Auffassung geht entgegen der Annahme des Verwaltungsrats der BEDAG die Ausschreibungspflicht nicht automatisch aufgrund der Beteiligungsverhältnisse vom Kanton Bern auf die BEDAG über. Eine vergaberechtlich relevante Aufgabenübertragung könnte höchstens bei einer sog. Beleihung angenommen werden, d.h., wenn der Kanton Bern die BEDAG mit der (unmittelbaren) Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragen würde.⁴⁰ Nach der staats- und verwaltungsrechtlichen Betrachtung ist die Bereitstellung von Informations- und Kommunikationstechnologie für die öffentliche Verwaltung der Bedarfsverwaltung zuzuordnen und stellt keine Staatsaufgabe dar.⁴¹ BEDAG handelt gegenüber der Kantonsverwaltung mithin als Leistungserbringerin der Bedarfsverwaltung und nimmt eine administrative Hilfstätigkeit wahr.⁴²

23 Die subjektive Unterstellung der BEDAG unter das öffentliche Beschaffungsrecht muss eigenständig anhand der Geltungsbereichsdefinition von Art. 2 ÖBG geprüft und begründet werden. Nur falls sie von dieser Bestimmung er-

38 Vgl. zum subjektiven Geltungsbereich BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 17 ff.

39 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, S. 8, so auch auf S. 45.

40 In der Lehre und Rechtsprechung ist in Bezug auf das geltende Recht umstritten respektive es besteht keine gefestigte Auffassung zur Frage, ob die Beleihung von Privaten dem öffentlichen Beschaffungsrecht – als öffentliche Beschaffung – (direkt) untersteht oder nicht. Im künftigen Beschaffungsrecht sollen Vorgänge der Beleihung den öffentlichen Aufträgen nunmehr ausdrücklich gleichgestellt werden (vgl. Art. 8 Abs. 2 E-IVöB).

41 Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, insbesondere S. 21 ff.

42 Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, insbesondere S. 19 f. und 21 ff.

fasst ist, wäre sie als öffentliche Auftraggeberin zu qualifizieren, welche ihre Beschaffungen nach den Regeln dieses Gesetzes tätigen muss.

- 24 Die BEDAG bildet als Unternehmen in Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, aber im Eigentum des Kantons Bern Teil der dezentralen Kantonsverwaltung.⁴³ Als öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform kommt eine Unterstellung unter das Vergaberecht nach Art. 2 Abs. 1 ÖBG nur dann in Frage, wenn BEDAG als öffentlich-rechtliche Körperschaft respektive gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB als sog. «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» (die auch in Privatrechtsform konstituiert sein können) oder als sog. «Sektorenunternehmen» gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c ÖBG einzustufen ist.
- 25 Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gelten Körperschaften, Stiftungen, Vereine und dergleichen, wenn sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen und soweit sie nicht Leistungen «kommerziellen oder industriellen» Charakters erbringen.⁴⁴ Die Vergaberechtslehre zieht den Kreis weiter, indem sie nicht öffentliche Aufgaben im engen Sinn, sondern die Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse für die Unterstellung genügen lässt.⁴⁵ Dabei werden die Allgemeininteressen mitunter grosszügig ausgelegt: Dieses könne im schweizerischen Recht ohne weiteres mit einem äusserst weit verstandenen «öffentlichen Interesse» (einschliesslich aller staatlichen Eigeninteressen) gleichgesetzt werden.⁴⁶ Ist eine Einrichtung dagegen umfassend und ausnahmslos gewerblich tätig, ist sie nicht eine solche des öffentlichen Rechts im vergaberechtlichen Sinne. Hierfür muss sie dem vollen Wettbewerbsdruck durch die vom Staat nicht beeinflusste Konkurrenz wie ein privates Wirtschaftssubjekt ausgesetzt sein.⁴⁷
- 26 Die BEDAG stellt laut ihrem Gesellschaftszweck vor allem Informatikdienstleistungen für den Kanton Bern bereit,⁴⁸ daneben ist sie für Drittkunden im Rechenzentrumsbereich und in der Softwareentwicklung tätig. Da der Anteil des Drittmarktgeschäfts am Gesamtumsatz der BEDAG zurzeit zu gross ist, mithin die sog. «Teckal»-Kriterien nicht erfüllt sind⁴⁹, geht der Kanton Bern respektive zumindest das KAIO davon aus, dass auch er Aufträge an die BEDAG nur im Rahmen des öffentlichen Beschaffungsrechts gestützt auf ei-

43 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 6 ff.

44 Vgl. IVöB-Musterbotschaft, S. 20 f.

45 Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 133 sowie BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 250. Zusätzliche Unterstellungsvoraussetzungen sind zudem: eigene Rechtspersönlichkeit, nicht gewerbliche bzw. keine ausschliesslich gewerbliche Tätigkeiten sowie beherrschender staatlicher Einfluss (sog. Staatsgebundenheit der Einrichtung).

46 Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 250.

47 Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 136; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 266.

48 Vgl. Online-Handelsregisterauszug der Bedag Informatik AG, abrufbar unter: <https://www.zefix.ch> [zuletzt besucht am 15. März 2018].

49 Vgl. dazu unten Rz. 44 ff.

nen vergaberechtskonformen Zuschlag vergeben darf. Die BEDAG steht somit unter Wettbewerbsdruck und ist einem privaten Wirtschaftssubjekt vergaberechtlich gleichgestellt, was die Qualifikation als Einrichtung des öffentlichen Rechts ausschliesst. Zusätzlich erfüllt sie nach dem Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE keine Staatsaufgabe und die Geltungsbereichsvoraussetzung der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben würde nach der hier vertretenen Auffassung überdehnt, wenn der Geschäftszweck und die Tätigkeit der BEDAG als solche eingestuft würden. Dabei handelt es sich allerdings um eine schwierige Auslegungsfrage, welche – da sie nicht im Zentrum der Gutachtensfragen steht – an dieser Stelle offengelassen werden kann.

- 27 Die BEDAG qualifiziert nach dem Gesagten nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Vergaberechts und als privatrechtliche Aktengesellschaft erst recht nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaft. Zudem fällt ihre Tätigkeit im Informatikbereich klarerweise nicht in die Sektoren, in welchen Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform nach Massgabe des anwendbaren Staatsvertragsrechts dem subjektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt werden. Nach dieser summarischen Beurteilung ist somit BEDAG bei ihren eigenen Beschaffungen nicht als Auftraggeberin dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen und kann am Markt frei von diesen Vorschriften einkaufen. Die Unterstellungsfrage hinsichtlich der BEDAG wird aber im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht abschliessend beurteilt und müsste gegebenenfalls noch vertiefter untersucht werden.

3.2 Objektiver Geltungsbereich

- 28 Eine öffentliche Beschaffung, das heisst die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, liegt nach der ursprünglichen bundesgerichtlichen Begriffsdefinition vor, wenn die öffentliche Auftraggeberin als Nachfragerin und die private Unternehmung als Anbieterin miteinander rechtsgeschäftlich in Kontakt treten und einen (privatrechtlichen) Vertrag abschliessen. Dieses Rechtsgeschäft muss mit dem Zweck des Leistungsaustauschs erfolgen, d.h. der Staat erwirbt gegen Entgelt auf dem freien Markt vom Anbieter diejenigen Bauleistungen, Güter oder Dienstleistungen, die er seinerseits zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigt (synallagmatischer Leistungsaustausch; «*do ut des*»).⁵⁰
- 29 Die Lehre kritisierte dieses Begriffsverständnis des Bundesgerichts teilweise als *zu eng* und anfällig für Umgehungen. Nach diesen kritischen Stimmen sollte der sachliche Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts vielmehr aufgrund

⁵⁰ BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f., Pra 2000, Nr. 149 S. 884, bestätigt, aber präzisiert in BGE 135 II 49 (vgl. hierzu unten Rz. 30); vgl. zum Begriff z.B. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 603 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 178 ff.; JÄGER, Rz. 29 ff.

einer *wirtschaftlichen Betrachtung des Gesamtvorgangs* definiert werden. Damit würden unter Umständen auch Aufgabenauslagerungen (Beleihungen Privater mit öffentlichen Aufgaben), Konzessionsvergaben oder andere Vorgänge öffentliche Beschaffungen darstellen, wenn bei einer gesamthaften, wirtschaftlichen Betrachtung des Geschäfts bzw. der Beziehungen zwischen dem Gemeinwesen und dem Privaten im Ergebnis (auch) ein Beschaffungssachverhalt gegeben ist.⁵¹

- 30 Das Bundesgericht bestätigte in BGE 135 II 49 grundsätzlich seine ursprüngliche Begriffsdefinition. Es trug der erwähnten Kritik der Lehre insofern Rechnung als es präziserte, dass nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrages, sondern auf eine *funktionale Betrachtung* abzustellen sei. Als Kernelemente einer öffentlichen Beschaffung nannte es ein «im weiteren Sinn» zu verstehendes synallagmatisches Rechtsgeschäft, die Nachfrageerstellung des Gemeinwesens und den Zweck der Beschaffung, mit der veranlassten Leistung öffentliche Aufgaben wahrzunehmen. Diese Voraussetzungen können auch erfüllt sein, wenn öffentliche Auftraggeber und Private gemeinsam eine Tätigkeit ausüben.⁵²
- 31 Im Unterschied zum Beschaffungsrecht des Bundes entscheiden die Schwellenwerte⁵³ respektive der Auftragswert der geplanten Beschaffung im kantonalen Beschaffungsrecht nicht über die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen, sondern definieren lediglich, welches der vier Vergabeverfahren anwendbar ist.

3.3 «Make or Buy»-Entscheid

- 32 Eine öffentliche Beschaffung setzt nach der soeben dargestellten Begriffsdefinition (stillschweigend) das Bestehen eines Marktkontakts zwischen dem Staat und Leistungserbringern am Markt voraus.
- 33 Solange der Kanton Bern die benötigten Leistungen dagegen selber herstellt, d.h. durch eigene Verwaltungsstellen innerhalb der zentralen oder dezentralen Kantonsverwaltung erbringen lässt, sind die erwähnten Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht anwendbar. Der rein verwaltungsinterne Leistungsbezug zwischen Amtsstellen eines Rechtsträgers im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation ist vergaberechtsfrei, weil er ohne Berührung zum Markt und damit von vornherein wettbewerbsneutral erfolgt.⁵⁴ Kann oder will der Kanton Bern die zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigten Sach- oder Dienstleistungen hingegen nicht selber erbringen oder herstellen, muss er diese am Markt von Dritten einkaufen. Die Vergabe solcher Aufträge ist dann, wie aufgezeigt, grundsätzlich dem öffentlichen

⁵¹ Vgl. zum funktionalen Begriff BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 625 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 179 ff.; JÄGER, Rz. 37.

⁵² BGE 135 II 49 E. 4.4 S. 56 f.; Urteil des BGER 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2 und 5.1.3.

⁵³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Anhang 2 der IVöB; vgl. hierzu auch JÄGER, Rz. 54 Fn. 56.

⁵⁴ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 250; JÄGER, Rz. 35.

Beschaffungsrecht unterstellt und hat im jeweils anwendbaren Vergabeverfahren zu erfolgen.⁵⁵

34 Der Entscheid, ob interne Leistungserbringung oder externer Einkauf – der sog. «Make or Buy»-Entscheid – ist beschaffungsrechtlich nicht reguliert und nicht anfechtbar, d.h. kein Anbieter hat einen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass der Staat die Leistungen am Markt einkauft anstatt sie selber zu erbringen. Es handelt sich um eine politische und organisatorische Entscheidung, in welcher der Kanton Bern (beschaffungsrechtlich) frei ist.⁵⁶ Die Organisationshoheit des Regierungsrates in Bezug auf die Verwaltungstätigkeit ist im Übrigen auch verfassungsrechtlich verankert (vgl. Art. 87 Abs. 2 der Kantonsverfassung)⁵⁷.

35 Etwas anderes gälte nur dann, wenn eine spezialgesetzliche Vorschrift ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts den «Make or Buy»-Entscheid regeln würde. Zu denken ist dabei in erster Linie an das Finanzhaushaltsrecht. Die Verfassung verpflichtet zu einem sparsamen und wirtschaftlichen Finanzhaushalt (vgl. 101 Abs. 1 KV). Nach den allgemeinen Grundsätzen des Finanzhaushaltsrechts fordert die Kosten- und Erlösorientierung insbesondere den wirtschaftlichen und sparsamen Einsatz der Ressourcen (vgl. Art. 3 Abs. 5 lit. b FLG⁵⁸). Mit anderen Worten sind Staatsausgaben so gering als möglich zu halten. Für jedes Vorhaben ist jene Variante zu wählen, welche bei gegebener Zielsetzung die wirtschaftlich günstigste ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 FLV⁵⁹). Diese Vorgaben betreffen zwar den erwähnten «Make or Buy»-Entscheid, regeln ihn aber nicht auf eine Weise, dass er schärfere Konturen erhalte oder sogar justizabel würde; er bleibt ein ausgesprochener Ermessensentscheid.⁶⁰

⁵⁵ Vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts bestehen bereits gestützt auf die Staatsverträge bestimmte allgemeine und einzelfallspezifische Ausnahmen. Für das Beschaffungswesen der Kantone setzt Art. 10 IVöB diese Ausnahmen um. Mangels eigener Vorschriften im ÖBG sind diese Ausnahmen der IVöB im Kanton Bern direkt anzuwenden (vgl. dazu JÄGER, Rz. 66 sowie – zu den Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – auch unten Rz. 56 ff.).

⁵⁶ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 244; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1154. Dieser Entscheid für die Beauftragung einer internen (Dienst-)Stelle kann grundsätzlich jederzeit getroffen werden, im Falle eines bereits eingeleiteten öffentlichen Submissionsverfahrens aber auch zu Haftungsansprüchen der betroffenen Anbieter aus culpa in contrahendo führen, vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 247 mit Verweis auf BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 25 ff. und BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1158 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1/SR 131.212).

⁵⁸ Vgl. Gesetz über die Steuerung von Finanzen und Leistungen vom 26. März 2002 (FLG; BSG 620.0)

⁵⁹ Verordnung über die Steuerung von Finanzen und Leistungen vom 3. Dezember 2003 (FLV; BSG 621.1)

⁶⁰ Vgl. zu diesen Grundsätzen allgemein LIENHARD/ENGEL/SCHMUTZ, Rz. 7 ff.

IV. Leistungsbezug des Kantons bei der BEDAG gemäss heutiger Praxis

1. Ausgangslage

36 Die BEDAG ist, wie bereits dargestellt, ein schweizweit tätiges IT-Dienstleistungsunternehmen, welches zu hundert Prozent im Eigentum des Kantons Bern steht. Ihre Informatikdienstleistungen erbringt sie nicht nur gegenüber dem Kanton Bern, sondern – unter gewissen Voraussetzungen⁶¹ – auch für Dritte.⁶²

37 Die BEDAG ist für den Kanton Bern der wichtigste IT-Lieferant und IT-Grundversorger und erbringt für die Kantonsverwaltung zahlreiche Dienstleistungen.⁶³ Sie betreibt in ihren Rechenzentren namentlich den Grossteil aller in der Verwaltung des Kantons Bern verwendeten Applikationen und die Datenhaltung des Kantons Bern. Viele dieser Applikationen wurden von der BEDAG in enger Zusammenarbeit mit Auftraggebern und Kunden entwickelt. Darunter befinden sich für das Funktionieren der Kantonsverwaltung zentrale Kernapplikationen und Grosssysteme wie z.B. das Personalinformationssystem PERSISKA und Applikationen rund um die Steuerveranlagung und den Steuerbezug, die Führung des kantonalen Finanzhaushalts, das Strassenverkehrswesen, das Grundbuch sowie geografische Informationssysteme.

38 Die Geschäftstätigkeit der BEDAG lässt sich dabei grob in die Bereiche Rechenzentrumsbetrieb (RZ-Betrieb) und Softwareentwicklung (SW-Entwicklung) unterteilen. Zu den Hauptkunden innerhalb der Kantonsverwaltung pflegt die BEDAG langjährige Betriebs- und Rahmenvertragsbeziehungen, welche zum Teil bereits seit den 1990er-Jahren in Kraft sind.⁶⁴ Die IT-Betriebsleistungen, welche die BEDAG für den Kanton Bern erbringt, sind in folgenden Rahmenverträgen vereinbart worden (nicht abschliessende Aufzählung):⁶⁵

- Rahmenvertrag für die Inanspruchnahme von RZ-Dienstleistungen (Fassung 21. Januar 1999, Kanton Bern, vertreten durch die FIN);

61 Der Gesellschaftszweck verlangt im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen für Dritte, dass die betreffenden Unternehmen (i) eine technische, organisatorische oder fachliche Beziehung zu den für den Kanton Bern erbrachten Leistungen aufweisen, (ii) der verbesserten Auslastung vorhandener Kapazitäten dienen oder andere positive Kosten- oder Synergieeffekte aufweisen, oder (iii) die Bedag unterstützen, sich auf dem aktuellen Stand der technologischen Entwicklung zu halten.

62 Vgl. Online-Handelsregisterauszug der Bedag Informatik AG, Gesellschaftszweck, abrufbar unter: <https://www.zefix.ch> [zuletzt besucht am 15. März 2018].

63 Vgl. Geschäft Nr. 2016.RRGR.98, Vorstossantwort Regierungsrat.

64 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 1, S. 5.

65 Detailvereinbarungen zu diesen Rahmenverträgen finden sich in diversen hier nicht aufgeführten Service Level Agreements und Serviceverträgen.

- Rahmenvertrag für kantonale IT-Dienstleistungen (Zentrale Infrastrukturen) (Fassung 16. Mai 2005, Kanton Bern, vertreten durch das KAIO);
- Rahmenvertrag für Informatikdienstleistungen (Fassung 31. Oktober 2005, Kanton Bern, vertreten durch das Amt für Freiheitsentzug und Betreuung, für nichtstrategische Anwendungen);
- Rahmenvertrag für Informatikdienstleistungen (Fassung 16. Mai 2006, Kanton Bern, vertreten durch Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern [BVE]);
- Rahmenvertrag für SAP-Basisbetrieb (Fassung 13. Februar 2014, Kanton Bern, vertreten durch die BVE);
- Vertrag Nr. 156965 in Sachen Gemeinsame ICT-Grundversorgung Kanton Bern (GGV BE) (Version 1.1 vom 1. Dezember 2014), Betrieb, Version 1.1 vom 1. Dezember 2014;
- Service Level Agreement System Management Plattform KWP2010, Nachtrag zum Rahmenvertrag für die Inanspruchnahme von Rechenzentrums-Dienstleistungen, Fassung 1.0 vom 28. Februar 2013.

39 Die Umsätze in den beiden Bereichen RZ-Betrieb und SW-Entwicklung erzielt die BEDAG zwar mehrheitlich mit Aufträgen des Kantons Bern. Der Anteil der Drittkunden ist jedoch beträchtlich. Gestützt auf die Kostenrechnungen (Ist-Werte) beträgt der Kantonsanteil am jeweils erzielten Gesamtumsatz aus RZ-Betrieb und SW-Entwicklung der BEDAG in den drei Jahren 2014 bis 2016 jeweils 46 Prozent (2014), 46 Prozent (2015) bzw. 38 Prozent (2016).⁶⁶

40 Angesichts der hohen Drittkundenumsätze stellt sich namentlich das KAIO auf den Standpunkt, dass die langfristigen Betriebsverträge betreffend die strategischen Informatiksysteme zwischen dem Kanton Bern und der BEDAG aus heutiger Sicht nicht mehr als beschaffungsrechtskonform betrachtet werden können. Das KAIO wendet zwar bereits heute eine (umfassende) Ausschreibungspraxis an⁶⁷, akzeptiert jedoch die genannten Betriebsverträge zurzeit noch als bestehend. Diese seien in Zukunft nicht mehr zu erneuern, sondern im Rahmen von Neuausschreibungen und durch neue befristete Verträge abzulösen.⁶⁸

⁶⁶ Vgl. E-Mail von Peter Schori, CFO Bedag, vom 15. Dezember 2017. Im Bereich RZ-Betrieb beliefen sich die Umsatzanteile der Drittkunden auf 44 Prozent (2014), 43 Prozent (2015) und 32 Prozent (2016); im Bereich SE-Entwicklung auf 52 Prozent (2014), 43 Prozent (2015) und 55 Prozent (2016). Vgl. für weitere Einzelheiten auch Gutachten DIBBERN, S. 3 f. und S. 17 f.

⁶⁷ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 1, S. 5.

⁶⁸ Strategie des KAIO vom 10. Oktober 2016, Ziff. 2.4 S. 8 («[...] Je Service der Grundversorgung wird (gemäss den Bestimmungen des Beschaffungsrechts) ein Leistungserbringer

2. Zulässigkeit des vergaberechtsfreien Leistungsbezugs

2.1 Inhouse- und Quasi-Inhouse-Vergabe

- 41 In der geltenden interkantonalen respektive kantonalen Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen wie auch im Bundesbeschaffungsrecht sind weder die Inhouse- noch die Quasi-Inhouse-Vergabe geregelt. Es handelt sich um Rechtsinstitute, deren Übernahme und Anwendung die Praxis respektive die Lehre in Anlehnung an die Rechtslage in der EU⁶⁹ und an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auch in der Schweiz postuliert. In den laufenden Totalrevisionen der IVöB und des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungsgesetz (BöB)⁷⁰ sollen beide Tatbestände neu ausdrücklich im Konkordat respektive im Bundesgesetz verankert werden.⁷¹
- 42 Die Vergabe von Aufträgen innerhalb desselben Rechtssubjekts bzw. innerhalb einer Gebietskörperschaft an eine eigene (verwaltungsinterne) Dienststelle fällt nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht, da dieser Vorgang ohne Marktkontakt erfolgt und den Wettbewerb unter privaten Anbietern grundsätzlich nicht berührt.⁷² Es handelt sich um sog. «Inhouse-Vergaben», die gänzlich ausserhalb des Vergaberechts erfolgen und erfolgen dürfen.⁷³
- 43 In der Weiterentwicklung dieses Gedankens wird auch dann ein nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellter, interner Leistungsbezug angenommen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Leistungen zwar nicht von einer internen Dienststelle, sondern von einer aus der Verwaltung ausgegliederten Anbieterin mit eigener Rechtspersönlichkeit bezieht, die er aber «wie eine eigene Dienststelle» kontrolliert. Vergaberechtlich handelt es sich um eine sog. «Quasi-Inhouse-Vergabe».⁷⁴ Typischerweise geht es dabei um den Leistungsbezug von Aktiengesellschaften des Privatrechts im Eigentum des

bestimmt, der den Service für die gesamte Verwaltung erbringt [...]»). Vgl. zudem die Weisungen zum Leistungsbezug beim KAIO vom 3. Februar 2016, Ziff. 2.5, S. 4, und Ziff. 4.3.2, S. 5 f. (Lebenszyklusmanagement).

69 Vgl. insbesondere Vergaberechtsrichtlinie RL 2014/24/EU und Sektorenrichtlinie RL 2014/25/EU.

70 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

71 Vgl. dazu unten Rz. 73 ff.

72 Vgl. dazu oben Rz. 32 ff.

73 Sog. «echte» Inhouse-Vergabe; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1145 ff., 1151 f., 1175 ff.; EGGER, Rz. 584 und 586 f. (mit Beispielen). Insbesondere handelt es sich dabei auch nicht um freihändige (Direkt-)Vergaben nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. Art. 7 ÖBV).

74 Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 252 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1141 und 1227 ff.; Egger, Rz. 584 und 589 (mit Beispielen).

Staates,⁷⁵ wie dies auch für den vorliegenden Fall des Leistungsbezugs des Kantons Bern von der BEDAG zutrifft.

2.2 Voraussetzungen der Quasi-Inhouse-Vergabe

44 In Orientierung an der Gesetzgebung der EU⁷⁶ und der Rechtsprechung des EuGH seit dem berühmten «Teckal»-Urteil⁷⁷ müssen nach der herrschenden Vergaberechtslehre in der Schweiz drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit eine unterstellte öffentliche Auftraggeberin einen externen Leistungserbringer mit eigener Rechtspersönlichkeit ohne Beachtung des öffentlichen Beschaffungsrechts, mithin vergaberechtsfrei, direkt beauftragen darf:⁷⁸

- Der öffentliche Auftraggeber muss alleine oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern die Anbieterin «wie eine eigene Dienststelle» kontrollieren, indem er sie über seine Beteiligung kapitalmässig oder personell beherrschen kann (Kontrollerfordernis).⁷⁹
- Die kontrollierte Anbieterin muss im Wesentlichen ausschliesslich für die öffentliche Auftraggeberin, d.h. das kontrollierende Gemeinwesen, tätig sein (Tätigkeitserfordernis), was in Anlehnung an die EU-Richtlinien angenommen wird, wenn sie weniger als zwanzig Prozent ihres Umsatzes mit Geschäften für Dritte bzw. am Markt erzielt.⁸⁰
- An der Anbieterin dürfen neben dem Staat keine Privaten beteiligt sein (Verbot der privaten Kapitalbeteiligung). Dies zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität, d.h. um zu vermeiden, dass diese Anbieterin aufgrund der staatlichen Beteiligung im Wettbewerb mit anderen Anbietern solcher Leistungen am Markt Vorteile und Privilegien genießt, welche den Wettbewerb verzerren würden. Solche Vorteile können im Geschäft mit dem Staat, aber auch – beispielsweise aufgrund von Quersubventionierungen mit staatlichen Geldern – im Drittgeschäft für private Auftraggeber entstehen.⁸¹

75 D.h. formell privatisierte Rechtssubjekte, die aber materiell nach wie vor in die «Staats-sphäre» gehören (vgl. dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 11 Rz. 4).

76 Vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU und Art. 28 RL 2014/25/EU.

77 EuGH C-107/98 vom 11. November 1999 («Teckal»), Rz. 50.

78 Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 252 f.; BEYELER, Geltungsanspruch Rz. 1222 ff.; BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 72.

79 Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1236 ff. mit Verweis auf EuGH C-340/04 vom 11. Mai 2006 («Carbotermo»), Rz. 36 und 38; EuGH C-458/03 vom 13. Oktober 2005 («Parking Brixen»), Rz. 65 und 67.

80 Vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU, Art. 28 RL 2014/25/EU.

81 Vgl. dazu jüngst BGE 143 II 425 E. 4.3 S. 431 f. sowie E. 4.4.2 S. 433 f.; BVGE 2017 IV/4 E. 4.5 S. 43 f. und E. 4.6 S. 44 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1386 f.

- 45 In der Schweiz besteht zur Zulässigkeit der Quasi-Inhouse-Vergabe kaum Rechtsprechung.⁸² Es kann aber als gesichert gelten, dass sich die schweizerischen Gerichte in einem Streitfall diesbezüglich ebenfalls an der Rechtslage und Praxis in der EU orientieren würden.⁸³ Entsprechend sehen auch die aktuell publizierten Revisionsentwürfe zur IVöB und zum BöB vor, grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen für die vergaberechtsfreien Quasi-Inhouse-Vergaben wie jene in der EU zu übernehmen und im Gesetz festzuschreiben.⁸⁴
- 46 Daraus folgt für die vorliegende Fragestellung, dass der Kanton Bern von der BEDAG nur dann vergaberechtsfrei ausserhalb eines Vergabeverfahrens Leistungen direkt beziehen darf, wenn die Voraussetzungen einer Quasi-Inhouse-Vergabe – im Wesentlichen das Kontrollkriterium *und* das Tätigkeitskriterium – erfüllt sind.⁸⁵ Das dritte Kriterium, das Verbot der privaten Kapitalbeteiligung, wird hier hingegen nicht weiter untersucht, da eine solche Option für die BEDAG bislang, soweit ersichtlich, nie zur Diskussion stand.

2.3 Kontrollkriterium

- 47 Das Kontrollerfordernis ist, wie gesagt, erfüllt, wenn die öffentliche Auftraggeberin über den Leistungserbringer eine Kontrolle wie über eine eigene (hausinterne) Dienststelle ausüben kann.⁸⁶ Ausgangspunkt jeder Beurteilung bilden dabei insbesondere Art und Umfang der Mitwirkungsrechte (insbesondere Stimm- und Kapitalanteile)⁸⁷ sowie die sich daraus ergebende Möglichkeit der Auftraggeberin, auf strategische Ziele und wichtige Entscheidungen der leistungserbringenden Gesellschaft effektiv und ausschlaggebend Einfluss nehmen zu können.⁸⁸ Die Kontrolle muss mit anderen Worten «wirksam, strukturell und funktionell» sein.⁸⁹

⁸² Vgl. immerhin Urteil des KGer-VS A1 09 163 vom 3. Dezember 2009, zitiert nach GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 254; Urteil des VGer-VD GE.2007.0013 vom 6. November 2009 E. 3a, zitiert nach GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 255; VGer-ZH VB.2008.00194 vom 8. April 2009, E. 3.5.; Urteile des BVGer B-6177/2008 und B-6386/2008 vom 25. November 2008 E. 3.7.2 und E. 3.7.3 («rechtsvergleichend zu berücksichtigen»); Urteil des BVGer B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4.1; B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.6.3; vgl. auch BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1228.

⁸³ Vgl. z.B. Urteil VGer-ZH VB.2008.00194 vom 8. April 2009, E. 3.5.

⁸⁴ Vgl. hierzu eingehend unten Rz. 70 ff.; vgl. Botschaft E-BöB, S. 1907.

⁸⁵ Die Erfüllung dieser beiden Erfordernisse beim Leistungsbezug von Tochtergesellschaften hat demnach dieselben Rechtswirkungen wie Inhouse-Konstellationen («Quasi-Inhouse-Privileg»), vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1226.

⁸⁶ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 253; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1232; BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 72.

⁸⁷ Vgl. EGGER, Rz. 602.

⁸⁸ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1231 f. mit Verweis auf EuGH C-480/06 vom 9. Juni 2009 («Stadtreinigung Hamburg»), Rz. 47; EuGH C-573/07 vom 10. September 2009

- 48 Der Kanton Bern hält aktuell hundert Prozent der Aktien der BEDAG. Er übt damit die alleinige Kontrolle über die BEDAG aus,⁹⁰ womit das Kontrollerfordernis erfüllt ist. Im Übrigen schreibt auch das Bedag-Gesetz ausdrücklich vor, dass der Kanton Bern sowohl kapital- als auch stimmenmässig über eine absolute Mehrheit verfügen muss (vgl. Art. 5 Bedag-Gesetz). Eine Privatbeteiligung liegt zurzeit nicht vor, obwohl eine solche nach diesem Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen möglich wäre. Mit einer solchen Beteiligung entfielen die Vergaberechtsfreiheiten, d.h. der Kanton Bern könnte von der BEDAG nicht mehr ausserhalb des Vergaberechts Leistungen beziehen.

2.4 Tätigkeitskriterium

- 49 Das Tätigkeitserfordernis verlangt, dass der Leistungserbringer «im Wesentlichen» für den oder die an ihm beteiligten öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss und höchstens «ganz untergeordnete Tätigkeiten» zugunsten von an ihm nicht beteiligten Dritten entfalten darf.⁹¹ Idealtypischerweise ist die Anbieterin nach dem Sinn und Zweck des Inhouse-Privilegs nur, d.h. zu hundert Prozent für die sie beherrschenden Gemeinwesen tätig.⁹² Damit entfielen von vornherein die Gefahren, dass der Wettbewerb privater Leistungsanbieter auf dem freien Markt durch den Staatseinfluss verzerrt wird.
- 50 Eine Markttätigkeit des Leistungserbringers ist nach der Rechtslage in der EU und nach der herrschenden Praxis und Lehre auch in der Schweiz in untergeordnetem Umfang somit zulässig. Die Regel, wonach mindestens achtzig Prozent des Umsatzes mit Aufträgen der kontrollierenden Auftraggeber erwirtschaftet werden muss respektive höchstens zwanzig Prozent mit Aufträgen Dritter erwirtschaftet werden darf (80/20-Prozentregel) entstammt nicht der EuGH-Rechtsprechung, sondern wurde erst durch die EU-

(«Sea»), Rz. 41; EuGH C-340/04 vom 11. Mai 2006 («Carbotermo»), Rz. 36; EuGH C-458/03 vom 13. Oktober 2005 («Parking Brixen»), Rz. 65; EuGH C-324/07 vom 13. November 2008 («Coditel Brabant»), Rz. 28; vgl. BEYELER, Inhouse & Co., S. 2 mit Verweis auf EuGH C-574/12 vom 19. Juni 2014 («Centro Hospitalar de Setubal»), Rz. 32 ff.

89 Vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, S. 23 f., Rz. 32 mit Verweis auf EuGH C-15/13 vom 8. Mai 2014 («Technische Universität Hamburg-Harburg»), Rz. 26 und Rz. 32.

90 Die Leistungserbringerin befindet sich mit anderen Worten im «ausschliesslichen Besitz der öffentlichen Auftraggeberin», vgl. BEYELER, Inhouse & Co., S. 3 mit Verweis auf EuGH C-26/03 vom 11. Januar 2005 («Stadt Halle»), Rz. 50 ff.; EuGH C-574/12 vom 19. Juni 2014 («SUCH»), Rz. 32 ff.

91 Vgl. oben Rz. 44; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 253; BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 78 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1229 ff.

92 Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, 1265 f. und 1277 ff. Die WEKO forderte in ihrer Vernehmlassung zur BöB-Revision eine Tätigkeit zu neunzig Prozent, vgl. unten Rz. 77 sowie Vernehmlassungsbericht E-IVöB, S. 28; Vernehmlassungsbericht E-BöB, S. 22.

Richtlinien, d.h. im Rahmen der Gesetzgebung eingeführt.⁹³ Zur Bestimmung der prozentualen Tätigkeiten ist der durchschnittliche Gesamtumsatz oder ein geeigneter alternativer, tätigkeitsbezogener Wert (z.B. mit dem Auftrag zusammenhängende, während der letzten drei Jahre vor Auftragsvergabe entstandene Kosten)⁹⁴ heranzuziehen. Die Beweislast betreffend die Einhaltung der Kontroll- und Tätigkeitserfordernisse trifft die Einrichtung, welche sich auf das Quasi-Inhouse-Privileg beruft, also in der Regel die öffentliche Auftraggeberin.⁹⁵

- 51 Das Quasi-Inhouse-Privileg bleibt zudem erhalten, wenn Tätigkeiten der Leistungserbringerin zugunsten Dritter erbracht werden, die gerade *in Erfüllung* eines öffentlichen Auftrags gegenüber diesen Dritten entfaltet werden (bspw. das Einsammeln von Kehrlicht als Teil des Service Public).⁹⁶ Auch Tätigkeiten der Leistungserbringerin gegenüber Dritten, für welche sie zwar nicht direkt öffentlich beauftragt ist, die aber eine notwendige oder zumindest eine sich sachlich aufdrängende Ergänzung der für die öffentliche Auftraggeberin entfalteteten Tätigkeit darstellt, zerstören das Quasi-Inhouse-Privileg nicht.⁹⁷
- 52 Solange die 80/20-Prozentregel eingehalten ist, spielt es im Übrigen keine Rolle, ob die von der betreffenden Anbieterin bezogene Leistung «genauso gut» durch Private hätte erbracht werden können. «Denn allein die Tatsache, dass wegen der Inhouse-Vergabe ein Auftrag dem Vergabewettbewerb entzogen ist und ein privates Unternehmen keine Chance hat, diesen Auftrag zu erhalten, führt [...] nicht zur Rechtswidrigkeit der Inhouse-Vergabe.»⁹⁸ Mit anderen Worten kann eine unterstellte Auftraggeberin vergaberechtlich nicht gezwungen werden, statt der Quasi-Inhouse-Beschaffung von einer Tochtergesellschaft die benötigte Leistung auf dem Markt von Dritten einzukaufen; der «Make or Buy»-Entscheid bleibt (vergaberechtlich) in ihrem freien Ermessen.⁹⁹
- 53 Im Fall der BEDAG lag der Anteil der Drittkundenumsätze sowohl beim RZ-Betrieb als auch im Bereich SW-Entwicklung in den Jahren 2014 bis 2016 jeweils, teilweise sogar deutlich, über dem vergaberechtlich zulässigen Ma-

⁹³ Vgl. E. 32 zur RL 2014/24/EU, Art. 12 Abs. 1 lit. b RL 2014/24/EU bzw. Art. 28 Abs. 1 lit. b RL 2014/25/EU.

⁹⁴ Vgl. Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU bzw. Art. 28 Abs. 5 RL 2014/25/EU.

⁹⁵ Vgl. EGGER, Rz. 598; BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 128, unter Verweis auf EuGH C-340/04 vom 11. Mai 2006 («Carbotermo»), Rz. 65-67; vgl. auch EGGER, Rz. 611; EuGH C-573/07 vom 10. September 2009 («Sea»), Rz. 78 f. (zitiert nach BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 129).

⁹⁶ Vgl. BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 128, unter Verweis auf EuGH C-340/04 vom 11. Mai 2006 («Carbotermo»), Rz. 65-67; vgl. auch EGGER, Rz. 611.

⁹⁷ Vgl. EuGH C-573/07 vom 10. September 2009 («Sea»), Rz. 78 f. (zitiert nach BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 129).

⁹⁸ Vgl. Urteil der 1. Vergabekammer des Bundes [Deutschland] VK 1 – 18/16 vom 18. Mai 2016 (zitiert nach BR 1/2017, S. 37).

⁹⁹ Vgl. dazu auch oben Rz. 34 f.

ximum von zwanzig Prozent des Gesamtumsatzes der BEDAG.¹⁰⁰ Das im geltenden schweizerischen Recht (noch)¹⁰¹ nicht verankerte, jedoch von der Gerichtspraxis von Bund und Kantonen in Orientierung an die Rechtslage und Praxis der Quasi-Inhouse-Vergabe gemäss im EU-Vergaberecht angewandte Tätigkeitskriterium ist vor diesem Hintergrund aktuell nicht erfüllt und der Kanton Bern kann sich somit beim Leistungsbezug von der BEDAG nicht auf die Vergaberechtsfreiheit berufen (kein Quasi-Inhouse Privileg).¹⁰²

2.5 Zwischenfazit

54 Der Kanton Bern darf von der BEDAG nur dann ausserhalb eines Vergabeverfahrens Leistungen direkt beziehen, wenn die auch von den schweizerischen Gerichten (und der künftigen Gesetzgebung) sowie der schweizerischen Vergaberechtslehre analog zur Rechtslage in der EU übernommenen respektive postulierten Voraussetzungen einer Quasi-Inhouse-Vergabe – im Wesentlichen das Kontrollkriterium und das Tätigkeitskriterium – erfüllt sind.

55 Der Kanton Bern übt derzeit die alleinige Kontrolle über die BEDAG aus, womit das Kontrollkriterium offenkundig erfüllt ist. Nicht erfüllt ist hingegen zurzeit das Tätigkeitskriterium, d.h. die 80/20-Prozentregel ist im Verhältnis von Kantonsaufträgen und Drittaufträgen am Umsatz der BEDAG nicht eingehalten. Die mit Drittkunden erzielten Umsätze überschreiten den zulässigen Umsatzanteil von maximal zwanzig Prozent. Das Quasi-Inhouse-Privileg greift dementsprechend nicht und die Kantonsaufträge müssen auch gegenüber der BEDAG im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach ÖBG vergeben werden. Der (gesamte) Leistungsbezug von der BEDAG darf aktuell nicht vergaberechtsfrei ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgen.

3. Alternative Rechtfertigung der Vergaberechtsfreiheit?

56 Die BEDAG warf gegenüber den Gutachtern die Frage auf, ob die Nichtanwendbarkeit des Beschaffungsrechts im Verhältnis zum Kanton Bern auch ohne Erfüllung respektive Beachtung der «Teckal»-Kriterien mit der IT-

100 Vgl. Gutachten DIBBERN, S. 3 f.

101 Im revidierten Beschaffungsrecht sollen die Kriterien der Quasi-Inhouse-Beschaffung gesetzlich und konkordatsrechtlich festgeschrieben werden (vgl. Art. 10 Abs. 3 lit. d E-BöB, 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB sowie unten Rz. 76 f.). Die genaue Auslegung und Definition, was die Kontrolle resp. die wesentliche Tätigkeit ausmacht, ist resp. bleibt Sache der Rechtsprechung, welche sich hierfür wohl (weiterhin) primär am EU-Recht orientieren wird (punkto Tätigkeit also insbesondere an der 80/20-Prozentregel; vgl. Botschaft E-BöB, S. 1907, erläuternder Bericht zur E-IVöB, S. 20 sowie unten Rz. 78 ff.).

102 Vgl. hierzu auch die Antwort des Regierungsrates auf die Motion Köppli/Bhend, welche von einem Anteil von 54 Prozent der Kantonsaufträge am Gesamtumsatz der Bedag ausgeht, und ebenfalls auf das nicht erfüllte Tätigkeitserfordernis hinweist.

Sicherheit bzw. dem Schutz sensibler Daten (Informationssicherheit) begründet werden könnte, namentlich unter Verweis auf die der BEDAG zukommende Datenhoheit über die geschäftskritischen bzw. sensiblen Daten der Kantonsverwaltung.

- 57 Das GPA erlaubt es den Vertragsparteien zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen in Bezug auf die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder auf die für die nationale Sicherheit oder die Landesverteidigung unerlässlichen Beschaffungen Massnahmen zu treffen oder Auskünfte zu verweigern, soweit sie dies für erforderlich erachten (vgl. Art. XXIII Ziff. 1 GPA).¹⁰³
- 58 Die innerstaatliche Wirkung von Wirtschaftsvölkerrecht hängt wesentlich davon ab, ob sich betroffene Wirtschaftsteilnehmer vor nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichten direkt auf entsprechende Normen berufen können. In aller Regel steht es den Vertragsparteien (Staaten) frei, über die innerstaatliche Wirkung wirtschaftsvölkerrechtlicher Verpflichtungen zu entscheiden.¹⁰⁴ Nach herkömmlicher Praxis in der Schweiz müssen staatsvertragliche Normen Rechte und Pflichten von Privaten zum Inhalt haben und justiziabel, d.h. genügend bestimmt und klar, sein, damit sie im konkreten Einzelfall als Grundlage eines Entscheides dienen können und unmittelbar anwendbar (self-executing) sind.¹⁰⁵
- 59 Die Praxis der schweizerischen Gerichte zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Wirtschaftsvölkerrecht präsentiert sich uneinheitlich und wenig gefestigt. Die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT verneinte das Bundesgericht in einem älteren Entscheid ausdrücklich. Demgegenüber haben schweizerische Verwaltungsbehörden und Gerichte das GPA wiederholt unmittelbar angewendet.¹⁰⁶
- 60 Vorliegend finden sich sowohl im Beschaffungsrecht des Bundes (Art. 3 Abs. 2 lit. a BöB i.V.m. Art. 34 Abs. 2 VöB) als auch im interkantonalen Recht (Art. 10 Abs. 2 lit. a IVöB) Bestimmungen, welche im Falle einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit von der Anwendung des Beschaffungsrechts befreien.
- 61 Gemäss BEYELER sind Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Regel nicht leichthin anzunehmen.¹⁰⁷ Eine Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit darf nach seiner Auffassung und auch unter Ver-

¹⁰³ Ähnliche Vorschriften enthält namentlich auch das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (GATT; SR 0.632.21; vgl. insbesondere Art. XXI lit. a GATT). Dieses ist vorliegend jedoch nicht einschlägig, vgl. unten Rz. 59.

¹⁰⁴ Vgl. OESCH, S. 1280, Rz. 30.32.

¹⁰⁵ So etwa BGE 126 I 240 E. 2b S. 242; BGE 124 III 90 E. 3a S. 91; BGE 121 V 246 E. 2b S. 248 f.; BGE 120 Ia 1 E. 5b S. 11.

¹⁰⁶ Vgl. OESCH, S. 1281, Rz. 30.33 m.w.H.

¹⁰⁷ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1109.

weis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁰⁸ weder unge-rechtfertigt diskriminierend noch versteckt protektionistisch sein und muss überdies dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen und daher die unter den konkreten Umständen am wenigsten einschneidende aller geeig-neten Massnahmen darstellen.¹⁰⁹

62 Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch (vollumfängliche) Anwen-dung des Beschaffungsrechts führt im Sinne des Verhältnismässigkeits-grundsatzes auch nicht ohne weiteres dazu, dass die beschaffungsrechtli-chen Vorschriften gänzlich ausser Acht gelassen werden dürfen. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob nicht auch ein bloss teilweises Abweichen von den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen eine genügende Zielerrei-chung verspricht. Dabei trägt die Vergabestelle die Beweislast dafür, dass die getroffenen Massnahmen geeignet, notwendig und verhältnismässig im engeren Sinn sind. Sie hat konkret darzulegen, weshalb das Interesse an öf-fentlicher Sicherheit nur gewahrt werden kann, wenn die Beschaffung auf eine Art und Weise erfolgt, die nicht dem Beschaffungsrecht untersteht.¹¹⁰

63 In dem vom Bundesverwaltungsgericht beurteilten Fall¹¹¹ ging es um die Beschaf-fung von (elektronischen) Datentransportleistungen für die Bundesverwaltung. Die Vergabestelle hatte eine Anbieterin ausgeschlossen, weil diese keine hinrei-chende Gewähr dafür bieten könne, die Daten gegenüber allfälligen Angriffen fremder Geheimdienste wirksam schützen zu können. In Erwägung 2.2.4.3 des referenzierten Entscheids äusserte das Bundesverwaltungsgericht grundsätzliches Verständnis für die Auffassung der Auftraggeberin, wonach das Interesse an ei-nem Schutz der Kommunikation und Datenhaltung der Bundesverwaltung vor An-griffen, namentlich vonseiten fremder Geheimdienste, unter den Begriff des Schutzes der öffentlichen Sicherheit i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. a BöB zu subsumieren sei. Offenkundig ist dies nach Auffassung von BEYELER allerdings nicht, sosehr das Interesse am Schutz der IT-Infrastrukturen vor Angriffen indiskutabel sei. Nicht alle Kommunikationen und Daten der Bundesverwaltung seien für die öffentliche Sicherheit relevant. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz würde insofern verlan-gen, dass nur jene Leistungen, die sicherheitsrelevante Daten und Kommunikati-onen betreffen, in Anwendung des Art. 3 Abs. 2 lit. a BöB vom Geltungsbereich ausgenommen würden, und dass alles Weitere nach dem Gesetz beschafft werde. Indes könne vermutet werden, dass eine Trennung zwischen sicherheitsrelevan-ten und nicht sicherheitsrelevanten Datentransport-Leistungen in der Praxis in vielen Bereichen nicht umsetzbar wäre, und dass daher womöglich nur die Aus-

108 Vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 21. Mai 2014 E. 2.2.4.1 und 2.2.4.2.

109 Vgl. hierzu eingehend unten Rz. 63 sowie BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, S. 24 f., Rz. 34.

110 Vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, S. 24 f., Rz. 34.

111 Zwischenentscheide und Urteil BVGer im Verfahren B-998/2014 (Zwischenentscheide vom 24. Mai 2014 und 6. Oktober 2014, Zwischenverfügung vom 7. Juli 2016, Urteil vom 8. Juli 2016).

nahme aller technisch zusammenhängenden Leistungen aus der Geltung des BöB zweckmässig sei, so dass kein milderes geeignetes Mittel zur Verfügung stehe.¹¹²

- 64 Was die Voraussetzungen für eine Ausnahme gestützt auf Art. XXIII Ziff. 2 GPA und Art. 3 Abs. 2 lit. a BöB betrifft, so ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an sich einleuchtend, dass der Bund ein schützenswertes Interesse an einer strikt vertraulichen Kommunikation hat, d.h. am Austausch von Informationen, die nicht für die Öffentlichkeit oder für Nachrichtendienste fremder Staaten bestimmt sind. Indessen obliegt es der Vergabestelle im Einzelfall nachzuweisen, dass diese Interessen nur gewahrt werden können, wenn die Beschaffung auf eine Art und Weise erfolge, die nicht dem Beschaffungsrecht untersteht.¹¹³
- 65 Unter Berücksichtigung dieses Präzedenzfalls und der dort aufscheinenden gerichtlichen Beurteilungsmassstäbe ist davon auszugehen, dass ein relativ genereller respektive pauschaler Verweis der BEDAG auf den Bedarf nach Sicherheit für (alle) von ihr gehaltenen Daten der Kantonsverwaltung zur Begründung der Ausnahme von den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht genügen würde. Vielmehr kommt die Berufung auf diese Ausnahme nach der hier vertretenen Auffassung höchstens in wohl begründeten bzw. begründbaren Einzelfällen in Frage, kann aber nicht zur Rechtfertigung eines generell vergaberechtsfreien Leistungsbezugs durch den Kanton Bern herangezogen werden.

4. Rechtsfolgen der Verletzung des öffentlichen Beschaffungsrechts

- 66 Die übergeordneten Rechtsgrundlagen des Beschaffungsrechts, namentlich das GPA, verlangen die Einrichtung eines wirksamen Rechtsschutzsystems. Der Rechtsschutz nimmt eine wichtige Funktion bei der Durchsetzung der vergaberechtlichen Bestimmungen ein und soll zugleich präventiv gegen Rechtsverletzungen wirken. Das Rechtsschutzprinzip gilt nach bernischem Recht nur bei öffentlichen Beschaffungen, die mindestens die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreichen (vgl. Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 3 ÖBG).¹¹⁴
- 67 Verletzungen des Vergaberechts bewirken somit in erster Linie die Anfechtbarkeit der entsprechenden Entscheide, wie z.B. der Ausschreibung, des Ausschlusses oder des (freihändigen) Zuschlags. Bei einer Nichtausschreibung eines Dauermandats während längerer Zeit oder bei einer unter Verletzung der Quasi-Inhouse- Voraussetzungen ohne Ausschreibung erfolgten

¹¹² Vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, S. 24 f., Rz. 34.

¹¹³ Vgl. in diesem Zusammenhang die geplante Rechtsänderung durch das neue Informationssicherheitsgesetz (E-ISG); unten Rz. 83 ff.

¹¹⁴ BGE 131 I 137 E. 2.3 S. 140 f.; vgl. auch JÄGER, Rz. 168 ff.

Direktvergabe eines Auftrags an die BEDAG (de-facto-Vergabe), fehlt ein formelles, gesetzlich definiertes Anfechtungsobjekt. Ein beschwerdefreudiger Konkurrent der BEDAG müsste somit den Vertragsschluss bzw. den Umstand der Direktvergabe mit Submissionsbeschwerde anfechten und beschwerdeweise eine Beschaffung im Rahmen eines ordentlichen Vergabeverfahrens verlangen.

- 68 Zu diesem Zeitpunkt besteht aber entweder ein nicht gekündigter Vertrag (im Fall der Nichtausschreibung) oder der Kanton Bern und die BEDAG dürften den entsprechenden neuen Vertrag bereits abgeschlossen haben (im Fall einer Direktvergabe bzw. de-facto-Vergabe). Dieser privatrechtliche Vertrag ist beschaffungsrechtlich grundsätzlich unantastbar. Wird die Beschwerde infolge der Verletzung des Vergaberechts in einem solchen Fall gutgeheissen, kann im beschaffungsrechtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich nur noch die Rechtswidrigkeit festgestellt werden (vgl. Art. 34 Abs. 2 ÖBV).¹¹⁵
- 69 Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist wiederum Voraussetzung dafür, dass der erfolgreiche Beschwerdeführer (in einem separaten Verfahren) Schadenersatz verlangen kann. Die Höhe des Schadenersatzes ist allerdings gesetzlich auf die Aufwendungen beschränkt, die der erfolgreiche Beschwerdeführer durch eine Teilnahme am Vergabeverfahren (das in dieser Konstellation gar nicht stattgefunden hat) und durch das Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (vgl. Art. 10 Abs. 2 ÖBG)¹¹⁶, was das Risiko einer Konkurrentenbeschwerde praktisch ausschliesst.
- 70 Nach neuer Entwicklung der kantonalen Rechtsprechungen (namentlich in den Kantonen Zürich und Aargau), aber auch mit Blick auf Hinweise in Urteilen des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist zu erwarten, dass vergaberechtswidrig abgeschlossene Verträge¹¹⁷ inskünftig nicht mehr in jedem Fall unantastbar sind. Es scheint sich vermehrt die Auffassung durchzusetzen, dass der Verstoss gegen das Vergaberecht auf den privatrechtlichen Vertrag durchschlagen kann und muss. Mit welchem dogmatischen Konzept diese Wirkung begründet wird, ist indes noch wenig klar. Nach wohl vorherrschender Meinung sollen die Gerichte der Vergabebehörde in solchen Fällen Anweisungen über das Verhalten im Vertrag erteilen können, insbesondere zur sofortigen oder vorzeitigen Kündigung desselben anweisen.

¹¹⁵ Vgl. JÄGER, Rz. 193.

¹¹⁶ Vgl. JÄGER, Rz. 202.

¹¹⁷ Von den Gerichten zu beurteilen sind häufig zu früh, während laufender Rechtsmittelfristen abgeschlossene Verträge.

- 71 BEYELER spricht in diesem Zusammenhang von der sog. «Anweisungstheorie».¹¹⁸ Demgegenüber hält das Bundesverwaltungsgericht für das Beschaffungsrecht des Bundes und in Anlehnung an GAUCH fest, dass die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags nicht ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche «Vorordnung des Vertragsschlusses» beurteilt werden könne.¹¹⁹ Wenn demnach klar ist, dass der Vertrag mit vergaberechtlicher Begründung angegriffen werden kann, erscheint die Frage, ob und inwiefern als zivilrechtliche Folge die Nichtigkeit nach Art. 20 des Obligationenrechts¹²⁰ greift, aus der Sicht des Vergaberichters nicht mehr von erstrangiger Bedeutung.¹²¹
- 72 Das Bundesgericht konnte diese Frage bislang offenlassen, deutete aber hinsichtlich der Folgen eines vergaberechtswidrig zu früh abgeschlossenen Vertrags ebenfalls an, dass in gewissen Konstellationen Missbräuchlichkeit vorliegen und die Vergaberechtsverletzung für den Vertrag Konsequenzen haben kann.¹²²

5. Neues Beschaffungsrecht (Ausblick)

5.1 Revisionsvorhaben

- 73 Ein Hauptziel der zurzeit laufenden Totalrevision des Beschaffungsrechts ist es, die zersplitterten Beschaffungserlasse von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung – so weit wie möglich zu harmonisieren. Dies entspricht seit Jahren einem Anliegen der Wirtschaft, da die heutige heterogene Rechtslage zu unnötigen Rechtsunsicherheiten und kostspieligen Verfahren führt.¹²³ Seit 2012 haben der Bund und die Kantone in einer paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgruppe die inhaltlich harmonisierten Revisionstexte für das Bundesgesetz (BöB) und die neue IVöB vorbereitet. Wie das Vernehmlassungsverfahren zeigte, stösst die allgemeine Stossrichtung der Revision auf breite Akzeptanz.¹²⁴
- 74 Gleichzeitig soll mit der Revision das 2012 revidierte WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA) in die nationale Gesetzgebung über-

¹¹⁸ Vgl. zu den Folgen der Aufhebung des Zuschlags für den Vertrag das Urteil des VGer AG WBE.2012.159 vom 1. Juli 2013 (zitiert nach BR DC online 2014 Nr. 66, mit Anmerkungen von BEYELER); vgl. diesbezüglich auch den erläuternden Bericht zur E-IVöB, S. 43.

¹¹⁹ BVGE 2009/19, E. 7.2 mit Hinweis auf PETER GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (eine Reprise), in: BR 2003, S. 6.

¹²⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹²¹ BVGE 2009/19, E. 7.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 1329 m.w.H.

¹²² Vgl. Urteile des BGer 2C_535/2013 vom 3. September 2013 E. 1.3; 2C_203/2014 vom 9. Mai 2015 E. 1.5.3.

¹²³ Vgl. BEYELER, Revision BöB, S. 145. Vgl. auch Botschaft E-BöB, insbesondere S. 1853 ff., 1865 f., 1867 f.

¹²⁴ Vgl. Vernehmlassungsbericht E-BöB, Ziff. 4.1, S. 4 f. und Ziff. 4.2, S. 5.

führt werden.¹²⁵ Das revidierte WTO-Abkommen (GPA 2012) wurde am 30. März 2012 beschlossen und von der Schweiz unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament unterzeichnet. Es ist seit dem 6. April 2014 in Kraft und verbessert unter anderem die Transparenz und die Governance vor allem bei der Korruptions- und Kollusionsbekämpfung im Bereich staatlicher Auftragsvergaben. Der Bundesrat wird es nach erfolgter Genehmigung durch das Parlament ratifizieren, wenn das revidierte BöB durch die eidgenössischen Räte sowie die Musterbotschaft zur Revision der IVöB durch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) verabschiedet wurden.¹²⁶

75 Aktuell liegt das bundesrechtliche Revisionsvorhaben bei der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) zur Detailberatung.¹²⁷ Die Behandlung durch den Nationalrat als Erst- und den Ständerat als Zweitrat wird voraussichtlich auch im ganzen nächsten Jahr noch andauern. Mit einem Inkrafttreten kann daher wohl frühestens im Jahr 2019 gerechnet werden.¹²⁸

5.2 Quasi-Inhouse-Regelung im künftigen Recht

76 Die Revisionsentwürfe E-IVöB und E-BöB enthalten eine klare Regelung von vier Beschaffungskonstellationen, die dem Vergaberecht nicht unterstellt sind. Es handelt sich dabei um den Leistungsbezug bei einem Monopolisten, um die Instate-Beschaffung sowie um die Inhouse- und die Quasi-Inhouse-Beschaffung.¹²⁹ Die vorgeschlagene Regelung kodifiziert im Wesentlichen die heute in der EU geltende Rechtslage und Rechtsprechung des EuGH.¹³⁰

77 Die Voraussetzungen der Quasi-Inhouse-Vergabe sind dementsprechend analog zur «Teckal»-Praxis des EuGH bzw. der Regelung der EU-Richtlinien ausgestaltet.¹³¹ Die Anbieterin muss danach ihre Leistungen im Wesentli-

¹²⁵ Vgl. Botschaft E-BöB, S. 1867; hierzu auch LEDUC, S. 5 ff.

¹²⁶ Vgl. Botschaft E-BöB, S. 1853 ff. Mit Rücksicht auf das Harmonisierungsziel wird das InöB die Musterbotschaft zur revidierten IVöB erst verabschieden, nachdem das Gesetzgebungsverfahren im Bund abgeschlossen wurde.

¹²⁷ Vgl. Vgl. Medienmitteilungen der WAK-N vom 15. November 2017, 10. und 31. Januar 2018, Weiterberatung der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), abrufbar unter: <http://www.parlament.ch> [zuletzt besucht am 15. März 2018]

¹²⁸ Vgl. URECH, Neues Beschaffungswesen – es gibt noch viel zu tun, in: netzwoche, News zur IT-Beschaffungskonferenz in Bern vom 17. August 2017, abrufbar unter: <http://www.netzwoche.ch/news> [zuletzt besucht am 15. März 2018].

¹²⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a-d E-IVöB respektive Art. 10 Abs. 3 lit. d E-BöB; vgl. dazu MARTI, S. 2 f.

¹³⁰ Vgl. dazu oben Rz. 44 ff.

¹³¹ «Keiner öffentlichen Ausschreibung bedarf die Beschaffung von Leistungen [...] von öffentlichen Unternehmen, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im

chen für den (kontrollierenden) öffentlichen Auftraggeber erbringen, was sowohl gemäss der Botschaft E-BöB als auch nach dem erläuternden Bericht zur E-IVöB angenommen werden kann, wenn sie mindestens achtzig Prozent der Leistungen in einem bestimmten Markt für diese Auftraggeberin erbringt.¹³² In der Vernehmlassung zur E-IVöB stellte die Wettbewerbskommission (WEKO) im Übrigen den Antrag, für das Tätigkeitserfordernis einen Mindestumsatz von neunzig Prozent für Aufträge des kontrollierenden Gemeinwesens vorzusehen.¹³³

78 Die schweizerische Regelung stellt damit einen Anwendungsfall einer zwar autonomen, GPA-konformen Kodifikation dar, die sich aber an der europäischen Rechtslage und Gerichtspraxis anlehnt.¹³⁴

79 Hinsichtlich der Kontrollanforderung wird sich die Praxis an der indikativen Kriterienliste orientieren, die der Beschaffungsausschuss der WTO in Anwendung von Art. XIX Abs. 8 lit. b GPA 2012 erst noch verabschieden wird.

80 Gemäss Medienmitteilung vom 15. November 2017 beantragte die WAK-N mit zehn zu neun Stimmen bei einer Enthaltung im Rahmen der Detailberatung, öffentliche und von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen im Rahmen der laufenden Totalrevision neu dem BöB zu unterstellen.¹³⁵ Die öffentliche Hand müsse Verantwortung übernehmen, wenn sie Unternehmen führt und/oder mehrheitlich besitzt. Eine Minderheit sieht keinen Sinn darin, zuerst Staatsbetriebe zu privatisieren, um sie dann doch wieder dem öffentlichen Beschaffungsrecht zu unterstellen. Man würde ihnen damit ihre Wettbewerbsfähigkeit im Markt nehmen. Zwischenzeitlich kam die WAK-N aber wieder auf frühere Entscheide zurück und will von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellen (Beibehaltung des Status quo).¹³⁶

81 Zum Tätigkeitskriterium hält der Bundesrat in seiner Botschaft zum E-BöB fest, dass eine im Wesentlichen für eine (öffentliche) Auftraggeberin erfolgende Tätigkeit angenommen werden kann, wenn die betreffende Anbieterin

Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen» (Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB). Vgl. für Beschaffungen des Bundes Art. 10 Abs. 3 lit. d E-BöB präziser: «Dieses Gesetz [E-BöB] findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen bei Anbieterinnen, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen».

132 Vgl. erläuternden Bericht zur E-IVöB, S. 20; Botschaft E-BöB, S. 1907.

133 Vgl. Vernehmlassungsbericht E-IVöB, S. 28; Vernehmlassungsbericht E-BöB, S. 22.

134 Vgl. MARTI, S. 3 mit Verweis auf den erläuternden Bericht zur E-IVöB, S. 20; vgl. BEYELER, Revision BöB, S. 146.

135 Vgl. Medienmitteilung der WAK-N vom 15. November 2017, Weiterberatung der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), abrufbar unter: <https://www.parlament.ch> [zuletzt besucht am 15. März 2018].

136 Vgl. Medienmitteilung der WAK-N vom 31. Januar 2018, Weiterberatung der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), abrufbar unter: <https://www.parlament.ch> [zuletzt besucht am 15. März 2018].

mindestens achtzig Prozent der Leistungen «in einem bestimmten Markt» für diese Auftraggeberin erbringt.¹³⁷

- 82 Die Einschränkung auf einen «bestimmten Markt», die in der EU-Rechtsprechung bzw. Regelung nicht verankert ist, könnte darauf hindeuten, dass inskünftig – in Abweichung von der Rechtslage in der EU – nicht mehr der Gesamtumsatz einer Anbieterin mit dem kontrollierenden Gemeinwesen massgebend sein soll, sondern dass es genügen könnte, dass die genannte Umsatzschwelle nur in einem bestimmten Marktsegment innerhalb des Tätigkeitsbereichs der beherrschten Anbieterin erreicht wird. Eine Tochtergesellschaft könnte damit neben einer allfälligen Kerntätigkeit für die öffentliche Auftraggeberin gleichzeitig jenseits jeglicher Beschränkungen Wettbewerbstätigkeiten in anderen Segmenten ohne Schaden für das Inhouse-Privileg entfalten. Dieses Ergebnis erscheint jedoch stossend und würde die Regelung letztlich aus den Angeln heben bzw. deren leichte Umgehung ermöglichen. Es ist deshalb nicht anzunehmen, dass die Gerichte, insbesondere das Bundesverwaltungsgericht, der vom Bundesrat angetönten Auslegung folgen würden.

5.3 Ausnahmen aus Sicherheitsinteressen nach neuem Beschaffungsrecht

- 83 Gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a E-IVöB kann der Auftraggeber von der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags namentlich dann absehen, wenn dadurch die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet würde. Diese Formulierung entspricht dem heute geltenden Recht (vgl. Art. 10 Abs. 2 IVöB).¹³⁸ Das Gleiche gilt für den Bereich der Bundesbeschaffungen und die dort vorgesehene Ausnahme gemäss Art. 10 Abs. 4 lit. a E-BöB.¹³⁹
- 84 Der Wettbewerbsgedanke des öffentlichen Beschaffungsrechts soll vor übergeordneten Zielen wie der Aufrechterhaltung der inneren und äusseren Sicherheit sowie der öffentlichen Ordnung ausnahmsweise zurückweichen. Die Ausnahme betrifft nicht nur die Beschaffung von Kriegsmaterial, sondern auch von anderen (militärischen oder zivilen) Leistungen, die sicherheitskritisch sind, wie beispielsweise die staatliche Kommunikationsinfrastruktur.¹⁴⁰ Beschaffungen sind nicht nur dann ausgenommen, wenn ihre Ausschreibung die öffentliche Sicherheit gefährden würde, sondern auch dann, wenn die Leistungen als solche sicherheitskritisch sind. Dies dürfte für den Grossteil

137 Vgl. erläuternder Bericht zur E-IVöB, S. 20; Botschaft E-BöB, S. 1907.

138 Vgl. Vernehmlassungsbericht E-IVöB, S. 19.

139 Art. 10 Abs. 4 lit. a E-BöB ist, im Unterschied zu Art. 11 Abs. 2 lit. a E-IVöB, nicht als Kann-Vorschrift formuliert: «Dieses Gesetz findet sodann keine Anwendung auf öffentliche Aufträge: [...] wenn dies für den Schutz und die Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung als erforderlich erachtet wird». Vgl. auch Botschaft E-BöB, S. 1907.

140 Vgl. Botschaft E-BöB, S. 1907 f.

der Beschaffungen des Nachrichtendienstes oder von Organen der Sicherheitsbehörden des Bundes (z.B. fedpol, Grenzwachtkorps) zutreffen.¹⁴¹

- 85 Im Unterschied zu den Ausnahmetatbeständen von Art. III Abs. 2 GPA findet im Rahmen der sicherheitspolitischen Ausnahmen keine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn statt. Vielmehr entscheiden die Staaten souverän, welches Sicherheitsniveau sie wählen. Entscheidend ist hier vor allem das Geheimhaltungsinteresse des Bundes bzw. der öffentlichen Auftraggeberin, d.h. dass der Beschaffungszweck aus Sicherheitsüberlegungen nicht einer Ausschreibung zugeführt werden darf (z.B. bei militärisch als «geheim» klassifizierten Fällen). Der Entscheid über das massgebende Sicherheitsniveau setzt eine genaue Kenntnis der Bedrohungslage der Schutzgüter voraus, weshalb der Vergabestelle ein weiterer Ermessensspielraum zukommt. In diesen Ermessensspielraum kann nur bei Ermessensfehlern (Über- oder Unterschreiten des Ermessens, Ermessensmissbrauch) eingegriffen werden. Sicherheitspolitik ist eine Prerogative der Exekutive, dies auch mit Blick auf die Bekämpfung des internationalen Terrorismus.¹⁴²
- 86 Die Möglichkeit, sicherheitskritische Beschaffungen gänzlich vom vergaberechtlichen Anwendungsbereich auszunehmen, bleibt nach dem Gesagten und gestützt auf den aktuellen Stand der Gesetzesberatungen somit auch unter neuem Recht bestehen. In diesem Zusammenhang ist auch der Entwurf für ein neues Informatiksicherheitsgesetz des Bundes (E-ISG) von Bedeutung, welcher kürzlich vom Ständerat als Erstrat zuhanden des Nationalrats verabschiedet wurde.
- 87 Gemäss der Botschaft des Bundesrat vom 22. Februar 2017 schafft das neue Informationssicherheitsgesetz – basierend auf international anerkannten Standards – einen einheitlichen formell-gesetzlichen Rahmen für die Steuerung und Umsetzung der Informationssicherheit im Zuständigkeitsbereich des Bundes.¹⁴³ Das Gesetz richtet sich auch an die Kantone, wenn sie klassifizierte Informationen des Bundes bearbeiten oder auf seine Informatikmittel zugreifen. Die Bestimmungen des Bundesgesetzes gelten nicht, wenn die Kantone eine mindestens gleichwertige Informationssicherheit gewährleisten (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 E-ISG).¹⁴⁴
- 88 Beschaffungsrechtlich relevant ist dabei insbesondere das im vierten Kapitel des E-ISG geregelte Betriebssicherheitsverfahren (BSV). Es dient der Gewährleistung der Informationssicherheit bei der Erfüllung von öffentlichen Aufträgen durch Unternehmen, sofern dabei eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit ausgeübt werden muss (vgl. Art. 50 E-ISG). Das Verfahren dient einerseits der Prüfung der Vertrauenswürdigkeit der zu beauftragenden Betriebe, andererseits schafft es die Grundlage, die notwendigen Massnahmen zur Gewährleistung der Informationssicherheit während der Ausführung des Auftrags zu kontrollieren. Für sicherheitsempfindliche Aufträge wird die Ge-

¹⁴¹ Vgl. Botschaft E-BöB, S. 1908.

¹⁴² Vgl. Botschaft E-BöB, S. 1908.

¹⁴³ Vgl. Botschaft E-ISG, S. 2954 f.

¹⁴⁴ Vgl. Botschaft E-ISG, S. 2975 f.

währleistung der Informationssicherheit dadurch zu einem Eignungskriterium im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts.¹⁴⁵

- 89 Das geltende kantonale Recht verpflichtet die BEDAG zur Wahrung der Informationssicherheit bei ihrer Zusammenarbeit mit «privaten» Leistungsbizügern (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bedag-Gesetz). Sie hat zudem eine interne Kontrolle für die Informationssicherheit einzurichten und die Informationssicherheit jährlich durch eine unabhängige externe Fachstelle schwerpunktmässig überprüfen zu lassen (Art. 8 Abs. 2 und 3 Bedag-Gesetz). Dort, wo sie nicht unternehmerisch tätig wird, also in der Leistungserbringung gegenüber dem Kanton Bern, ist sie dem kantonalen Datenschutzgesetz (KDSG)¹⁴⁶ unterstellt (Art. 7 Abs. 1 Bedag-Gesetz). Sie untersteht hingegen der eidgenössischen Datenschutzgesetzgebung (DSG)¹⁴⁷, soweit sie für Dritte ohne besonderen Auftrag des Kantons Bern gewerbliche Leistungen erbringt (Art. 7 Abs. 2 Bedag-Gesetz).¹⁴⁸ Als kantonales Unternehmen ist die BEDAG im Übrigen direkt an diese gesetzlichen Vorgaben gebunden und für die Einhaltung von Datenschutz und Informationssicherheit verantwortlich.¹⁴⁹
- 90 Das geplante Informationssicherheitsgesetz nimmt somit sicherheitsempfindliche Aufträge nicht generell vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts aus, bietet aber mit der Risikobeurteilung eine Grundlage zur Einschränkung des (potentiellen) Anbieterkreises.¹⁵⁰ Darüber hinaus sieht das Beschaffungsrecht selber sicherheitsbezogene Ausnahmen vor, welche jedoch eher restriktiv verstanden werden. Beides bietet daher keinen Anknüpfungspunkt, den Leistungsbezug des Kantons Bern von der BEDAG generell und losgelöst von den Kriterien der Quasi-Inhouse-Vergabe vom Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts auszunehmen. Solches käme höchstens punktuell für hochsensible sicherheitskritische Daten in Frage.¹⁵¹ Ob respektive inwiefern der Betrieb des Rechenzentrums technisch überhaupt auftrennbar wäre, ist für den Gutachter nicht abschätzbar. Es wäre jedenfalls beschaffungsrechtlich riskant, sich ohne technisch einwandfreie

¹⁴⁵ Vgl. Botschaft E-ISG, S. 3053, unter Verweis auf Art. 56 E-ISG.

¹⁴⁶ Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (KDSG; BSG 152.04).

¹⁴⁷ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

¹⁴⁸ Vgl. hierzu eingehend Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 18.

¹⁴⁹ Vgl. zu den Auswirkungen der einzelnen Strategievarianten auf die Informationssicherheit Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 31 f. (Verkauf), S. 33 ff. (Behalten Bereich Rechenzentrum – Verkauf Bereich Software; Holding-Lösung), S. 38 (Status quo optimiert), S. 38 f. (Zusammenschluss) und S. 40 (Reintegration).

¹⁵⁰ Der Bundesrat sieht darin jedoch «kein Problem» und verweist auf die Ausnahmebestimmungen des GPA (Art. XXIII), vgl. Botschaft E-ISG, S. 2987.

¹⁵¹ Denn solange eine Trennung zwischen sicherheitsrelevanten und nicht sicherheitsrelevanten Leistungen möglich und zumutbar ist, sind höchstens die sicherheitsrelevanten Komponenten vom vergaberechtlichen Geltungsbereich ausgenommen, während alles Weitere nach Gesetz zu beschaffen ist; vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, S. 24 f., Rz. 34 sowie oben Rz. 60.

Begründung auf eine Ausnahme bzw. Freistellung vom Vergaberecht zu berufen, nur weil potenziell sicherheitsrelevante Komponenten mitbetroffen sind oder sein könnten.

V. Beschaffungsrechtliche Beurteilung der Strategievarianten

1. Übersicht

91 Bei der Erarbeitung der Strategievarianten im Hinblick auf die Aktualisierung der Eigentümerstrategie legte der Verwaltungsrat der BEDAG den Fokus auf die Betriebsstabilität respektive auf die eminenten Interessen des Kantons Bern an sicheren, verfügbaren und effizienten Verwaltungsprozessen und an der Versorgungssicherheit für die Kantonsverwaltung. Im Rahmen der Erarbeitung der Strategievarianten ist ausserdem besonders darauf geachtet worden, dass der Unternehmenswert für den Kanton Bern mindestens erhalten bleibt.¹⁵²

92 Der Regierungsrat hat den Gutachtern die nachfolgend kurz zusammengefassten vier Strategievarianten (inkl. einer Untervariante bei der Strategievariante «Verkauf») zur Beurteilung unterbreitet, wobei er seine Präferenz auf die Strategievariante «Status quo optimiert» legte:

- Strategievariante «Status quo optimiert»: Der Kanton Bern bleibt Alleineigentümer der BEDAG, welche sämtliche im Zusammenhang mit der Verarbeitung von schützenswerten Daten stehende IT-Betriebsaufgaben erfüllt und alle Fach- und Konzernapplikationen sowie dazu erforderliche Applikationsplattformen, bereitstellt. Das Geschäft ausserhalb des Eigentümermarkts soll dabei auf maximal zwanzig Prozent des Gesamtumsatzes beschränkt werden, um die vergaberechtsfreie Beauftragung der BEDAG zu ermöglichen.¹⁵³
- Strategievariante «Zusammenschluss»: Bei dieser Variante ist ein Zusammenschluss der drei grossen, sich allesamt im Eigentum der öffentlichen Hand befindlichen IT-Dienstleistungsanbieter BEDAG, Abraxas Informatik AG (nachfolgend kurz: «Abraxas») und Verwaltungsrechenzentrum AG St. Gallen (nachfolgend kurz: «VRSG») geplant. Abraxas und VRSG haben im Juni 2017 bekanntgegeben, dass sie fusionieren werden. Ein Anschluss bzw. Zusammenschluss mit der BEDAG wäre als Option weiterhin denkbar.¹⁵⁴

152 Vgl. hierzu bereits einleitend oben Rz. 1 ff.; vgl. VR-Bericht vom 12. Januar 2017, Ziff. 6, S. 6.

153 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 6.1, S. 13.

154 Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 7.1, S. 24.

- Strategievariante «Behalten Bereich Rechenzentrum – Verkauf Bereich Software»: Bei dieser Strategievariante wird der Bereich Software-Entwicklung (mit Ausnahme des Application Managements und der rechenzentrumsnahen Entwicklungstätigkeiten) verkauft, während die BEDAG sich auf das Rechenzentrums-geschäft des Kantons Bern konzentriert.¹⁵⁵
- Strategievariante «Verkauf»: Bei diesem Szenario sollen die Aktien der BEDAG verkauft werden und der Kanton Bern würde als Eigentümer aussteigen. Sämtliche von ihm benötigten Leistungen würden fortan von Anbietern am Markt eingekauft.¹⁵⁶ Dieses Ziel verfolgte im Übrigen die Motion 028-206 «Unabhängige Informatik im Kanton Bern: Verkauf der Bedag Informatik AG» der Grossräte Bhend und Köpfli. Als Untervariante dazu lässt der Regierungsrat die Möglichkeit «Behalten Bereich Rechenzentrum – Verkauf Bereich Software» prüfen. Dabei würde der heutige Geschäftsbereich Softwareentwicklung der BEDGAG – mit Ausnahme des Application Managements und der rechenzentrumsnahen Entwicklungstätigkeiten – verkauft, während die BEDAG sich auf das Rechenzentrums-geschäft konzentrieren würde.¹⁵⁷
- Strategievariante «Reintegration in die Kantonsverwaltung»: Diese Strategievariante, die aber für den Regierungsrat nicht im Vordergrund steht, würde zu einer Wiedereingliederung der BEDAG in die Zentralverwaltung des Kantons Bern und somit deren Liquidation als Unternehmen im gesellschaftsrechtlichen Sinne bedeuten.¹⁵⁸

2. Strategievariante «Status quo optimiert»

2.1 Ausgangslage

93 Zur Ausgangslage kann auch die beschaffungsrechtliche Beurteilung des heutigen Leistungsbezugs des Kantons Bern sowie auf die Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Direktvergabe von Aufträgen des Kantons Bern an

¹⁵⁵ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 8.1, S. 31.

¹⁵⁶ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 9.1, S. 36. Zur Umsetzung der Verkaufsidee steht der BEDAG eine Reihe von Desinvestitionsmöglichkeiten zur Auswahl (Verkauf an Belegschaft respektive das Management, Verkauf an Investoren mit Interesse am Weiterbestehen der Unternehmung, Verkauf an Mitbewerber mit Interesse an der Vergrößerung ihres Marktanteils und Synergien mittels Integration in ihre Organisation), auf welche hier jedoch nicht weiter einzugehen ist. Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 31 f. und 34 f., und Gutachten DIBBERN, S. 10 ff.

¹⁵⁷ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 8.1, S. 31.

¹⁵⁸ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 10.5, S. 48. Diese Strategievariante, welche im ersten VR-Bericht vom 12. Januar 2017 noch eingehend(er) beschrieben ist, wird im VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017 aufgrund der Vorentscheide des Regierungsrates nicht mehr weiter vertieft und verfolgt.

die
BEDAG verwiesen werden.¹⁵⁹ Unter dem Status quo sind demnach die Anforderungen für «Quasi-Inhouse-Beschaffungen» nicht erfüllt, weil die BEDAG einen zu grossen Anteil an Drittaufträgen aufweist. Der Kanton Bern kann deshalb neue IT-Aufträge beschaffungsrechtskonform nur dann der BEDAG erteilen, wenn diese in einem Vergabeverfahren unter Konkurrenz die wirtschaftlich günstigste Offerte eingereicht hat (Art. 30 Abs. 1 ÖBV) oder besondere Gründe vorliegen, um der BEDAG ausnahmsweise im freihändigen Verfahren und ohne Wettbewerb direkt den Auftrag zu vergeben (vgl. Art. 7 Abs. 3 ÖBV).

94 An diese Ausgangslage knüpft die vorliegend zu beurteilende Strategievariante an. Die BEDAG bleibt bei diesem Szenario im ausschliesslichen Eigentum des Kantons Bern, so dass das Kontrollkriterium der Quasi-Inhouse-Vergabe damit nach wie vor klar erfüllt ist.¹⁶⁰ Ebenfalls ist keine Privatbeteiligung an der BEDAG geplant.

95 Hingegen ist das Tätigkeitskriterium der Quasi-Inhouse-Vergabe zurzeit nicht erfüllt, weil die Umsätze der BEDAG mit Dritten über der zulässigen Schwelle von zwanzig Prozent liegen. Hier muss somit die Optimierung ansetzen, damit inskünftig ein vergaberechtsfreier Leistungsbezug des Kantons Bern von der BEDAG beschaffungsrechtlich zulässig ist. Bis dahin stellt die Vergabe von Direktaufträgen ohne Beachtung des öffentlichen Beschaffungsrechts eine Verletzung desselben dar und führt zu den dargestellten Rechtsfolgen, d.h. jede entsprechende Auftragsvergabe ist durch Konkurrenten im Einzelfall anfechtbar.¹⁶¹

2.2 Neuausschreibung von Daueraufträgen

96 Optimierungsbedarf besteht zunächst in Bezug auf die bestehenden, unbestimmten Rahmenverträge zwischen dem Kanton Bern und der BEDAG.

97 Die WEKO stellt sich im Zusammenhang mit Dauermandaten auf den Standpunkt, dass diese grundsätzlich alle fünf Jahre neu auszuschreiben sind, damit der Markt für neue Anbieter geöffnet wird. In diesem Sinne schreiben auch die Schlussbestimmungen der OÖBV des Kantons Bern vor, dass die Beschaffungsstellen die bestehenden Verträge in ihrem Zuständigkeitsbereich bis am 1. Januar 2019 in Übereinstimmung mit Art. 17 OÖBV zu bringen (vgl. Art. 22 Abs. 3 OÖBV). Nach dieser Vorschrift dürfen für wiederkehrende Leistungen grundsätzlich nur noch Verträge mit einer Maximallaufzeit von höchstens fünf Jahren abgeschlossen werden. In begründeten Fällen

¹⁵⁹ Vgl. oben Rz. 36 ff. und 41 ff.

¹⁶⁰ Vgl. oben Rz. 47 ff.

¹⁶¹ Vgl. dazu oben Rz. 66 ff.

kann eine längere Vertragsdauer oder eine massvolle Verlängerung eines bestehenden Vertrags vereinbart werden. Eine solche Ausnahme ist aktenkundig zu begründen (vgl. Art. 17 Abs. 3 OÖBV).

- 98 In Übereinstimmung mit diesen rechtlichen Vorgaben geht auch der Verwaltungsrat der BEDAG davon aus, dass insbesondere die Laufzeiten der Verträge anzupassen sind. Namentlich aus Gründen der Betriebssicherheit erscheine es jedoch sowohl aus Sicht des Eigentümers und Hauptkunden, dem Kanton Bern, als auch aus der Sicht des Steuerzahlers angezeigt, angemessene Übergangs- und Anpassungsfristen zu gewähren.¹⁶²

2.3 Steigerung des Kantonsanteils oder Reduktion der Drittkundenaufträge

- 99 In seinem Vertiefungsbericht schlägt der Verwaltungsrat der BEDAG Optimierungsmassnahmen vor, um den Umsatzanteil des Kantons Bern bei der BEDAG zu erhöhen. Er sieht ein Umsatzsteigerungspotential in Bezug auf Kantonsaufträge von CHF 65 Mio. (CHF 39 Mio. im Bereich Applikationen, CHF 26 Mio. bei den Workplaces). Davon ausgehend, dass ab sofort keine neuen Auftragsakquisitionen am Markt mehr getätigt und bisherige Drittkundengeschäfte ohnehin auslaufen werden, geht der Verwaltungsrat der BEDAG sodann davon aus, das Tätigkeitskriterium (80/20-Prozentregel) innerhalb von drei Jahren zu erfüllen.¹⁶³ Diese Optimierungsmassnahme deckt sich mit den Vorentscheiden¹⁶⁴ sowie mit den vorsorglichen Massnahmen des Regierungsrates für die Übergangszeit.

- 100 Das künftige Abstimmen respektive Ausrichten der Geschäftstätigkeit der BEDAG auf das beschaffungsrechtliche Tätigkeitskriterium der Quasi-Inhouse-Beschaffungen stellt sicher, dass der Kanton Bern IT-Leistungen der BEDAG ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts beziehen darf.

- 101 Allerdings erscheint es kaum sinnvoll, die Eigentümerstrategie des Kantons Bern und die Ausrichtung der BEDAG einzig unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Beschaffungsrechts zu gestalten respektive zu optimieren. Miteinzubeziehen sind vielmehr – und in erster Linie – staats- und ordnungspolitische sowie verwaltungsorganisationsrechtliche Überlegungen.¹⁶⁵ Erst eine solche Gesamtsicht erlaubt es, eine sinnvolle und zweckmässige Positionierung der BEDAG für die Zukunft herbeizuführen und das Verhältnis zum Kanton Bern zu klären.

¹⁶² Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 6.2.1, S. 14.

¹⁶³ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 6.3.1, S. 16 f.

¹⁶⁴ Vgl. Aussprachepapier Klausur des Regierungsrates vom 1. Februar 2017, S. 4 f.

¹⁶⁵ Vgl. insbesondere Schlussfolgerungen im Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 40 ff. und im Gutachten DIBBERN, S. 24.

- 102 Kommt hinzu, dass die unter dieser Strategievариante mit dem beschaffungsrechtlichen Tätigkeitserfordernis auf ein «volatiles» Kriterium abgestellt würde. Erst rückblickend auf ein abgelaufenes Geschäftsjahr könnte damit anhand der Geschäftszahlen der BEDAG sicher festgestellt werden, ob die unter dem Jahr direkt an die BEDAG erteilten Aufträge des Kantons Bern unter Beachtung oder unter Missachtung des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgten.¹⁶⁶ BEDAG wäre letztlich der Auftragslage «ausgeliefert», welche von Akquise- und Bedarfszufälligkeiten, Produkte- und Leistungszyklen sowie Entscheide ihrer Kunden abhängt. Je nach aktuellem Umsatzverlauf und Umfang des Drittkundengeschäfts wären somit die Auftragsvergaben des Kantons Bern an die BEDAG mit dem Anfechtungsrisiko behaftet. Da in der Annahme der Vergaberechtsfreiheit keine Zuschlagsverfügungen und keine Publikationen ergingen, würde dieses Risiko latent fort dauern, einzig begrenzt durch die Verwirkung des Beschwerderechts potentieller Konkurrenten der BEDAG nach dem Gebot von Treu und Glauben, falls diese mit der Anfechtung zu lange ab Kenntnis oder Kenntnismöglichkeit der umstrittenen Auftragsvergabe zuwarten.¹⁶⁷
- 103 Es ist nicht zu empfehlen, das Verhältnis des Kantons Bern zur und die Ausrichtung der BEDAG auf der Grundlage eines derart unsicheren, ja aleatorischen Ordnungskriteriums auszurichten. Der Verwaltungsrat der BEDAG will der von ihm zu Recht identifizierten Instabilität dieses Zustandes damit begegnen, dass er vom Regierungsrat klare Vorgaben fordert, welche kantonalen Aufträge ausschreibungsfrei der BEDAG erteilt werden können. Konkret müsste der Regierungsrat eine kantonsverwaltungsweite Bezugspflicht für gewisse IT-Leistungen erlassen, um die Optimierung des Status quo zu erreichen.
- 104 Eine Garantie, dass auf diese Weise die Voraussetzungen der Quasi-Inhouse-Beschaffungen dauerhaft und stabil gewährleistet werden können, besteht aber auch mit einer solchen Regelung nicht.¹⁶⁸ Zum einen ist das Steigerungspotenzial hinsichtlich der Kantonsaufträge an die BEDAG umstritten¹⁶⁹ und zum anderen entzieht sich das Drittkundengeschäft naturgemäss einer punktgenauen Steuerung des Kantons Bern wie auch der BEDAG.

¹⁶⁶ Vgl. VR-Vertiefungsbericht, Ziff. 6.5.4, S. 23.

¹⁶⁷ Gemäss Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM kann im Übrigen auch die WEKO Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt; vgl. hierzu auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 1290.

¹⁶⁸ Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 35 ff. und 41, wo die Einrichtung einer Bezugspflicht (mit Ausnahmetatbestand) vorgeschlagen wird.

¹⁶⁹ Vgl. Gutachten DIBBERN, S. 17 f.

2.4 Holding-Lösung

- 105 Um die soeben dargestellten, grossen Nachteile einer «einfachen» beschaffungsrechtlichen Optimierung der Kunden-Lieferantenbeziehung zwischen dem Kanton Bern und der BEDAG zu vermeiden und zu einer stabilen Struktur zu gelangen, schlagen die Gutachter die gesellschaftsrechtliche und organisatorische Aufspaltung des BEDAG-Unternehmens vor (sog. «Holding-Lösung»).
- 106 Nach diesem Gutachternvorschlag würde die heutige BEDAG in eine Holdinggesellschaft (Muttersgesellschaft) und zwei eigenständige Aktiengesellschaften als Tochtergesellschaften aufgeteilt, welche je zu 100 Prozent von der Holdinggesellschaft gehalten würden. Der heutige Geschäftsbereich Rechenzentrum würde in die eine, die Softwareentwicklung in die andere Tochtergesellschaft eingebracht. Der Kanton Bern bliebe bis auf weiteres Alleineigentümer der BEDAG-Holdinggesellschaft und damit auch der beiden Tochtergesellschaften.
- 107 Unter dem Blickwinkel des öffentlichen Beschaffungsrechts würde sich eine solche Holdingstruktur stabiler führen und halten lassen. Der Anbieterbegriff als Marktgegenseite des öffentlichen Auftraggebers wird beschaffungsrechtlich grundsätzlich formal definiert; Anbieter ist jeweils diejenige juristische Person, welche eine Leistung anbietet respektive eine Offerte einreicht. Eine wirtschaftliche Konzernbetrachtung greift nur in besonderen Konstellationen, z.B. wenn ein eigentliches Umgehungskonstrukt vorläge oder unter gewissen Voraussetzungen im Fall einer (indirekten) Vorbefassung.¹⁷⁰ Anbieterin von Rechenzentrumsleistungen wäre deshalb die eine Tochtergesellschaft, während die Softwareentwicklung von der anderen Tochtergesellschaft angeboten würde.
- 108 Der Leistungsbezug des Kantons Bern müsste auch in einer Holdingstruktur den dargestellten Anforderungen der vergaberechtsfreien Quasi-Inhouse-Vergaben entsprechen, damit er ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts stattfinden dürfte. Das Kontrollkriterium wäre aufgrund der alleinigen Eigentümerstellung des Kantons Bern ohne weiteres in Bezug auf alle drei Gesellschaften der Holding gewährleistet. Die Holdinggesellschaft wäre höchstwahrscheinlich als reine Beteiligungsgesellschaft ausgestaltet und somit nicht als Anbieterin von Leistungen am Markt tätig. In Bezug auf die beiden Tochtergesellschaften hingegen müssten der Kanton Bern und die BEDAG sicherstellen, dass der Kantonsanteil am Gesamtumsatz der beiden Gesellschaften je mindestens achtzig Prozent beträgt.
- 109 Im Unterschied zur vorgeschlagenen Strategievariante «Status quo optimiert» würden die Geschäftsfelder RZ-Betrieb und SW-Entwicklung bei der

170 Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1378 f.

Holding-Lösung vor allem auch unter dem Tätigkeitskriterium je separat beurteilt. Eine solche Betrachtungsweise entspricht der je unterschiedlichen strategischen Bedeutung dieser beiden Geschäftsfelder der BEDAG für den Kanton Bern und den damit verbundenen öffentlichen Interessen.

- 110 Wie die heutige Auftragslage zeigt¹⁷¹, liesse sich der beschaffungsrechtlich verlangte Umsatzanteil von achtzig Prozent an Kantonsaufträgen für die strategisch bedeutsamen RZ-Leistungen einfacher einhalten respektive wäre dieser nach einer Abspaltung des RZ-Geschäfts in eine separate juristische Person eingehalten.
- 111 In Bezug auf die SW-Entwicklungen dürfte die Steigerung des Kantonsanteils auf über achtzig Prozent schwieriger und zudem nicht unbedingt sinnvoll sein. Der Kanton Bern wäre jedoch unter der Holding-Lösung frei, in Bezug auf diese Tochtergesellschaft eine andere Strategie zu verfolgen, d.h. auf vergaberechtsfreie Auftragsvergaben zu verzichten und diese Gesellschaft nur gestützt auf einen Zuschlag nach einem ordentlichen Vergabeverfahren und somit unter Konkurrenzbedingungen zu beauftragen. Im Übrigen könnte diese Gesellschaft ihre Dienstleistungen im SW-Bereich freier am Markt anbieten.
- 112 Gegen eine solche Lösung können naturgemäss auch Einwände erhoben werden. Nach Auffassung des KAIO ist eine formelle Aufteilung der BEDAG in eine für den Kanton arbeitende «Rechenzentrum AG» und eine für den Markt arbeitende «Softwareentwicklung AG» unter einem Holdingdach risikobehaftet. Eine solche Konstellation würde heikle Fragen der Rechtsumgebung und der Querfinanzierung der beiden Aktiengesellschaften aufwerfen.¹⁷² Hinzu kommt die Vorbefassungsproblematik, falls die BEDAG teilweise in den IT-Strategiegremien des Kantons Bern eingebunden würde. Diese Fragen müssten in der Umsetzung sorgfältig abgeklärt und geregelt werden.
- 113 Aus beschaffungsrechtlicher Sicht zu vermeiden sind Quersubventionierungen in Situationen, in welchen die BEDAG als Anbieterin auftritt und der Verdacht besteht, dass sie in ihrer Offerte Leistungen gratis oder stark verbilligt anbietet, weil diese ohnehin vorhanden und durch andere, öffentliche Mittel (aus Kantonsaufträgen) bereits finanziert sind (mit wettbewerbsverzerrenden Effekten gegenüber privaten Anbietern). Gemäss neuerer Rechtsprechung muss die Vergabebehörde bei Offerten von öffentlichen Anbietern deshalb prüfen, ob Hinweise auf solche unzulässige Quersubventionierungen bestehen und gegebenenfalls Erläuterungen der Anbieterin einholen. Hält sich ein staatlicher Anbieter nicht an den Verfas-

¹⁷¹ Vgl. Gutachten DIBBERN, S. 3 f.

¹⁷² Geschäft Nr. 2016.KAIO.11124: Aktennotiz Öffentliches Beschaffungsrecht und die Bedag-Eigentümerstrategie, S. 2.

sungsgrundsatz der Wettbewerbsneutralität, kann er vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.¹⁷³

- 114 Diese Bedenken des KAIO sind nicht von der Hand zu weisen. Allerdings stellt eine solche Holding-Struktur nicht ein unübliches Modell dar. Aus regulatorischer Sicht stünden rechtliche und organisatorische Mittel zur Verfügung (Konzernweisungen, Einführung von sog. «Chinese Walls» u.ä.), um diesen Bedenken zumindest erheblich Rechnung zu tragen.¹⁷⁴ Sie stehen einer Realisierung der Holding-Lösung nach Auffassung der Gutachter jedenfalls nicht von vornherein entgegen. Kommt hinzu, dass die SW-Entwicklung in strategischer Hinsicht für den Kanton Bern kaum von zentraler Bedeutung ist und allenfalls mittel- bis langfristig ein Verkauf in Erwägung gezogen werden könnte.¹⁷⁵ Dieser Schritt würde mit der Einführung einer Holding-Struktur vorbereitet und erleichtert.

3. Strategievariante «Zusammenschluss»

- 115 Ein Zusammenschluss der BEDAG mit den (miteinander bereits fusionierten) Informatikunternehmen Abraxas und VRSG hätte zur Folge, dass mehrere Kantone, darunter der Kanton Bern, Eigentümer dieses Gemeinschaftsunternehmens und dort (teilweise) ihren Bedarf an IT-Leistungen decken würden.
- 116 Die für das Quasi-Inhouse-Privileg erforderliche Kontrolle kann unbestritten auch durch mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam ausgeübt werden.¹⁷⁶ Die Kontrolle muss einerseits wirksam sein, beispielsweise indem die öffentlichen Auftraggeber durch jeweils ein gewähltes Mitglied im Führungs-

¹⁷³ BGE 143 II 425 E. 5.3 S. 440 f.; vgl. auch vorinstanzliches Urteil des BVGer B-3797/2016 vom 13. April 2016 (mittlerweile publiziert in BVGE 2017 IV/4) E. 5.3. Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 28 f. (steuerrechtliche Wettbewerbsverzerrung); vgl. zudem Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) 32.08-14.67 vom 14. April 2015, zitiert nach BR 2015 S. 233 f.).

¹⁷⁴ Vgl. hierzu Schlussbericht der WEKO vom 30. November 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251] betreffend Gebäudeversicherung Bern (GVB) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG, in: RPW 2011/4 S. 483 ff. Die GVB schloss mit der WEKO eine Verpflichtungserklärung ab, u.a. mit Vorgaben zur Besetzung der Leitungsorgane, Datenschutz, Zurverfügungstellung von Datensätzen, Koppelungsverbot und Werbeaktionen; vgl. RPW 2011/4, S. 502 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 34.

¹⁷⁶ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 253; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1229 ff.

gremium vertreten sind,¹⁷⁷ muss aber andererseits nicht unbedingt individuell ausgeübt werden können.¹⁷⁸

- 117 Es genügt somit eine geteilte Kontrolle, indem der Kanton Bern im Falle eines Zusammenschlusses über eine Minderheitsbeteiligung am Unternehmen BEDAG/Abraxas/VRSG verfügt und die Kontrolle von der jeweiligen Mehrheit der Kantone effektiv ausgeübt werden kann. Jede noch so geringfügige Minderheitsbeteiligung eines öffentlichen Auftraggebers reicht aus, um Kontrolle dieses minderheitlich Beteiligten anzunehmen, solange diese Kontrolle von der Mehrheit effektiv ausgeübt werden kann; es bedarf somit aus beschaffungsrechtlicher Sicht nicht notwendigerweise einer Sperrminorität des Kantons Bern.¹⁷⁹
- 118 Zusätzlich gilt auch in diesem Fall das Verbot der Privatbeteiligung. Jede noch so geringfügige direkte oder indirekte Beteiligung eines Privaten am Eigenkapital der Gemeinschaftsunternehmung würde dazu führen, dass das Quasi-Inhouse-Privileg entfiere.¹⁸⁰
- 119 Weiter muss der Leistungsbezug der kontrollierenden Kantone von der Gemeinschaftsunternehmung den Anforderungen des Tätigkeitskriteriums der Quasi-Inhouse-Beschaffung entsprechen. Die Gemeinschaftsunternehmung darf somit grundsätzlich nur für die sie beherrschenden öffentlichen Auftraggeber tätig sein und das Drittkundengeschäft muss sich unter zwanzig Prozent des erzielten Gesamtumsatzes belaufen.¹⁸¹
- 120 In einem neueren Urteil stellte der EuGH diesbezüglich klar, dass Umsätze, die eine potenzielle Quasi-Inhouse-Gesellschaft durch Geschäfte mit an ihr nicht beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen erwirtschaftet, als Drittsätze gelten. Betragen diese (und andere) Drittsätze mehr als zwanzig Prozent des Gesamtumsatzes, kann sich das Gemeinwesen beim Leistungsbezug von dieser Gesellschaft nicht mehr auf das Quasi-Inhouse-Privileg berufen.¹⁸² Diese Rechtspre-

¹⁷⁷ Vgl. BEYELER, Inhouse & Co., S. 3 mit Verweis auf EuGH C-182/11 und C-183/11 vom 29. November 2012 («Econord»), Rz. 27 ff.

¹⁷⁸ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1236 f. und 1239 mit Verweis auf EuGH C-295/05 vom 19. April 2005 («Asemfo»), Rz. 56 ff.; EuGH C-324/07 vom 13. November 2008 («Coditel Brabant»), Rz. 50; EuGH C-573/07 vom 10. September 2009 («Sea»), Rz. 54 ff.

¹⁷⁹ Vgl. allgemein BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1239. Vgl. EuGH C-573/07 vom 10. September 2009 («Sea»), Rz. 63: «Auch Beteiligungen von bloss 0.98 oder 0,25 Prozent reichen aus, es gibt keine Untergrenze».

¹⁸⁰ Dies steht seit der entsprechenden Klarstellung im Urteil Halle (EuGH C-26/03 vom 11. Januar 2005 [«Stadt Halle»], Rz. 49 ff.) fest und wurde seitdem auch immer wieder bestätigt (EuGH C-231/03 vom 21. Juli 2005 [«Coname»], Rz. 26; EuGH C-337/05 vom 8. April 2008 [«Kommission gegen Italien»], Rz. 40; EuGH C-324/07 vom 13. November 2008 [«Coditel Brabant»], Rz. 30).

¹⁸¹ Vgl. BEYELER, Inhouse & Co., S. 3 mit Verweis auf Art. 12 Abs. 1 lit. b RL 2014/24/EU. Vgl. hierzu auch die Revisionsvorlage zum neuen Beschaffungsrecht (Art. 10 Abs. 3 lit. b-d E-BöB und Art. 11 Abs. 3 lit. b-d E-IVöB; vgl. oben Rz. 73 ff.).

¹⁸² Vgl. EuGH C-553/2015 vom 8. Dezember 2016 («Undis Servizi»), Rz. 34 ff.

chung liegt auf der Linie des bisher Gesagten. Zur erfolgreichen Berufung auf das Quasi-Inhouse-Privileg sind Kontroll- und Tätigkeitskriterium kumulativ zu erfüllen, was bei einer nicht an der Quasi-Inhouse-Gesellschaft beteiligten öffentlichen Auftraggeberin (mangels Kontrolle) gerade nicht der Fall ist und daher der so erwirtschaftete Umsatz als Drittumsatz gilt. Steht aber die nicht kontrollierende bzw. beteiligte öffentliche Auftraggeberin mit der Leistungserbringerin in einer vergaberechtlich relevanten öffentlichen Zusammenarbeit oder sind die – de lege ferenda im revidierten Beschaffungsrecht nunmehr kodifizierten¹⁸³ – Voraussetzungen der sog. «Instate-Vergabe» erfüllt, dürften solche Umsätze gemäss BEYELER einer (parallelen) Geltendmachung des Quasi-Inhouse-Privilegs nicht entgegenstehen.¹⁸⁴

- 121 Für die beteiligten Gemeinwesen ergibt sich daraus eine relativ grosse Gestaltungsfreiheit in der Strukturierung der beherrschten Gesellschaft. Das Quasi-Inhouse-Privileg bleibt grundsätzlich erhalten, solange die Leistungserbringung hauptsächlich in der «Welt» der IT-Bedürfnisse der kontrollierenden Kantone erfolgt.

4. Strategievариante «Behalten Bereich Rechenzentrum – Verkauf Bereich Software»

- 122 Diese Strategievариante stellt beschaffungsrechtlich eine Kombination der Varianten «Status quo optimiert» und «Verkauf» dar. Das Rechenzentrums-geschäft verbliebe unter dieser Variante in der BEDAG und der Leistungsbezug des Kantons Bern in diesem Bereich müsste sich an den Anforderungen der vergaberechtsfreien Quasi-Inhouse-Beschaffung messen lassen.
- 123 Durch die vollumfängliche Eigentümerstellung des Kantons Bern bliebe das Kontrollerfordernis auch in Bezug auf die in diesem Sinne reduzierte BEDAG erhalten. Die Kantonsaufträge im RZ-Bereich müssten zusätzlich mindestens achtzig Prozent des Gesamtumsatzes der BEDAG ausmachen. Nur im Umfang von höchstens zwanzig Prozent dürfte die BEDAG RZ-Leistungen gegenüber Dritten erbringen.
- 124 Mit der Herauslösung und dem Verkauf des Bereichs Softwareentwicklung der BEDAG fällt diesbezüglich die Vergaberechtsfreiheit dahin. Die Käuferin dieser Sparte könnte somit von keinerlei beschaffungsrechtlichen Privilegien mehr profitieren. Der Kanton Bern dürfte sie nur im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens und damit in der Regel aufgrund eines Zuschlags nach einem ordentlichen Vergabeverfahren mit Softwareentwicklungen beauftragen. Durch den Verkauf entfielen in erster Linie das Kontrollkriterium,

¹⁸³ Vgl. insbesondere Art. 11 Abs. 3 lit. b E-IVöB: «Keiner öffentlichen Ausschreibung bedarf die Beschaffung von Leistungen [...] von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit die Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen».

¹⁸⁴ BEYELER, Urteilsanmerkung EuGH, S. 241 f. mit Verweis auf Art. 10 Abs. 3 lit. b E-BöB.

voraussichtlich wäre aber auch das Tätigkeitserfordernis einer Quasi-Inhouse-Vergabe nicht mehr erfüllt, weil sich die Sparte Softwareentwicklung vollständig im Markt bewähren müsste.

- 125 Eine Vorbereitung dieser Strategievariante ist im Rahmen der von den Gutachtern empfohlenen Holdingstruktur möglich.¹⁸⁵ Die Geschäftsbereiche RZ-Betrieb und SW-Entwicklung könnten diesfalls bereits in separate Tochtergesellschaften gegliedert, was die Abwicklung eines späteren Verkaufs der Softwaresparte vereinfachen und beschleunigen würde.

5. Strategievariante «Verkauf»

- 126 Mit dem Verkauf der gesamten BEDAG-Aktien gäbe der Kanton Bern seine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an dieser Unternehmung auf. Damit ginge auch die Kontrolle über die Gesellschaft verloren, sodass inskünftig keine vergaberechtsfreien Quasi-Inhouse-Beschaffungen des Kantons Bern bei der BEDAG mehr zulässig wären.

- 127 Der Kanton Bern würde vollständige Freiheit in der Beschaffung von IT-Leistungen erlangen.¹⁸⁶ Solche Aufträge müssten inskünftig konsequent nach Massgabe der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts an Leistungserbringer am Markt vergeben werden, solange sie nicht durch Verwaltungseinheiten der Kantonsverwaltung, wie etwa das KAIO, erbracht würden.

6. Strategievariante «Reintegration in die Kantonsverwaltung»

- 128 Beschaffungsrechtlich führt eine Reintegration der BEDAG in die Kantonsverwaltung dazu, dass der Bezug von IT-Leistungen der (ehemaligen) BEDAG, welche neu ein Amt der Zentralverwaltung bilden würde, zulässigerweise ohne Beachtung des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgen dürfte. Es würde sich um einen rein verwaltungsinternen Vorgang handeln (sog. «echte» Inhouse-Vergabe).¹⁸⁷

- 129 Vergaberechtsfrei wäre eine solche Inhouse-Vergabe allerdings auch unter dieser Variante nur solange, als die leistungserbringende interne Stelle ihre Leistungen nicht wiederum in gewissem Umfang auch am Markt bzw. gegenüber Dritten anbieten würde. Ein solches Leistungsangebot könnte beschaffungsrechtlich dazu führen, dass keine vergaberechtsfreien Inhouse-Beschaffungen mehr zulässig wären und die Kantonsverwaltung wiederum

¹⁸⁵ Vgl. oben Rz. 105 ff.

¹⁸⁶ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, Ziff. 9.10, S. 43 f.

¹⁸⁷ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 250.

nur im Rahmen des Vergaberechts Leistungen von diesem Amt beziehen dürfte,¹⁸⁸ was allerdings kaum praktikabel und daher höchstens theoretisch denkbar erscheint. Unabhängig von den beschaffungsrechtlichen Gesichtspunkten würde sich hier jedoch die Frage stellen, ob das kantonale Amt seine Leistungen zulässigerweise (auch) am Markt anbietet.¹⁸⁹

VI. Übergangssituation

- 130 Wird die Strategievvariante «Status quo optimiert» gewählt, stellt sich die Frage, wann respektive bis wann die Optimierungsmassnahmen umgesetzt sein müssen. Insbesondere ist es nicht möglich, den Anteil der Kantonsaufträge bei der BEDAG auf einen Schlag um das erforderliche Mass zu steigern, sondern dies müsste schrittweise in den nächsten Jahren erfolgen. Der Verwaltungsrat der BEDAG geht davon aus, dass ein Zeitraum von drei Jahren realistisch ist.¹⁹⁰
- 131 Zur Absicherung seiner Entscheidungsfreiheit bzw. derjenigen des Grossen Rates hat die Finanzdirektion für die Phase der Überprüfung und Aktualisierung der Eigentümerstrategie Stillhalteanordnungen erlassen. Diese bezwecken, während dem «Interregnum» zu gewährleisten, dass einerseits die Daten des Kantons Bern jederzeit geschützt sind und andererseits die Option der beschaffungsrechtlichen Optimierung des «Status quo» (Erhöhung des Umsatzes des Kantons Bern bei der BEDAG) zumindest erhalten bleibt und sich nicht reduziert oder gar ganz entfällt. Insbesondere soll verhindert werden, dass das KAIO während dieser Zeit Rechenzentrumsaufträge neu ausschreibt.¹⁹¹
- 132 Im Fall des Beschlusses der Strategievvariante «Status quo optimiert» (aber auch bei der Variante «Zusammenschluss» und der Variante «Bereich Rechenzentrum behalten – Bereich Software verkaufen») müssten diese Stillhalteanordnungen in angepasster Form weitergeführt werden bis der Kantonsanteil am Umsatz der BEDAG auf die erforderlichen achtzig Prozent angestiegen oder der Drittkundenanteil unter zwanzig Prozent gesunken ist. Der Finanzdirektion schwebt hierfür eine Übergangsfrist von fünf Jahren vor.
- 133 Zusätzlich zu den heutigen Anordnungen müsste der Regierungsrat ein Vorgehenskonzept beschliessen und konkrete Weisungen, wie beispielsweise eine Bezugspflicht, erlassen mit dem Ziel, den Anteil der Kantonsaufträge bei der BEDAG auf achtzig Prozent des Gesamtumsatzes der BEDAG anzu-

¹⁸⁸ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 249 und 251; BEYELER, Inhouse-Vergaben, Rz. 69 f.

¹⁸⁹ Vgl. dazu Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 40.

¹⁹⁰ Vgl. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017, S. 16.

¹⁹¹ Vgl. Vortrag der Finanzdirektion vom 15. Februar 2017, S. 6.

heben.¹⁹² Alternativ oder flankierend müsste der Kanton bei der BEDAG seinen Einfluss ausüben und das Geschäft mit Dritten, d.h. mit all jenen Kunden, welche die BEDAG nicht (mit-)kontrollieren, beschränken bzw. sicherstellen, dass dieses Drittkundengeschäft sich innerhalb des beschaffungsrechtlich zulässigen Umsatzanteils (80/20-Prozentregel) bewegt.

- 134 In der Übergangsphase bis zum Erreichen des Umsatzziels muss jede Direktvergabe eines an sich ausschreibungspflichtigen Auftrags des Kantons Bern an die BEDAG mit einem Ausnahmetatbestand für eine freihändige Vergabe (Art. 7 Abs. 3 ÖBV) begründet werden können. Ansonsten wäre eine solche Auftragsvergabe beschaffungsrechtswidrig und angreifbar. Sie würde das Risiko beinhalten, dass dieser de-facto-Zuschlag mit Beschwerde durch Konkurrenten angefochten würde mit der Begründung, dass die Anforderungen der Quasi-Inhouse-Beschaffung (noch) nicht erfüllt sind.
- 135 Das Beschwerderisiko besteht aber auch dann, wenn zur Steigerung des Kantonsanteils am Umsatz der BEDAG Freihandvergaben erteilt und publiziert werden, welche einer gerichtlichen Überprüfung des angerufenen Ausnahmetatbestandes gemäss Art. 7 Abs. 3 ÖBV nicht standhalten würden.
- 136 Diese Beschwerderisiken können aus rein praktischen Gründen aber als gering beurteilt werden. Die juristischen Hürden für eine potenzielle Anbieterin der jeweils in Frage stehenden Leistungen als Beschwerdeführerin sind eher hoch und der Beschwerdeerfolg hätte höchstens (politische) Signalwirkung, ohne nennenswerte materielle Folgen. Im Einzelfall würde der Kanton Bern bei erfolgreicher Beschwerde gezwungen sein, den betroffenen Auftrag öffentlich auszuschreiben und nach Massgabe des öffentlichen Beschaffungsrechts an eine Anbieterin zu vergeben, welche unter Konkurrenz das wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet. Zu den Rechtsfolgen einer Verletzung des Beschaffungsrechts sowie für den Fall, dass im Zeitpunkt des Urteils der «Vertrag»¹⁹³ mit der BEDAG bereits abgeschlossen wäre, kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.¹⁹⁴
- 137 Auch im Sinne einer Gesamtinteressenabwägung mit anderen öffentlichen Interessen kann ein solches Vorgehen, d.h. die bewusste Inkaufnahme einer Rechtsverletzung und eines Reputationsschadens, nicht gerechtfertigt werden. Hingegen kann es im Sinne der strategischen Zielsetzung und zur Umsetzung der aktualisierten Eigentümerstrategie legitim sein, in die Ausübung des Beurteilungsermessens, welche die Ausnahmetatbestände für freihändige Vergaben (Art. 7 Abs. 3 ÖBV) bieten, auch übergeordnete öffentliche Interessen, wie etwa die Stärkung der BEDAG und das Erreichen des Zielanteils an Kantonsaufträgen an ihrem Umsatz, einfließen zu lassen.

192 Zur Bezugspflicht vgl. auch Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 35 f. und 41.

193 Vgl. Gutachten MÜLLER/HUGENTOBLE, S. 35 ff.

194 Vgl. dazu oben Rz. 66 ff.

- 138 Alternativ zu prüfen wäre, ob im Bedag-Gesetz eine an die von der Finanzdirektion erwogene 5-jährige Umsetzungsfrist angelehnte besondere Übergangsregelung verankert werden kann und muss, welche – im Rahmen des übergeordneten Rechts – die Steigerung der Kantonsaufträge an die BEDAG während einer befristeten Zeit erleichtert. Zudem sollte eine gesetzliche Ausnahme geschaffen werden, welche die Anpassung der bestehenden Dauerverträge im RZ-Bereich im Sinne von Art. 22 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 17 OÖBV in Bezug auf die BEDAG derogiert.
- 139 Analog zu einer Gesetzesänderung gilt es auch bei der Änderung einer Verwaltungspraxis den Fragen beim Übergang vom alten zum angestrebten neuen Zustand Rechnung zu tragen. Solche Änderungen berühren hier wie dort die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz.¹⁹⁵ Im vorliegenden Fall sind nicht nur die Interessen der Verwaltung, sondern auch diejenigen der Bedag als eigenständiges, (formell) privatrechtliches Rechtssubjekt zu berücksichtigen und zu schützen. Es ist deshalb rechtlich geboten, einen geordneten Übergang sicherzustellen, was in der Gesetzgebung durch Erlass von Übergangsbestimmungen und der Einräumung von angemessenen Übergangsfristen geschieht, damit sich die Betroffenen auf den neuen Zustand einstellen und allenfalls dafür notwendige Dispositionen treffen können. Die Aktualisierung der Eigentümerstrategie kann dazu führen, dass andere Lieferantenbeziehung aufgegeben und die entsprechenden Leistungen neu bei der Bedag beschafft werden sollen oder umgekehrt unter Konkurrenz am Markt zu beschaffen, so gebieten es die rechtsstaatlichen Grundsätze sowie die Grundrechte, der Bedag bzw. den bisherigen Lieferanten eine Vorlauf- und Anpassungszeit einzuräumen.¹⁹⁶
- 140 Vor diesem Hintergrund und angesichts der eminenten öffentlichen Interessen, die auf dem Spiel stehen, kann die aktualisierte Strategie nicht überstürzt umgesetzt werden. Sollte sich der Regierungsrat für die durch die Gutachter angeregte Holding-Lösung verfolgen wollen, wären überdies weitere vertiefende Abklärungen nötig. Diese Arbeiten und die Strategieumsetzung benötigen deshalb weitere Zeit. Die von der Finanzdirektion anvisierte Übergangsfrist von fünf Jahren erscheint aus diesen Gründen eine zweckmässige und angemessene Übergangsfrist zu sein, gerade auch in Analogie zur Übergangsfrist betreffend Anpassung von Dauerverträgen gemäss Art. 17 OÖBV i.V.m. Art. 22 Abs. 3 OÖBV).

¹⁹⁵ Vgl. dazu allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 23 Rz. 14 ff. und § 24 Rz. 12 ff.

¹⁹⁶ Vgl. zur Anforderung der Ankündigung einer Praxisänderung: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 23 Rz. 16. Auch deshalb ist eine rasche Behebung allenfalls als beschaffungsrechtswidrig erkannte Zustände in der vorliegenden Situation nicht zulässig bzw. verhältnismässig.

VII. Ergebnisse und Empfehlungen

- 141 Zusammenfassend darf der Kanton Bern von der BEDAG nur dann ausserhalb eines Vergabeverfahrens nach ÖBG Leistungen direkt beziehen, wenn die auch von den schweizerischen Gerichten sowie der Vergaberechtslehre analog zur Rechtslage in der EU übernommenen respektive postulierten Voraussetzungen einer Quasi-Inhouse-Vergabe gegeben sind. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um das Kontroll- und das Tätigkeitskriterium. Letzteres verlangt, dass die BEDAG mindestens achtzig Prozent ihres Umsatzes mit Aufträgen des Kantons Bern, der auch die Kontrolle über sie hat, erzielen muss. Der Drittmarktanteil darf dagegen maximal zwanzig Prozent betragen, ansonsten ist kein vergaberechtsfreier Leistungsbezug bei der BEDAG mehr zulässig.
- 142 Der Kanton Bern übt derzeit aufgrund seiner Eigentümerstellung die alleinige Kontrolle über die BEDAG aus, womit das Kontrollkriterium offenkundig erfüllt ist. Nicht erfüllt ist hingegen zurzeit das Tätigkeitskriterium (d.h. die 80/20-Prozentregel). Die mit Drittkunden erzielten Umsätze überschreiten den zulässigen Umsatzanteil von maximal zwanzig Prozent. Der (gesamte) Leistungsbezug von der BEDAG muss daher im Rahmen des öffentlichen Beschaffungsrechts in der Regeln durch Ausschreibung und Zuschlag in einem offenen Vergabeverfahren erfolgen.
- 143 Die favorisierte Strategievariante «*Status quo optimiert*» soll vor allem der Bereinigung der beschaffungsrechtlichen Situation dienen; die Optimierung besteht in erster Linie darin, den Kantonsanteil am Umsatz der BEDAG auf die erforderlichen achtzig Prozent zu steigern. Dabei wird nicht zwischen dem RZ-Bereich und dem SW-Bereich unterschieden. Mit dem erwähnten Tätigkeitserfordernis setzt diese Variante aber auf einem volatilen Kriterium auf, für welches nur in der Retrospektive zuverlässig beurteilt werden kann, ob es eingehalten ist. Die Beschaffungsrechtskonformität von Direktaufträgen des Kantons an die BEDAG wäre letztlich den Zufälligkeiten der Auftragslage in einem Geschäftsjahr «ausgeliefert», wobei insbesondere das Drittkundengeschäft kaum gesteuert werden kann. Eine Garantie, dass die Quasi-Inhouse-Kriterien somit dauerhaft und stabil gewährleistet sind, besteht selbst dann nicht, wenn der Regierungsrat entsprechende Vorgaben zum IT-Leistungsbezug macht.
- 144 Auch bei einem *Zusammenschluss von BEDAG, Abraxas und VRSG* müsste der Leistungsbezug den (umsatzbezogenen) Anforderungen des Tätigkeitskriteriums für Quasi-Inhouse-Beschaffungen entsprechen. Die (geteilte) Kontrolle dürfte überdies in dieser Konstellation ebenfalls nur durch öffentliche Auftraggeber ausgeübt werden, ansonsten das Quasi-Inhouse-Privileg entfielen.
- 145 Mit dem *Totalverkauf der BEDAG* ginge die staatliche Kontrolle über die Gesellschaft verloren, sodass das Quasi-Inhouse-Privileg nicht mehr greifen


- würde und kantonale Aufträge inskünftig konsequent nach Massgabe der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts am Markt vergeben werden müssten. Das Gleiche gilt bei einem blossen *Teilverkauf des Bereichs SW-Entwicklung*. Für diesen Geschäftsbereich fiele die Vergaberechtsfreiheit dahin, während sich der in der BEDAG verbleibende RZ-Betrieb (weiterhin) an den Anforderungen der vergaberechtsfreien Quasi-Inhouse-Beschaffung messen lassen müsste.
- 146 Würde die BEDAG demgegenüber in die Kantonsverwaltung *reintegriert*, wäre der vergaberechtsfreie Bezug von IT-Leistungen zulässig («echte» Inhouse-Vergabe). Dies jedenfalls solange, als die leistungserbringende Amtsstelle (ehemals die BEDAG) ihre Leistungen nicht auch am Markt anbieten würde.
- 147 In Umsetzung des Beschlusses im Sinne der Strategievariante «Status quo optimiert» (aber auch der Variante «Zusammenschluss» und der Variante «Bereich Rechenzentrum behalten – Bereich Software verkaufen») müssten die bestehenden Stillhalteanordnungen in angepasster Form weitergeführt werden und wahrscheinlich durch eine eigentliche Bezugspflicht verstärkt werden, sodass der Kantonsanteil am Umsatz der BEDAG auf die erforderlichen achtzig Prozent ansteigt und/oder der Drittkundenanteil unter zwanzig Prozent sinkt. Angesichts der laufenden Überprüfung und allenfalls Neuausrichtung der Eigentümerstrategie des Kantons betreffend die BEDAG sowie auch angesichts der hohen Komplexität und Notwendigkeit, die sich stellenden Grundsatzfragen vor einer Richtungsentscheid umfassend zu klären, ist ein (zu) rascher Übergang zu einem Kantonsanteil von 80 Prozent am BEDAG-Umsatz nicht kurzfristig zu erreichen. In dieser Situation erscheint die Fortdauer der Stillhaltevorgaben während maximal fünf Jahren als Ergebnis einer Gesamtinteressenabwägung zweckmässig und angemessen.
- 148 Bis zum Erreichen des Umsatzziels müssten Direktaufträge an die BEDAG über ausnahmsweise zulässige Freihandvergaben gestützt auf Art. 7 Abs. 3 ÖBV begründet werden können oder andernfalls in einem ordentlichen Vergabeverfahren zugeschlagen werden (sofern BEDAG die wirtschaftlich günstigste Offerte unterbreitet hat). Ausserhalb des Beschaffungsrechts vergebene Direktaufträge wären jedoch in der Übergangsphase mit Beschwerde von Konkurrenten angreifbar, weil die Anforderungen der Quasi-Inhouse-Vergabe (noch) nicht erfüllt sind. Diese Beschwerderisiken können aus rein praktischen Gründen aber als gering beurteilt werden.
- 149 Um die grossen Nachteile einer Strategie zu vermeiden, welche auf das volatile und damit nicht punktgenau planbare Tätigkeitskriterium in Form des Anteils von Kantonsaufträgen am Umsatz der BEDAG abstellt, wird die Prüfung einer Holding-Struktur für die BEDAG empfohlen. Dabei würden die heutigen Geschäftsfelder RZ-Leistungen und SW-Entwicklung je in eine eigene Aktiengesellschaft unter einem Holdingdach aufgeteilt. Dies würde den Leistungsbezug auf eine stabilere Basis stellen und in beschaffungsrechtli-

cher Hinsicht zu grösserer Rechtssicherheit und Planbarkeit führen. Eine solche Holding-Lösung könnte auch ein Zwischenschritt darstellen, um allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt den SW-Bereich, der für den Kanton Bern nicht von der gleich grossen strategischen Bedeutung ist wie der RZ-Bereich, zu verkaufen. Folgefragen in der Umsetzung einer solchen Lösung müssten noch genauer geprüft und vertiefter abgeklärt werden.

VIII. Gesamtfazit

- 150 Die drei Gutachter sind schliesslich aus ihren je spezifischen fachlichen Blickwinkeln zum weitgehend selben Ergebnis gelangt. Danach steht auch für sie die vom Regierungsrat favorisierte Variante «Status quo optimiert» – allerdings eher in modifizierter Form (sog. Holding-Lösung) – für eine kurz- bis mittelfristige Umsetzung im Vordergrund. Dabei scheint es ihnen ratsam, die Optimierungsbemühungen nicht allein auf die Bewältigung der beschaffungsrechtlichen Schwierigkeiten zu beschränken. Insbesondere sollte im Rahmen der Aktualisierung bzw. Anpassung der Eigentümerstrategie auch eine Klärung des Rollenverständnisses der BEDAG als verwaltungsinternes Zentrum für Informatikdienstleistungen vorgenommen werden.
- 151 Aus beschaffungsrechtlicher und ökonomischer Sicht ist eine Optimierung i.S. einer dauerhaften Beschränkung des gesamten Drittmarktbereichs auf 20 Prozent des Umsatzes zwar denkbar. Die Umsetzung bedürfte jedoch einer konstanten Überprüfung des Drittmarktanteils, was nicht praktikabel erscheint. Entsprechend wäre die Bildung einer Holding zu prüfen, um den Softwarebereich dem Beschaffungsrecht unterstellen zu können und gleichzeitig die Rechenzentrumsleistungen an die BEDAG per vergaberechtsfreier Quasi-Inhouse-Vergabe zu ermöglichen. Die Eckwerte eines Holdingskonstrukts sind nach Auffassung der Gutachter im Rahmen einer separaten wirtschaftsrechtlichen Expertise zu klären.
- 152 Die Strategievarianten «Verkauf», «Reintegration in die Kantonsverwaltung» und «Zusammenschluss» werden aus den in den Gutachten dargelegten Gründen nicht empfohlen, obwohl auch sie grundsätzlich umsetzbar wären.

Bern, 19. März 2018


Dr. Christoph Jäger

IX. Literaturverzeichnis

BEYELER MARTIN, Revision BöB: Harmonie mit Nebengeräuschen, in: BR 2017, S. 145 ff. (zit. BEYELER, Revision BöB)

BEYELER MARTIN, Anmerkung zu Urteil des EuGH C-553/2015 vom 8. Dezember 2016, in: BR 2017, S. 240 ff. (zit. BEYELER, Urteilsanmerkung EuGH)

BEYELER MARTIN, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, in: Zufferey Jean-Baptiste und Stöckli Hubert (Hrsg.), Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Band 33 (zit. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015)

BEYELER MARTIN, Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten, in: Kriterium, Informationen zur Submissionspraxis, KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, Nr. 39 / Juni 2015 (zit. BEYELER, Inhouse & Co.)

BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch)

BEYELER MARTIN, In-house-Vergaben, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 20 ff. (zit. BEYELER, In-house-Vergaben)

BEYELER MARTIN, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 65 ff. (zit. BEYELER, objektiver Geltungsbereich)

DE KONINCK CONSTANT/PELZER WERNER/RONSE THIERRY, Europäisches Vergaberecht, 25 Jahre Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof, Wien 2009

EGGER ALEXANDER, Europäisches Vergaberecht, Wien 2007

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013

GAUCH PETER, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (eine Reprise), in: BR 2003, S. 3 ff.

JÄGER CHRISTOPH, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller Markus / Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 807 ff.

LEDUC PATRICK, Wesentliche Merkmale des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), in: BR 1/2017, S. 5 ff.

LIENHARD ANDREAS/ENGEL GERHARD/SCHMUTZ ANDREAS, Finanzverwaltungsrecht, in: Müller Markus / Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 873 ff.

MARTI ANDREAS, Privilegierte Beschaffungen über öffentlich-rechtliche Leistungserbringer – Inhouse-, Quasi-Inhouse- und Instate-Geschäfte, Baar 2016

OESCH MATTHIAS, Aussenwirtschaftsrecht, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 1261 ff.

POLEDNA TOMAS/DO CANTO PHILIPP, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Poledna Tomas/Jacobs Reto (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 71 ff.

SUTER STEFAN, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Dissertation Basel, Basel 2010

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014

URECH MARCEL, Neues Beschaffungswesen – es gibt noch viel zu tun, in: netzwoche, News zur IT-Beschaffungskonferenz in Bern vom 17. August 2017 (abrufbar unter: <http://www.netzwoche.ch/news/2017-08-17/neues-beschaffungswesen-es-gibt-noch-viel-zu-tun> [zuletzt besucht am 15. März 2018])

WEBER ADRIAN, Inhouse-Vergaben und Quasi-Inhouse-Vergaben, in: Newsletter Baurecht kompakt, Juni 2017, S. 6 ff.

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le champ d'application du droit des marchés publics, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 145 ff.

X. Materialienverzeichnis

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 (zit. RL 2014/24/EU)

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 (zit. RL 2014/25/EU)

Entwurf des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 15. Februar 2017 (zit. E-BöB)

Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 S. 1851 ff. (zit. Botschaft E-BöB)

Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV) vom November 2016 (abrufbar unter: <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> [zuletzt besucht am 15. März 2018]) (zit. Vernehmlassungsbericht E-BöB)

Entwurf des Bundesgesetzes über die Informationssicherheit beim Bund (Informationssicherheitsgesetz, ISG), BBl 2017 S. 3097 ff. (zit. E-ISG)

Botschaft zum Informationssicherheitsgesetz vom 22. Februar 2017, BBl. 2017 S. 2953 ff. (zit. Botschaft E-ISG)

Entwurf der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) des INÖB vom 18. September 2014 (zit. E-IVöB)

Erläuternder Bericht zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) des INÖB vom 18. September 2014 (zit. erläuternder Bericht zur E-IVöB)

Vernehmlassungsbericht vom 17. September 2015 zum Entwurf der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (abrufbar unter: <http://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/> [zuletzt besucht am 15. März 2018]) (zit. Vernehmlassungsbericht E-IVöB)

Geschäft Nr. 2016.RRGR.98: Unabhängige Informatik im Kanton Bern: Verkauf der Bedag Informatik AG (zit. Geschäft Nr. 2016.RRGR.98)

Geschäft Nr. 2016.RRGR.98: Unabhängige Informatik im Kanton Bern: Verkauf der Bedag Informatik AG: Antwort des Regierungsrats vom 15. Juni 2016 auf die Moti-

on «Unabhängige Informatik im Kanton Bern: Verkauf der Bedag Informatik AG»
(zit. Geschäft Nr. 2016.RRGR.98, Vorstossantwort Regierungsrat)

Geschäft Nr. 2016.RRGR.102: ICT-Strategie des Kantons Bern 2016 – 2020. Ge-
nehmigung (zit. Geschäft Nr. 2016.RRGR.102)

Geschäft Nr. 2016.KAIO.11124: Thomas Fischer, Aktennotiz Öffentliches Beschaf-
fungsrecht und die Bedag-Eigentümerstrategie (zit. Geschäft Nr. 2016.KAIO.11124)

Bericht und Empfehlung des Verwaltungsrates der BEDAG vom 12. Januar 2017 an
den Regierungsrat des Kantons Bern betreffend Aktualisierung der Eigentümerstra-
tegie Bedag (zit. VR-Bericht vom 12. Januar 2017)

Vertiefungsbericht des Verwaltungsrates der BEDAG vom 27. Juni 2017 an den Re-
gierungsrat des Kantons Bern betreffend Aktualisierung der Eigentümerstrategie
Bedag (zit. VR-Vertiefungsbericht vom 27. Juni 2017)