

# GEMEINSAME BESCHAFFUNGEN – MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN

*Martin Zobl*

*Martin Zobl* ist Partner bei Walder Wyss.

**Abstract:** *Gemeinsame Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber kommen immer häufiger vor – mit der zunehmenden Digitalisierung der Verwaltung vor allem auch im IT-Bereich. Sie können sowohl auftraggeber- als auch auftragnehmerseitig zu Effizienz- und somit Kostengewinnen führen und den Aufwand reduzieren. Allerdings bergen gemeinsame Beschaffungen, vor allem interkantonale und interföderative, viele Herausforderungen juristischer, projektplanerischer und finanzieller Art. Der vorliegende Artikel zeigt, welche gemeinsamen Beschaffungsformen es gibt und worauf öffentliche Auftraggeber besonders achten sollten.*

## INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung.....	156
Rechtsgrundlagen.....	157
Ausgestaltung.....	159
Bezugspflicht vs. optionale Bezüge.....	161
Transparenz im Aussenaufttritt .....	162
Regelung des Innenverhältnisses .....	163
Anwendbares Recht .....	163
Kartellrechtliche Schranken .....	165
Schluss.....	167
Literaturverzeichnis .....	168

## **EINLEITUNG**

Schliessen sich mehrere öffentliche Auftraggeber für eine Beschaffung zusammen, spricht man von gemeinsamen Beschaffungen. Gemeinsame Beschaffungen kommen in verschiedensten Bereichen vor. Zu denken ist etwa an den Einkauf einheitlicher IT-Lösungen durch Kantonsverwaltungen und Schulen, die interkommunale Beauftragung von Abfallentsorgungs- oder Altkleidersammelunternehmen oder die gemeinsame Bestellung von Rollmaterial durch Eisenbahnunternehmen. Eines der bekannteren Beispiele aus jüngerer Zeit bildet eOperations. Diese von der öffentlichen Hand gehaltene Organisation ist u.a. zuständig für die zentrale Beschaffung von Telekommunikations- und Informatiklösungen für öffentliche Auftraggeber.<sup>1</sup>

Potenzial und Vorteile gemeinsamer Beschaffungen liegen auf der Hand (vgl. auch Pfändler & Koch, 2023). Sie bestehen insbesondere in der Nachfragebündelung, die im Vergleich zu individuellen Beschaffungen einzelner Auftraggeber vorteilhaftere Konditionen und insgesamt Effizienzgewinne erwarten lässt. Zudem versprechen gut geplante gemeinsame Beschaffungen eine Aufwandreduktion sowohl im Vergabeprozess als auch im Vertragshandling. Idealerweise profitieren die beteiligten Auftraggeber gegenseitig von der vorhandenen Expertise, etwa wenn es um die Ausarbeitung des Pflichtenhefts geht. Nicht selten sind gemeinsame Beschaffungen vom Wunsch nach einem gemeinsamen Anbieter bzw. Produkt getragen, z.B. mit Blick auf eine über die Beschaffung hinausgehende Zusammenarbeit oder die Systemkompatibilität im Rahmen des Informationsaustauschs.

Trotz dieser und weiterer Vorteile wird das Instrument der gemeinsamen Beschaffung immer noch eher selten genutzt. Mögliche Gründe mögen im Initial- und Koordinationsaufwand solcher Projekte sowie im Wunsch nach einer individuellen, auf die spezifischen Bedürfnisse des Auftraggebers zugeschnittenen Leistung liegen. Zuweilen ist auch ein gewisses «Konkurrenzdenken» der beteiligten Auftraggeber zu beobachten, gerade

---

<sup>1</sup> Vgl. die Informationen unter <https://www.eoperations.ch/eoperations-schweiz/mission-organisation/>. Weitere nennenswerte Institutionen im Kontext gemeinsamer Digitalisierungsvorhaben sind der Verein Schweizerische Städte- und Gemeindefinformatik (SSGI), der u.a. Beschaffungsvorhaben für Schweizer Städte und Gemeinden durchführt, und der Verein OneGov.ch, einem Zusammenschluss von Kantonen, Gemeinden und Fachpartnern im Bereich E-Government.

wenn es sich um dezentrale Verwaltungsträger oder private Organisationen handelt (z.B. Sektorunternehmen gem. Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] oder private Träger öffentlicher Aufgaben gem. Art. 4 Abs. 4 IVöB). Nicht zuletzt dürften mangelnde Erfahrung und Rechtsunsicherheiten im Umgang mit gemeinsamen Beschaffungen öffentliche Auftraggeber davon abhalten, zu diesem vielversprechenden Mittel zu greifen.

In diesem Beitrag werden die (vergaberechtlichen) Möglichkeiten und Grenzen gemeinsamer Beschaffungen beleuchtet.

## RECHTSGRUNDLAGEN

Zulässigkeit und Modalitäten von gemeinsamen Beschaffungen sind im internationalen Recht (WTO-Recht und bilaterales Abkommen zwischen der Schweiz und der EU)<sup>2</sup> gar nicht und auf Stufe Bund (im BöB) und Kantone (in der IVöB) nur punktuell geregelt. BöB und IVöB enthalten in Art. 5 Abs. 1 und 2 Bestimmungen zum anwendbaren Recht, falls sich Auftraggeber auf Stufe Bund und Kanton oder Auftraggeber unterschiedlicher Kantone an einer Beschaffung beteiligen (siehe dazu auch Kapitel 7). Gesetz- und Konkordatsgeber gehen somit von der grundsätzlichen Zulässigkeit gemeinsamer Beschaffungen aus, haben jedoch im Sinne der gesetzgeberischen Tradition der Schweiz darauf verzichtet, eine detaillierte Regelung dieses Instruments zu erlassen. Da zudem kaum einschlägige Gerichtspraxis zu verzeichnen ist, sind gemeinsame Beschaffungen mit gewissen Rechtsunsicherheiten behaftet, die gleichzeitig Handlungsspielräume eröffnen.

Immerhin normiert die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB) zentrale Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen für die zentrale Bundesverwaltung sowie gewisse dezentrale Verwal-

---

<sup>2</sup> Gemeint sind insbesondere das revidierte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) und das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BilatAbk CH-EU).

tungseinheiten (gem. Art. 1 Abs. 2 Org-VöB).<sup>3</sup> Die Kantone kennen analoge Regelungen für zentrale Beschaffungen ihrer Verwaltungen. Diese Regelwerke können Anhaltspunkte für gemeinsame Beschaffungen auch ausserhalb ihres Anwendungsbereichs bieten.

Beachtenswert ist der Leitfaden für interkantonale Submissionen der Zentralschweizer Baudirektorenkonferenz, ZBDK (Leitfaden ZBDK, 2006). Wie der Name sagt, handelt es sich um unverbindliche Empfehlungen für öffentliche Auftraggeber der Zentralschweizer Kantone. Zwar stammt der Leitfaden aus dem Jahr 2006 und bezog sich insofern auf die frühere IVöB 1994/2001. Und gleich wie die heutige gesetzliche Regelung in Art. 5 BöB/IVöB behandelt der Leitfaden schwergewichtig die Frage des anwendbaren Rechts. Gleichzeitig enthält er jedoch in einem «Praktischen Teil» wertvolle allgemeine Hinweise rund um interkantonale (und damit gemeinsame) Submissionen, etwa zum Ablauf solcher Beschaffungen, den Mitwirkungsmöglichkeiten der beteiligten Auftraggeber und zur Transparenz gegenüber den Anbietern.

Im Vergleich zum schweizerischen Recht sind gemeinsame Beschaffungen im europäischen Recht etwas ausführlicher geregelt. Art. 37 ff. der sog. klassischen Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU) unterscheiden zwischen Beschaffungstätigkeiten zentraler Beschaffungsstellen, der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe öffentlicher Auftraggeber und der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten.<sup>4</sup> Diese letztgenannte Möglichkeit der grenzüberschreitenden bzw. internationalen Submission ist im schweizerischen Recht bislang nicht (explizit) vorgesehen. Im Rahmen der Vergaberechtsrevision wurde es verpasst, eine entsprechende Regelung einzuführen.

Mangels detaillierter gesetzlicher Vorschriften kommt bei gemeinsamen Vergaben den allgemeinen verwaltungs- und vergaberechtlichen Grundsätzen eine besondere Bedeutung zu. Eine vorrangige Rolle spielen die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieter. Weitere Pflichten können sich aus dem Willkürverbot und dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben. So sind den Anbietern etwa der Verfahrensablauf (z.B. Genehmigungsvorbehalte) und die Zuständigkeiten der beteiligten

---

<sup>3</sup> Die Beschaffung von Bauleistungen richtet sich nach der Verordnung vom 5. Dezember 2008 über das Immobilienmanagement und der Logistik des Bundes (VILB); vgl. Art. 1 Abs. 3 Org-VöB.

<sup>4</sup> Vgl. auch §4 der deutschen Vergabeverordnung (gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe; zentrale Beschaffung).

Auftraggeber genauso wie das resultierende Vertragskonstrukt (Mehrparteienvertrag, Rahmenvertrag mit Abrufmöglichkeit der beteiligten Auftraggeber etc.) transparent zu kommunizieren (siehe auch nachfolgend, Kapitel 5).

## AUSGESTALTUNG

Die rechtskonforme Konzeption und Abwicklung gemeinsamer Beschaffungen liegen in der Verantwortung der jeweiligen öffentlichen Auftraggeber. Sie verfügen dabei trotz und gerade wegen der bloss rudimentären gesetzlichen Regelung über viel Gestaltungsspielraum. Insbesondere besteht keine vorgegebene Typologie zulässiger Kooperationsformen. Gemeinsame Beschaffungen sind möglich zwischen Auftraggebern unterschiedlicher Staatsebenen (Gemeinden, Kantone, Bund; sog. interföderative Beschaffungen). Auch spricht aus vergaberechtlicher Sicht nichts Grundsätzliches gegen gemeinsame Vergaben von zentralen Verwaltungsbehörden und dezentralen Verwaltungsträgern mit eigener Rechtspersönlichkeit (z.B. Aufsichtsorgane, Stiftungen, Hochschulen oder Forschungsinstitute), genauso wenig wie gegen Kooperationen zwischen Sektorenauftraggebern oder anderen privatrechtlichen Organisationen, die dem Beschaffungsrecht unterstellt sind (z.B. Listenspitäler). Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Regelungen und kartellrechtliche Schranken (siehe zu Letzterem, Kapitel 8, Kartellrechtliche Schranken).

Auf organisatorischer Ebene lassen sich zwei Grundmodelle unterscheiden (vgl. auch Lutz, 2014, S.2):

Bei einer spontanen gemeinsamen Beschaffung schliessen sich mehrere Auftraggeber (in der Regel *ad hoc*) zusammen, um einen gemeinsamen Bedarf zu decken. Definiert wird ein sog. federführender Auftraggeber, welcher die Beschaffung als Beschaffungsstelle im Namen und Auftrag der anderen Auftraggeber und insofern als deren (direkter) Stellvertreter abwickelt. Der Zuschlag wird im Namen der beteiligten Auftraggeber erteilt und der daraus resultierende Vertrag wird zwischen dem Anbieter und allen beteiligten Auftraggebern abgeschlossen. Angesichts der gemeinsamen Beschaffungstätigkeit erscheint es als konsequent, diesen Vertrag als multilateralen Vertrag (Mehrparteienvertrag) auszugestalten. Allerdings spricht nach meinem Dafürhalten auch nichts dagegen, dass jeder beteiligte Auftraggeber einen eigenen Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger

abschliesst, solange dies im Rahmen der Ausschreibung transparent kommuniziert wird und so der Aufwand für die Anbieter vorherseh- und kalkulierbar ist.<sup>5</sup>

Ein alternatives Modell besteht in der gemeinsamen Beschaffung über eine zentrale bzw. gemeinsame Beschaffungsstelle, die etwa als Verein oder Aktiengesellschaft ausgestaltet wird. Die zentrale Beschaffungsstelle ist in dem Sinne institutionalisiert, als es zu ihren vertraglich definierten Aufgaben gehört, regelmässig Beschaffungen für (andere) öffentliche Auftraggeber abzuwickeln.<sup>6</sup> Typischerweise tritt die zentrale Beschaffungsstelle als indirekte Stellvertreterin der beteiligten Auftraggeber auf, was bedeutet, dass sie in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung handelt.<sup>7</sup> In dieser Funktion schliesst sie mit den Zuschlagsempfängerinnen Rahmenverträge ab, die idealerweise so ausgestaltet sind, dass alle Auftraggeber im Bedarfsfall Bezugs- bzw. Einzelverträge direkt mit den Zuschlagsempfängerinnen abschliessen können, ohne den Umweg über die zentrale Beschaffungsstelle nehmen zu müssen. Diesem Modell folgt etwa die eingangs erwähnte Organisation eOperations: Unter den von eOperations abgeschlossenen Rahmenverträgen können die Bedarfsträger direkt Leistungen abrufen.

Um *keine* gemeinsame Beschaffung im hier verstandenen Sinn handelt es sich bei einer Vergabe mehrerer Bedarfsträger innerhalb derselben juristischen Person über eine zentrale Beschaffungsstelle. Dies ist z.B. der Fall, wenn Bundesämter gemeinsame Beschaffungen über eine der vier zentralen Beschaffungsstellen (z.B. Bundesamt für Bauten und Logistik [BBL]) gemäss Org-VöB abwickeln. Bei Lichte betrachtet handelt hier nämlich ein- und derselbe Rechtsträger, die Schweizerische Eidgenossenschaft. Dies gilt sowohl für den Beschaffungsprozess selbst als auch den Vertragsschluss, bei welchem immer die Schweizerische Eidgenossenschaft (handelnd durch eine Bundesbehörde) Auftraggeberin ist.

---

<sup>5</sup> Anders wohl Leitfaden ZBDK, Abschnitt C 1.2.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 2 Ziff. 16 RL 2014/24/EU, der zentrale Beschaffungsstellen definiert «als öffentliche[r] Auftraggeber, der zentrale Beschaffungstätigkeiten und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten ausübt.»

<sup>7</sup> Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass die zentrale Beschaffungsstelle selbst als Bedarfsträgerin fungiert, d.h. (auch) für eigene Zwecke beschafft.

## BEZUGSPFLICHT VS. OPTIONALE BEZÜGE

Öffentliche Auftraggeber haben regelmässig ein Interesse an grösstmöglicher Flexibilität beim Leistungsbezug. Zudem ist das Beschaffungsvolumen umso schwieriger zu bestimmen, je grösser der Kreis der beteiligten Auftraggeber ist. Für die Anbieter stehen demgegenüber die Planungs- und Kalkulationssicherheit im Vordergrund, weshalb ihnen an einer möglichst präzisen Leistungsbeschreibung auch in quantitativer Hinsicht gelegen ist. Von diesem Dilemma sind gemeinsame Beschaffungen regelmässig geprägt.

Es entspricht der Vergabepaxis und wird in der Lehre mehrheitlich anerkannt, dass Rahmenverträge ohne (Mindest-)Bezugspflicht der Auftraggeber ausgeschrieben werden dürfen (BEYELER, 2012, Rz. 2927; CORDEY, 2021, S. 362. ff.; Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021, E.5.4.3). Der Bundesrat hat in der Botschaft zum revidierten BöB ebenfalls auf diese Möglichkeit hingewiesen (vgl. Botschaft BöB, S. 1936 zu Art. 25 Abs. 1 BöB). Auch eine Exklusivitätszusage der beteiligten Auftraggeber gegenüber der Zuschlagsempfängerin stellt nach der hier vertretenen Meinung keine zwingende Anforderung dar, solange die fehlende Exklusivität transparent ausgewiesen wird (anderer Meinung Lutz, 2014, S.2).

Trotz dieser Freiheiten gebieten es die vergaberechtlichen Grundprinzipien des Wettbewerbs und der Transparenz, dass eine Ausschreibung auf einem konkreten Bedarf beruht, der gewissenhaft geschätzt und gegenüber den Anbietern kommuniziert wird. Vergabeverfahren dienen nach gesetzlicher Konzeption der spezifischen Bedarfsdeckung, nicht der Aushandlung abstrakter Konditionen im Sinne von reinen «terms and conditions». Um den Anbietern eine seriöse Angebotserstellung zu ermöglichen und die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung zu fördern, ist für jede Ausschreibung zu prüfen, ob den Anbietern wenigstens ein verbindliches Mindestvolumen («Grund- bzw. Sockelleistung» bzw. Fixum) zugesichert werden kann. Dies verschafft ihnen eine gewisse Planungssicherheit und ermutigt sie, wirtschaftliche Konditionen anzubieten. Allerdings bedingt dies eine vorgängige Verständigung der beteiligten Auftraggeber über die Verteilung dieser Grundleistung. Wird auf eine Mindestbezugsmenge verzichtet, empfiehlt sich zumindest eine Rabattstaffelung (schrittweise Preisreduktion bei zunehmendem Volumen).

## TRANSPARENZ IM AUSSENAUFTRITT

Bei gemeinsamen Beschaffungen ist dem Transparenzgrundsatz besondere Beachtung zu schenken. Für Anbieter macht es aus naheliegenden Gründen einen grossen Unterschied, ob sie für einen, zwei oder mehrere Auftraggeber anbieten. Bei der Offertstellung ist es wichtig zu wissen, wer die zukünftigen Vertragspartner und Bedarfsstellen sind bzw. wer Leistungen nach welchen verfahrensrechtlichen Modalitäten abrufen kann. Nebst dem Transparenzgrundsatz gebietet die Pflicht zur vollständigen und klaren Leistungsbeschreibung die Bekanntgabe aller leistungsrelevanten Aspekte, wozu auch die Identität der zukünftigen Vertragspartner gehört. Auch das europäische Vergaberecht ist in dieser Hinsicht streng und sieht vor, dass die Parteien einer Rahmenvereinbarung beim Vertragsschluss eindeutig identifizierbar sind.<sup>8</sup>

Der Kreis und die Rolle der (potenziell) beteiligten Auftraggeber müssen daher vor jeder Beschaffung geklärt und den Anbietern in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden. Insbesondere muss definiert sein, wer federführende Vergabestelle bzw. zentrale Beschaffungsstelle, wer zukünftiger Vertragspartner und wer Leistungsbezüger (Bedarfsträger) ist. Der nachträgliche Beitritt von im Ausschreibungszeitpunkt unbekanntem Auftraggebern lässt sich mit den erwähnten Grundsätzen kaum vereinbaren.<sup>9</sup>

Gleich wie bei «gewöhnlichen» Beschaffungen sind im Ausschreibungszeitpunkt das (maximale) Auftragsvolumen, eine allfällige Mindestbezugspflicht sowie ggf. eine Rabattstaffelung anzugeben. Beteiligen sich Auftraggeber aus mehreren Kantonen bzw. unterschiedlicher Staatsebenen an einer Beschaffung, ist im Falle einer Rechtswahl nach Art. 5 Abs. 2 BöB/IVöB auf das anwendbare Recht hinzuweisen (siehe auch Kapitel 7, Anwendbares Recht). Nicht zu vergessen sind schliesslich weitere Besonderheiten gemeinsamer Beschaffungen wie etwa allfällige Genehmigungsvorbehalte, Erfüllungsorte sowie Bezugs- und Abrufmodalitäten bei Rahmenverträgen.

---

<sup>8</sup> Dies kann entweder durch namentliche Nennung oder durch andere Mittel geschehen, wie beispielsweise eine Bezugnahme auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Auftraggebern innerhalb eines klar abgegrenzten geografischen Gebiets. Vgl. Art. 33 Abs. 2 und E. 60 RL 2014/24/EU.

<sup>9</sup> Vgl. zum europäischen Vergaberecht KLINKMÜLLER, S. 40 m.H. auf VK Düsseldorf Beschluss vom 23.05.2008. VK-07/2008-L.

## **REGELUNG DES INNENVERHÄLTNISSES**

So wichtig die Kommunikation im Aussenverhältnis, so entscheidend die Organisation und Regelung des Innenverhältnisses zwischen den beteiligten Auftraggebern. Basis einer erfolgreichen gemeinsamen Beschaffung bildet die sorgfältige Projektplanung, welche die Kompetenzen verteilt und die wichtigsten Verfahrensschritte regelt. Es wird daher dringend empfohlen, das Verhältnis zwischen den beteiligten Auftraggebern und die Eckpfeiler des Projekts im Rahmen eines Kooperationsvertrags zu regeln. Vertragsstruktur und -inhalt sowie Regelungsdichte hängen von Natur und Komplexitätsgrad der Beschaffung sowie von den Beteiligten ab.

Punkte, über die sich die Vertragspartner im Innenverhältnis verständigen sollten, umfassen u.a. den Ausschreibungsgegenstand, die Eckdaten des Beschaffungsverfahrens (Verfahrensart, Zeitplan, Abrufmodalitäten etc.) sowie des abzuschliessenden Auftrags (idealerweise einen Vertragsentwurf), die Kompetenzverteilung bzw. die Rechte und Pflichten der beteiligten Auftraggeber inkl. Informations- und Auskunftsrechte, die Bevollmächtigung der federführenden Vergabestelle bzw. zentralen Beschaffungsstelle zur Durchführung des Verfahrens und ggf. zum Vertragsschluss sowie das Entgelt für deren Leistungen.

Bei längerfristigen Kooperationen, die auf regelmässige gemeinsame Beschaffungen über eine zentrale Beschaffungsstelle abzielen (siehe dazu auch Kapitel 3), bietet es sich an, die Grundzüge der Zusammenarbeit in einem Rahmen- bzw. Dachvertrag zu regeln. Dieser Dachvertrag bildet die Grundlage für die Durchführung einzelner Beschaffungsprojekte, deren Modalitäten in Einzelverträgen spezifiziert werden.

## **ANWENDBARES RECHT**

Eine weitere wesentliche Frage bei gemeinsamen Beschaffungen betrifft das anwendbare Recht. Diese Frage stellt sich immer dann, wenn Auftraggeber aus unterschiedlichen Kantonen oder unterschiedlicher föderativer Stufen miteinander kooperieren. Art. 5

Abs. 1 und 2 BöB bzw. Art. 5 Abs. 1 bis 3 IVöB regeln diese sog. Kollisionssachverhalte (Aufeinandertreffen verschiedener Rechtsordnungen) in detaillierter Weise.<sup>10</sup>

Die Bestimmung des auf eine konkrete Beschaffung anwendbaren Rechts bleibt trotz der mit der Vergaberechtsrevision erfolgten schweizweiten Harmonisierung von Bedeutung. Denn zum einen handelt es sich um eine zwar weitgehende, jedoch nicht vollständige Harmonisierung: Nach wie vor bestehen gewisse Unterschiede nicht nur zwischen dem (für Bundesvergaben geltenden) BöB und der (auf kantonale Vergaben anwendbaren) IVöB, sondern auch zwischen den Ausführungserlassen der 26 Kantone, d.h. den kantonalen Beitrittsgesetzen und Submissionsverordnungen. Diese Unterschiede umfassen etwa die Teilnahmebedingungen, die Zuschlagskriterien oder die Ausnahmen i.S.v Art. 10 IVöB (vgl. auch die in Art. 63 Abs. 4 erwähnten Restzuständigkeiten der Kantone).

Zum anderen kommt in Beschaffungsverfahren subsidiär zum Vergaberecht immer das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht zur Anwendung, d.h. bei Bundesvergaben insbesondere das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)<sup>11</sup> und bei kantonalen Vergaben das entsprechende Verwaltungsrechtspflegegesetz. Dies gilt nicht nur für das (erstinstanzliche) Verfügungs- bzw. Beschaffungsverfahren selbst, sondern auch und umso mehr für das verwaltungsgerichtliche Rechtsmittelverfahren. Denn der Rechtsweg und damit die zuständige Beschwerdeinstanz hängen vom anwendbaren Recht ab. Untersteht eine Beschaffung dem BöB, ist das Bundesverwaltungsgericht als erste Rechtsmittelinstanz zuständig, während Beschwerden gegen kantonalrechtliche Vergaben in der Regel an das zuständige kantonale Verwaltungsgericht zu erheben sind (Art. 52 Abs. 1 BöB und IVöB).

Ungeachtet der gesetzlichen Regelung der «Kollisionssachverhalte» enthält das revidierte Vergaberecht eine ausdrückliche Rechtswahlklausel (Art. 5 Abs. 2 BöB und Art. 5 Abs. 3 IVöB) für interkantonale oder interföderative Vergaben. Danach sind die Auftraggeber

---

<sup>10</sup> Art. 5 Abs. 5 IVöB, wonach eine Beschaffung «durch eine gemeinsame Trägerschaft» dem Recht am Sitz der Trägerschaft untersteht, ist nach meinem Dafürhalten für die meisten Konstellationen gemeinsamer Beschaffungen nicht anwendbar.

<sup>11</sup> Im Bund kommt etwa kraft des Verweises von Art. 55 BöB das VwVG zur Anwendung, in den Kantonen nach Massgabe von Art. 55 IVöB die kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege.

im gegenseitigen Einvernehmen befugt, eine gemeinsame Beschaffung dem Recht eines beteiligten Auftraggebers zu unterstellen. Bei dieser Entscheidung kommt ihnen ein Auswahlermessen zu, in welches die (Verwaltungs-)Gerichte unter Vorbehalt des Willkürverbots bzw. missbräuchlicher Ermessensausübung nicht eingreifen können (Art. 56 Abs. 3 BöB und Art. 56 Abs. 4 IVöB). Immerhin ist Auftraggebern bei wiederholten gemeinsamen Beschaffungen zu empfehlen, aus Gründen der Rechtssicherheit das anwendbare Recht dauerhaft statt bei jeder Beschaffung neu zu bestimmen. Zudem ist den Anbietern eine allfällige Rechtswahl zu kommunizieren (vgl. auch vorne, Ziff. 5).

Wählen die beteiligten Auftraggeber das anwendbare Recht nicht oder können sie sich dazu nicht verständigen, greifen die Kollisionsregeln von Art. 5 Abs. 1 BöB bzw. Art. 5 Abs. 1 und 2 IVöB. Dabei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Bei einer interföderativen Vergabe (Beteiligung Bundes- und kantonalen Vergabestellen), ist entscheidend, ob der Bund einen Finanzierungsanteil von mindestens 50 % trägt. Ist dies der Fall, untersteht die Beschaffung dem BöB. In allen anderen Fällen, d.h. bei interföderativen Vergaben mit einem Bundesanteil kleiner als 50 % oder bei reinen (inter-)kantonalen Vergaben, kommt die IVöB zur Anwendung. In Ergänzung zur IVöB greift das Ausführungs- und Verfahrensrecht desjenigen Kantons, welcher den grössten Finanzierungsanteil trägt (Art. 5 Abs. 2 IVöB).

## **KARTELLRECHTLICHE SCHRANKEN**

Schliessen sich öffentliche Auftraggeber für eine gemeinsame Beschaffung zusammen, kann dies kartellrechtlich relevant sein. Die Thematik ist komplex und kann hier nur in den Grundzügen umrissen werden.

Das Kartellgesetz (KG) ist subjektiv anwendbar auf unternehmerische Tätigkeiten. Es gilt der weite, sog. funktionale Unternehmensbegriff (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Er erfasst auch unternehmerische Aktivitäten staatlicher oder staatsnaher Behörden. Dies bedeutet, dass auch Einheiten der dezentralen (z.B. Staatsunternehmen) und der zentralen Verwaltung (der «Staat» an sich) in den persönlichen Geltungsbereich fallen können, wenn sie unternehmerische Tätigkeiten entfalten (vgl. bereits Art. 2 Abs. 1 KG: «Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts»; ferner Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup>: «...unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform», vgl. hierzu auch eingehend AMSTUTZ & CARRON, 2021,

N. 62 ff., insb. N.134 mit Nachweisen). Vom KG regelmässig erfasst werden insbesondere (aber nicht nur) Sektorenauftraggeber (i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. a BÖB/ IVöB), genauso wie gewisse Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Art. 4 Abs. 1 IVöB) und private Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben (Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB).

Soweit das KG subjektiv anwendbar ist, können gemeinsame Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber den Effekt einer Einkaufsgemeinschaft (EKG) zeitigen. EKG unter Konkurrenten, die sich auf die Festsetzung von Einkaufspreisen auswirken, können Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, eventuell sogar bezwecken<sup>12</sup>. Dies muss jeweils im Einzelfall abgeklärt werden; die Risiken sind indessen angesichts der WEKO-Praxis gross, dass EKG als Wettbewerbsabreden betrachtet werden. Denn aus beispielsweise fünf Einkäufern in einem konkreten Beschaffungsfall wird über eine EKG ein einziger Nachfrager. Stellt eine EKG eine Wettbewerbsabrede dar, so handelt es sich um horizontale Abreden über Preise und Preisbestandteile (der Einkaufspreis ist Preisbestandteil), die gemäss gesetzlicher Vermutung den Wettbewerb beseitigen (Art. 5 Abs. 3 KG). Diese gesetzliche Vermutung lässt sich oftmals widerlegen, da weitere Auftraggeber sowie Private für Nachfrage-Restwettbewerb sorgen.

Selbst wenn die Vermutungsfolge beseitigt werden kann, verbleibt gemäss Bundesgericht regelmässig eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG). Um kartellrechtlich zulässig zu sein, muss sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 2 KG). In Frage kommen hier u.a. das Bilden von Gegenmacht gegenüber einer starken Anbieterseite oder effizientere Ressourcennutzung bzw. effizientere Beschaffungsverfahren seitens der involvierten öffentlichen Auftraggeber. Ob der Effizienzbeweis gelingt, hängt wiederum stark vom Einzelfall ab. Die Praxis der WEKO zu den Rechtfertigungsgründen ist streng.

Wichtig ist, dass die kartellrechtliche Beurteilung anhand des konkreten Beschaffungsgeschäfts frühzeitig erfolgt, insbesondere bevor das gemeinsame Beschaffungsverfahren

---

<sup>12</sup> Die Entscheidungspraxis der WEKO und die Beratungspraxis ihres Sekretariats sind einerseits nicht widerspruchsfrei und lassen andererseits grosse Interpretationsfreiräume offen. Es müssen im Einzelfall eine Vielzahl von Faktoren berücksichtigt werden, was komplexe Abklärungen erfordert; hierauf kann im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden.

eingeleitet wird. Zu bestimmen ist dabei u.a. der exakte Beschaffungsgegenstand. Entscheidend ist in einem ersten Schritt eine kartellrechtliche Marktanalyse zur Abgrenzung des sachlichen und räumlichen Markts - aus Sicht der Auftraggeber als Nachfrager (Beschaffungsmarkt) sowie aus Sicht der potenziellen Anbieter, die sich um diese Aufträge bewerben könnten (Absatzmarkt). Weitere Faktoren sind der kombinierte Marktanteil der an einem Projekt beteiligten Auftraggeber, die Eigenschaften der Marktgegenseite (d.h. Anbieterseite) etc.

## SCHLUSS

Gemeinsame Beschaffungen bergen viel ungenutztes Potenzial. Zu den Vorteilen gehören die Nachfragebündelung und damit potenziell bessere Konditionen sowie Effizienzgewinne im Vergabeprozess. Trotzdem kommen gemeinsame Beschaffungen immer noch eher selten vor.

Im schweizerischen Beschaffungsrecht sind gemeinsame Beschaffungen nur punktuell geregelt. Angesichts dessen und mangels einschlägiger Gerichtspraxis bleiben sie mit Rechtsunsicherheiten behaftet. Gleichzeitig verfügen öffentliche Auftraggeber dadurch über viel Gestaltungsspielraum, den es unter Beachtung allgemeiner vergabe- und verwaltungsrechtlicher Grundsätze zu nutzen gilt.

Zwei Grundtypen haben sich etabliert: Bei spontanen gemeinsamen Beschaffungen schliessen sich Auftraggeber *ad hoc* zusammen, um einen gemeinsamen Bedarf zu decken. In diesem Modell führt in der Regel ein federführender Auftraggeber die Beschaffung im Namen und Auftrag aller beteiligten Auftraggeber durch. Alternativ kann bei längerfristigen, institutionalisierten Kooperationen eine zentrale bzw. gemeinsame Beschaffungsstelle errichtet werden (z.B. in Form eines Vereins oder einer Aktiengesellschaft), wie es etwa bei der Organisation eOperations der Fall ist.

Während öffentliche Auftraggeber regelmässig Flexibilität beim Leistungsbezug anstreben, ist aus Anbietersicht eine präzise Leistungsbeschreibung entscheidend. Das Vergaberecht erfordert auch bei gemeinsamen Beschaffungen eine vorgängige Bedarfsermittlung, dient ein Vergabeverfahren doch der spezifischen Bedarfsdeckung, auch ohne

Exklusivitätszusage. Es empfiehlt sich, Anbietern ein verbindliches Mindestvolumen zu bieten oder eine Rabattstaffelung vorzusehen.

Bei gemeinsamen Beschaffungen kommt der Einhaltung des Transparenzgrundsatzes eine grosse Bedeutung zu. Für Anbieter ist bei der Offertstellung wesentlich, ob sie für einen oder mehrere Auftraggeber anbieten und wer ihre zukünftigen Vertragspartner und Bedarfsstellen sind. Diese sollten im Angebotszeitpunkt zumindest identifizierbar sein. Ebenso wichtig ist die sorgfältige Regelung des Innenverhältnisses zwischen den beteiligten Auftraggebern. Vertraglich festgehalten werden sollten u.a. die Eckpfeiler des Beschaffungsprojekts, Zuständigkeiten sowie wesentliche Verfahrensschritte.

Bei interkantonalen und interföderativen Vergaben stellt sich sodann die Frage nach dem anwendbaren Recht. Die Frage ist nicht nur für das (erstinstanzliche) Beschaffungsverfahren selbst relevant, sondern auch für den Rechtsweg im Beschwerdefall. Das revidierte Vergaberecht enthält für interkantonale und -föderative Beschaffungen eine Rechtswahlklausel, welche die Bestimmung des anwendbaren Rechts in das Ermessen der beteiligten Auftraggeber stellt. Subsidiär (bei fehlender Regelung) kommen die gesetzlichen Bestimmungen zum Tragen, die im Wesentlichen darauf abstellen, welches Gemeinwesen den grössten Finanzierungsanteil trägt.

Nicht zu vergessen sind schliesslich kartellrechtliche Aspekte, da gemeinsame Beschaffungen den Effekt einer Einkaufsgemeinschaft haben, die als Wettbewerbsbeschränkung gilt. Unter Umständen muss der Nachweis erbracht werden, dass die Zusammenarbeit aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Die kartellrechtliche Beurteilung sollte stets anhand des konkreten Beschaffungsgeschäfts erfolgen.

## LITERATURVERZEICHNIS

AMSTUTZ, M. & CARRON, B. (2021). Artikel 2 KG. In Amstutz, M. & Reinert, M. (Hrsg.), *BSK Kartellrecht* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. (15. Februar 2017). BBl 2017 1851. (Zit.: Botschaft BöB).

GEHRER, C. (2020). Rahmenverträge. In J. Zufferey, B. Beyeler, & P. Scherler (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2020* (S. 351 – S.367). Zürich: Schulthess.

LUTZ, D. (2014, Januar). *Wenn Gemeinden oder Kantone zusammen einkaufen*. Kriterium, 36. Kriterium Nr. 36 (Wenn Gemeinden oder Kantone zusammen einkaufen) (zh.ch)

PFÄNDLER, S. & KOCH, R. (2023, 23. November). *Gemeinsam beschaffen, gemeinsam Digitalisieren. Innovative Beschaffungsmodelle im Bereich Digitalisierung und darüber hinaus*. Praxisstudie BFH in Partnerschaft mit OneGov.ch. [https://www.bfh.ch/dam/jcr:d6263f2e-4280-40a6-88ce-3cfc6550e246/20231115\\_Web\\_BFH\\_Broschuere\\_A4.pdf](https://www.bfh.ch/dam/jcr:d6263f2e-4280-40a6-88ce-3cfc6550e246/20231115_Web_BFH_Broschuere_A4.pdf)

Zentralschweizer Regierungskonferenz (ZBDK). (2006, 7. Juli). *Leitfaden für Interkantonale Submissionen*. [www.zrk.ch/dateimanager/lf-ik-subm.pdf](http://www.zrk.ch/dateimanager/lf-ik-subm.pdf)

