

# Zur Frage des Drittumsatzes bei internen Vergaben

Das BGer äussert sich zum ersten Mal zum Quasi-inhouse- und zum Instate-Privileg nach Art. 10 Abs. 2 lit. b und lit. d IVöB 2019. Dabei steht die Frage im Zentrum, unter welchen Umständen Tätigkeiten, die das leistungserbringende Subjekt für Dritte erbringt, einer Anrufung der genannten Privilegien entgegenstehen.

*Le Tribunal fédéral se prononce pour la première fois sur différents aspects des exemptions « quasi-inhouse » et « in-state » selon l'art. 10 al. 2 let. b et let. d AIMP 2019. La question centrale est de savoir dans quelles circonstances les activités que l'adjudicataire réalise en faveur de tiers s'opposent à l'application des exemptions.*

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juli 2024 (2C\_701/2023); zur Publikation vorgesehen

**Martin Beyeler**, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

## Der Fall

**(3) 1.** Im Jahr 2013 haben drei im Kanton Waadt gelegene öffentliche Spitäler ihre jeweiligen Ambulanzbetriebe zusammengelegt und in einen neu gegründeten Verein («CSU-nvb») ausgelagert, deren einzige Mitglieder sie sind. Der Zweck des Vereins besteht aus der Erbringung von Ambulanz-Dienstleistungen sowie weiterer medizinischer Transportleistungen. Der Verein ist Teil des kantonalen Rettungsdienstes. In diesem Rahmen ist er der Notrufzentrale angeschlossen und in zwei Regionen des Kantons für die Erstintervention (und gegebenenfalls für einen Transport in ein Spital; sog. Primärtransport) verantwortlich.

**2.** Im Frühsommer 2023 beschlossen die drei Spitäler, dem Verein CSU-nvb den Auftrag zu erteilen, all ihre Patiententransporte zwischen verschiedenen Spitälern (sog. Sekundärtransporte) durchzuführen. Bis dahin hatten die Spitäler diese Transporte hauptsächlich durch private Unternehmen ausführen lassen; ein Anstieg der entsprechenden Kosten bewog sie schliesslich dazu, die Leistungen dem Verein zu übertragen. Sie publizierten im kantonalen Amtsblatt eine Mitteilung ihres Beschlusses.

**3.** Zwei private Unternehmen, die bisher Aufträge der Spitäler betreffend Sekundärtransporte erhalten hatten, führten gegen den zugunsten des Vereins gefällten Vergabeentscheid der Spitäler Beschwerde vor dem KGer VD. Dieses trat (nach einer Verfahrensvereinbarung) auf die Beschwerden nicht ein, weil es dafürhielt, die angefochtene Vergabe unterstehe dem öffentlichen Vergaberecht nicht, so dass der entsprechende Rechts-

weg nicht offenstehe. Es nahm dabei an, dass in casu die Ausnahme der Quasi-inhouse-Vergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 gegeben sei, zumal der Verein vollständig unter der Kontrolle der Spitäler stehe und sowohl vor als auch nach der streitbetroffenen Auftragsvergabe mehr als 80 Prozent aller durch den Verein durchgeführten Transporte zu einem der drei Spitäler hinführen und/oder von einem dieser Spitäler weggehen.

**4.** Eines der beiden beschwerdeführenden Unternehmen zog den Nichteintretensentscheid des KGer VD vor das BGer weiter.

## Der Entscheid

Das BGer behandelt das vor ihm erhobene Rechtsmittel als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und weist diese ab.

**1.** Da zwischen den Parteien streitig ist, ob der vorliegende Fall den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens untersteht (wie die Beschwerdeführerin dies behauptet und die Spitäler es in Abrede stellen), kommt der Frage, ob das zutrifft, eine doppelte Relevanz zu, nämlich erstens im Rahmen des Eintretens, weil hier nach Art. 83 lit. f BGG für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens besondere Voraussetzungen zu beachten sind, und zweitens im Rahmen der Sache selbst, wo es um die Anwendung oder Nichtanwendung des Beschaffungsrechts geht. In Übereinstimmung mit seiner konstanten Rechtsprechung sieht das BGer von einer Anwendung des Art. 83 lit. f BGG bzw. von einer Prüfung der Geltung des Vergaberechts schon im Stadium des Eintretens ab und klärt diese Frage im Rahmen der Hauptsache. Da das Gericht hier zum Schluss kommt, dass das Vergaberecht nicht anwendbar ist, stellt sich auch die Frage nicht, ob der Art. 83 lit. f

BGG retrospektiv anzuwenden wäre, wenn sich das Vergabericht als anwendbar erweise.

2. Das BGer stellt zunächst fest, dass im vorliegenden Fall in zeitlicher Hinsicht die IVöB 2019 gilt, falls das Vergabericht in sachlicher Hinsicht anwendbar ist, und es prüft die angefochtene Vergabe in der Folge unter der Bestimmung betreffend die Quasi-inhouse-Vergabe (Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) und sodann unter jener, welche die Instate-Vergabe (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) regelt.

3. Eine Quasi-inhouse-Vergabe (Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) kann nach dem BGer nicht vorliegen.

a. Die Spitäler verfügen gegenüber dem Verein über eine gemeinsame Kontrolle i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 («Kontrolle [...], die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht»), zumal sie sowohl in der Generalversammlung des Vereins als auch in dessen Geschäftsleitung über die Stimmenmehrheit verfügen und die weiteren Stimmrechte einer Einwohnergemeinde und einem im Bereich der Pflege tätigen Gemeindeverband zukommen. Das erste Erfordernis der Vergaberichts Ausnahme der Quasi-inhouse-Vergabe ist damit erfüllt.

b. Nicht erfüllt ist nach dem BGer dagegen das zweite Erfordernis der Ausnahme (das sog. Tätigkeits- oder Wesentlichkeitskriterium; vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019: Die betreffende Stelle muss «ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen»). Die Vorinstanz hat zwar festgestellt, dass, unter Berücksichtigung der umstrittenen Vergabe, mehr als 80 Prozent der Transporte des Vereins zu einem der Spitäler hin- oder davon weggeführt werden. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Massgeblich ist die Frage, mit wem der Verein seinen Umsatz generiert: Dem Erfordernis ist nach dem BGer dann Genüge getan, wenn der Verein mindestens 80 Prozent seines Gesamtumsatzes im Rahmen von Geschäften erwirtschaftet, die er mit seinen Mitgliedern abschliesst. In diesem Zusammenhang stellt das BGer fest, dass der Verein auch unter Berücksichtigung der streitbetreffenden Auftragsvergabe den Hauptteil seines Gesamtumsatzes im Rahmen der Primärtransporte erwirtschaftet und dass er diese Transporte nicht für die Vereinsmitglieder (Spitäler) ausführt, sondern im Auftrag des Kantons Waadt bzw. von dessen Notrufzentrale. Damit, so das Gericht, erbringt der Verein seine Leistungen «im Wesentlichen» gerade nicht für die an ihm beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen, sondern für einen Dritten.

c. Unabhängig von der Erfüllung des Kontrollerefordernisses führt der Umstand, dass (nach dem BGer) das Tätigkeitserfordernis nicht erfüllt ist, zur Unwirksamkeit der Anrufung der Quasi-inhouse-Ausnahme durch die Spitäler. Das angefochtene Urteil des KGer VD erweist sich in diesem Punkt als konkordatswidrig.

4. Im Ergebnis (Nichteintreten auf die Beschwerde) bestätigt das BGer das Urteil der Vorinstanz trotz des Umstands, dass dieses sich zu Unrecht auf die Quasi-inhouse-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) stützt. Nach dem BGer können

sich die Spitäler nämlich auf das Instate-Privileg (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) berufen.

a. Der Verein ist als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» (Art. 3 lit. f IVöB 2019) zu qualifizieren und stellt darum eine öffentliche Auftraggeberin i.S.v. Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 dar. Er verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit, wird durch die Spitäler (die ihrerseits öffentliche Auftraggeberinnen in der Form von «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» darstellen) beherrscht und wurde zum besonderen Zweck gegründet, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben (nämlich Patiententransporte) auf nicht gewerbliche Art zu erfüllen (gemäss seinen Statuten kann er Sekundärtransporte ausschliesslich für seine Mitglieder ausführen und steht daher jedenfalls in Bezug auf diese Transporte nicht im freien Wettbewerb, so dass diese Leistungserbringung als «nicht gewerblich» einzustufen ist). Dementsprechend ist die erste Voraussetzung von Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019, wonach eine Vergabe durch eine unterstellte Auftraggeberin an eine unterstellte Auftraggeberin vorliegen muss, erfüllt.

b. Auch die zweite Voraussetzung der Instate-Ausnahme ist erfüllt. Nach Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB darf keine der am betreffenden Geschäft beteiligten Auftraggeberinnen «diese Leistungen [...] im Wettbewerb mit privaten Anbietern» erbringen. Das BGer hält dazu fest, dass der Verein die den Gegenstand der streitbetreffenden Vergabe bildenden Sekundärtransporte ausschliesslich im Auftrag der Spitäler, die seine Mitglieder sind, ausführt und solche Transporte keinem Dritten anbieten wird, so dass er diese Leistungen nicht «im Wettbewerb mit privaten Anbietern» erbringt. Der Umstand, dass der Verein abgesehen von diesen Sekundärtransporten auch Primärtransporte im Auftrag der kantonalen Notrufzentrale ausführt, spielt in diesem Zusammenhang nach dem BGer keine Rolle. Der Umfang der mit Dritten gemachten Umsätze ist unter Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 (anders als unter dem Quasi-inhouse-Tatbestand des Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) nicht relevant; entscheidend ist nur, dass «diese Leistungen», d.h. Leistungen der Art, wie sie den Gegenstand des betreffenden Geschäfts bilden, nicht auch im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht werden. Das ist vorliegend der Fall. Soweit im Übrigen der Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 dahin auszulegen wäre, dass die Formulierung «diese Leistungen» nicht nur Leistungen der gleichen Art, sondern, weitergehend, auch ähnliche Leistungen umfasst, so dass es nicht nur auf die geschäftsgegenständlichen Sekundärtransporte ankäme, sondern auch auf die Primärtransporte, müsste festgestellt werden, dass der Verein diese Transporte im Rahmen des kantonalen Notfalldispositivs und damit «in einem weitgehend reglementierten Markt» («sur un marché largement réglementé») ausführt, was keine Leistungserbringung «im Wettbewerb mit privaten Anbietern» (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) darstellt. Im Übrigen lässt das BGer offen, ob die Instate-Ausnahme auch unter den weiteren, ungeschriebenen Voraussetzungen steht, dass an der betreffenden Auftragnehmerin kein privates Unternehmen beteiligt ist und dass diese Auftragnehmerin den infrage stehenden Auftrag ohne Gewinnstreben erfüllt. Denn in casu wären, falls anwendbar, diese beiden Voraussetzungen erfüllt. Am Verein

sind nur öffentliche Subjekte beteiligt, und er strebt ganz allgemein keine Gewinnerzielung an, was durch den Umstand bestätigt wird, dass er wegen Gemeinnützigkeit im Genuss einer Steuerbefreiung steht.

c. Dementsprechend schliesst das BGER auf die Anwendbarkeit der Instate-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019), auf die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts und der entsprechenden Rechtsmittel sowie darauf, dass die Vorinstanz auf die erhobenen Vergabebeschwerden zu Recht nicht eingetreten ist. Daher wird die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen.

## Die Anmerkungen

1. Das rapportierte Urteil ist der erste Entscheid des BGER zum Thema der innerhalb der staatlichen Sphäre stattfindenden Vergaben (Art. 10 Abs. 2 lit. b–d IVöB 2019; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. b–d IVöB 2019). Nicht im Ergebnis, aber in Bezug auf zwei Punkte seiner Begründung ist dieses Urteil zu kritisieren: Erstens greift die bundesgerichtliche Analyse betreffend die Quasi-inhouse-Ausnahme zu kurz, wenn sie nur darauf abstellt, dass der Verein den Hauptteil seines Gesamtumsatzes nicht mit denjenigen öffentlichen Auftraggeberinnen erwirtschaftet, die an ihm beteiligt sind, sondern mit einem Dritten (hinten Ziff. 2). Zweitens enthält das rapportierte Urteil insoweit einen Wertungswiderspruch, als derselbe Dritturnsatz, der im Rahmen der Quasi-inhouse-Ausnahme «schädlich» (für die Anrufung dieser Ausnahme) ist, im Rahmen des Instate-Privilegs auf einmal als «unschädlich» erscheint. Dieser Widerspruch geht auf die Gesetzgebung (Art. 10 Abs. 2 lit. b und lit. d IVöB 2019; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. b und lit. d IVöB 2019) zurück, welche in diesem Punkt ihrerseits durch Art. 12 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU inspiriert zu sein scheint (hinten Ziff. 3–5).

2. Nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 (vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB) kann sich ein öffentlicher Auftraggeber auf das Quasi-inhouse-Privileg nur berufen, wenn (u.a.) die Auftragnehmerin «ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbring[t]», der ihr einen Auftrag vergaberechtsfrei erteilen will. In diesem Zusammenhang ist mit dem rapportierten Urteil (E. 6.3) davon auszugehen, dass dieses Erfordernis aufgrund des Gesamtumsatzes der Auftragnehmerin zu überprüfen ist (so auch das Unionsrecht in Art. 12 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU; a.M. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1907: «mindestens 80 Prozent der Leistungen in einem bestimmten Markt» [im Original nicht kursiv]) und dass mindestens 80 Prozent dieses Umsatzes aus Leistungen «für den Auftraggeber» stammen müssen.

a. Wäre der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 allein entscheidend, müsste die Auftragnehmerin (welche gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg beauftragt werden soll) mindestens 80 Prozent ihres Gesamtumsatzes aus Geschäften ziehen, die sie mit der Auftraggeberin geschlossen hat, welche sie kontrolliert (bzw. aus Geschäften, die sie mit den Auftraggeberinnen geschlossen hat, welche sie gemeinsam kontrol-

lieren), wobei das infrage stehende Geschäft hypothetisch dazugerechnet werden kann. So betrachtet, dürfen sämtliche Dritturnsätze, gleichviel, welcher Natur sie sind, höchstens 20 Prozent des Gesamtumsatzes ausmachen.

b. Der Wortlaut des Gesetzes ist jedoch für dessen Auslegung nicht allein entscheidend. Das BGER weist in E. 6.8 des rapportierten Urteils darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. insb. Urteil C-340/04, 11.5.2006 [Carbotermo], Rn. 65 ff.) auch jene Umsätze für das Quasi-inhouse-Privileg «unschädlich» sind bzw. als Umsätze aus Leistungen «für den Auftraggeber» gelten, die die Auftragnehmerin in Erfüllung eines durch die beteiligte Auftraggeberin erhaltenen Auftrags mit Dritten, denen sie gemäss diesem Auftrag auf Entgeltbasis Dienstleistungen zu erbringen hat, erzielt (vgl. auch MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Diss. Luzern, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 448 ff., Rz. 451 ff.; ÉTIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2. Aufl., Bern 2023, Rz. 368). Schon hierin zeigt sich, dass die Formulierung «Leistungen [...] für den Auftraggeber» nicht eng auszulegen ist. Allerdings deckt der Wortlaut «Leistungen [...] für den Auftraggeber» solche Leistungen, die die Auftragnehmerin im Auftrag des Auftraggebers Dritten gegenüber erbringt (und für die sie von diesen Dritten ein Entgelt erhält), noch ab, wenn er weit verstanden wird.

c. Über den Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 (vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB) hinaus ist es geboten, gewisse weitere Umsätze als «unschädlich» zu betrachten, selbst wenn diese auch in einem weiten Sinn nicht «Leistungen [...] für den Auftraggeber», sondern andere Leistungen betreffen (in diesem Sinn auch LUDIN, a.a.O., Rz. 446). Dies betrifft all jene Umsätze, die die Auftragnehmerin mit Dritten erzielt (ohne dazu durch den an ihr beteiligten Auftraggeber beauftragt worden zu sein), die aber zugleich im Licht des Zwecks des hier interessierenden Tätigkeitserfordernisses als unproblematisch erscheinen.

aa. Wie das BGER in E. 6.3 (a.E.) des rapportierten Urteils festhält, besteht dieser Zweck darin, zu verhindern, dass die Auftragnehmerin die sich aus vergaberechtsfreien Quasi-inhouse-Aufträgen ergebenden wirtschaftlichen Vorteile im freien Wettbewerb nützt bzw. missbraucht (vgl. auch LUDIN, a.a.O., Rz. 384 ff., Rz. 446). Aus diesem Grund wäre eigentlich zu fordern, dass eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin überhaupt nicht im freien Wettbewerb tätig ist (so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 466); nur so kann tatsächlich vermieden werden, dass dieser Wettbewerb durch Quasi-inhouse-Vergaben indirekt verzerrt wird. Allerdings lässt das Gesetz im Sinn einer Konzession an die Bedürfnisse der Praxis Tätigkeiten im freien Wettbewerb zu, solange sie (gemessen an der Gesamttätigkeit) nur als unwesentlich erscheinen.

bb. Der Zweck des Tätigkeitserfordernisses besteht also in der Verhinderung von Verzerrungen des freien Wettbewerbs (und nicht, wie der Wortlaut der einschlägigen Vorschrift es vermuten liesse, in einer undifferenzierten Begrenzung jeglicher Dritturnsätze). Dieser Zweck ist dann von vornherein nicht gefährdet, wenn eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin anderen, an ihr nicht beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen

auf der Basis des Instate-Privilegs (Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BöB/IVöB 2019) entgeltliche Leistungen erbringt. Denn insoweit, als diese anderen öffentlichen Auftraggeberinnen sich auf das Instate-Privileg berufen können, um die hier interessierende Auftragnehmerin vergaberechtsfrei mit Aufträgen zu betrauen, handelt es sich um Auftragsvergaben, die ausserhalb des freien Wettbewerbs (und innerhalb der Staatssphäre) stattfinden. Dementsprechend sollten Drittumsätze, die eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin aufgrund des Instate-Privilegs (angerufen durch die betreffenden anderen öffentlichen Auftraggeberinnen) erzielt, unter dem Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BöB/IVöB 2019 gleich behandelt werden wie Umsätze, die die Auftragnehmerin im Rahmen von Quasi-inhouse-Aufträgen erwirtschaftet, welche sie von der sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeberin erhalten hat. In diesem Sinn sollten Instate-Umsätze als ebenso «unschädlich» betrachtet werden wie Quasi-inhouse-Umsätze (LUDIN, a.a.O., Rz. 463 f.; spiegelbildlich zu dieser Rechtslage sollten im Übrigen Umsätze, die eine aktuelle oder potenzielle Instate-Leistungserbringerin im Rahmen von Quasi-inhouse-Aufträgen einer sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeberin erwirtschaftet, unter dem Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BöB/IVöB 2019 nicht als «schädlich» betrachtet werden, da es bei solchen Aufträgen nicht um eine Leistungserbringung «im Wettbewerb mit privaten Anbietern» geht; so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 465).

**cc.** Dass letztlich der Zweck des Tätigkeitserfordernisses und nicht der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BöB/IVöB 2019 massgebend ist, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass Umsatz, den die Quasi-inhouse-Auftragnehmerin dadurch erzielt, dass sie der sie kontrollierenden Auftraggeberin entgeltliche Leistungen gestützt auf einen in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren gewonnenen Auftrag erbringt, im Licht des genannten Zwecks nicht als «unschädlich» betrachtet werden kann, da er im freien Wettbewerb erwirtschaftet wurde, selbst wenn er unter dem Wortlaut der zitierten Bestimmung zunächst als unverdächtig erscheinen mag, zumal er aus «Leistungen [...] für den Auftraggeber» stammt. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass das Gesetz nur den freien Wettbewerb um Drittaufträge, nicht jedoch den freien Wettbewerb um die öffentlichen Aufträge der kontrollierenden Auftraggeberin schützen will.

**dd.** Aus diesen Gründen ist das Tätigkeitserfordernis des Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BöB/IVöB 2019 so auszulegen, dass es entgegen dem Wortlaut der Vorschrift nicht darauf ankommt, ob ein bestimmter Umsatz mit Leistungen für die kontrollierende Auftraggeberin oder für Dritte erwirtschaftet wird, sondern darauf, ob der Umsatz aus dem freien Wettbewerb stammt («schädlich») oder nicht («unschädlich»). Das führt im Übrigen zu einer mit Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BöB/IVöB 2019 besser koordinierten Rechtslage.

**ee.** Gestützt auf diese Auslegung des Tätigkeitserfordernisses kann im Weiteren festgestellt werden, dass Umsätze, die eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin im Rahmen einer durch ein Monopolrecht i.S.v. Art. 10 Abs. 3/2 lit. a BöB/IVöB 2019 geschützten Leistungserbringung erwirtschaftet (gleichviel, ob es dabei um Geschäfte mit öffentlichen oder mit privaten

Auftraggeberinnen geht), ausserhalb des freien Wettbewerbs stehen und damit als «unschädlich» zu gelten haben (LUDIN, a.a.O., Rz. 455).

**d.** Damit bleibt mit Blick auf den rapportierten Fall zu klären, ob der Umsatz, den der Verein durch die Erbringung von Dienstleistungen betreffend Erstinterventionen und Primärtransporte im Auftrag des Kantons bzw. der kantonalen Notrufzentrale erbringt, im Licht der vorliegend vertretenen Auslegung des Tätigkeitserfordernisses (vgl. vorne lit. c) als «schädlich» (wie es das rapportierte Urteil annimmt, welches allerdings streng nach dem Wortlaut des Gesetzes rein formal darauf abstellt, dass es sich um Drittumsätze handelt; E. 6.8) oder als «unschädlich» zu betrachten ist. Auf «Schädlichkeit» eines Umsatzes ist nach dem vorstehend Gesagten dann zu schliessen, wenn dieser im freien Wettbewerb erzielt wird.

**aa.** Zunächst ist festzustellen, dass in Bezug auf die einzelnen Einsatzaufträge (welche durch die Notrufzentrale in den konkreten Notfällen gemäss den anwendbaren Regeln gegebenenfalls dem Verein erteilt werden) kein freier Wettbewerb besteht (auch das rapportierte Urteil spricht von einem «*marché largement réglementé*»; E. 7.5). Nach Art. 6 Abs. 3 RUPH/VD (BLV 810.81.1) werden alle Notrufe durch die Notrufzentrale entgegengenommen und entscheidet diese Zentrale über die mit der Intervention zu betrauenden Ambulanzorganisationen. Bei dieser Entscheidung geht es, abgesehen von der aktuellen Verfügbarkeit der infrage kommenden Organisationen, ausschliesslich um die sich aus dem Notfall selbst ergebenden Bedürfnisse, wozu insbesondere eine möglichst rasche Intervention zählt. Dies stellt keine Situation des freien Wettbewerbs dar, selbst wenn man sagen könnte, dass die Notrufzentrale, wie bei einem Rahmenvertrags-Minitenderverfahren, jeweils das aktuelle «Angebot» an in der Nähe des Interventionsorts tatsächlich verfügbaren Ambulanzen vergleicht und sodann den Einzelinterventions-Auftrag erteilt. In jedem Fall geht es weder um den Preis der Leistungen noch um einen anderen «Qualitätsaspekt» als die aktuelle Nähe zum Interventionsort. Im Übrigen verhält es sich nicht so, dass sich die Ambulanzen, ähnlich Taxis, an bestimmten Orten des öffentlichen Raums aufhalten würden, um im Notfall möglichst nahe an statistisch signifikant häufigen Interventionsorten zu sein und so mehr Rettungsaufträge zu erlangen, vielmehr haben sie nach jedem Einsatz unverzüglich zu ihrer jeweiligen Basis zurückzukehren (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 RUPH/VD), was dazu führt, dass Interventionen an einem bestimmten Ort in aller Regel jeweils derselben Rettungsorganisation zugeteilt werden. Eine präventive Präsenz von Ambulanzen ausserhalb der Basis ist nur auf Anordnung des Kantons vorgesehen, dies im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen (vgl. Art. 180 Abs. 3 LSP/VD [BLV 810.01]).

**bb.** Im Weiteren ist festzustellen, dass die im Kanton Waadt anwendbare Gesetzgebung zwar keine Beschränkung der Zahl der Betriebsbewilligungen für Erstinterventionen (bzw. Primärtransporte) durch Ambulanzen vorsieht (vgl. Art. 14 ff. RUPH/VD), dass also alle Betriebe, die die objektiven Anforderungen erfüllen, eine solche Bewilligung erlangen können. Insoweit herrscht freier Wettbewerb unter allen entsprechend

geeigneten Betrieben. Indessen erhalten von diesen Betrieben nur jene auch Rettungsaufträge der Notrufzentrale, die in die kantonale Rettungsplanung integriert worden sind (Art. 35 Abs. 1 RUPH/VD). Über diese Integration entscheidet das zuständige kantonale Departement nach Massgabe der Bedürfnisse der Bevölkerung, gewisser Qualitätsstandards und der verfügbaren Ressourcen der Rettungsbetriebe (Art. 35 Abs. 1 RUPH/VD), wobei so viele Ambulanzen zu integrieren sind, wie es «zur Gewährleistung der Rettung auf dem gesamten Kantonsgebiet nötig» ist («ambulances [...] nécessaires pour assurer le secours sur l'ensemble du territoire cantonal»), jedoch nicht mehr. Ein freier Wettbewerb findet in Bezug auf die Integration in die kantonale Rettungsplanung – welche für die integrierten Betriebe eine wirtschaftliche Sonderstellung mit sich bringt (was bestätigt, dass die einzelnen Rettungsaufträge nicht im freien Wettbewerb erteilt werden) – nicht statt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Departement jedenfalls teilweise politisch entscheidet und dabei insbesondere bestehende Strukturen unterstützt. Es wird im Übrigen nicht nach dem besten Preis gesucht, zumal die Vergütung der Rettungsleistungen weitgehend reglementiert und nicht verhandelbar ist (vgl. insb. Art. 38 LUPH/VD; es geht insbesondere um Subventionen und Beiträge aus der obligatorischen Krankenversicherung).

**cc.** Nach dem Gesagten spricht vieles dafür, den Umsatz, den in casu der Verein im Rahmen des kantonalen Rettungsdienstes (in das er integriert ist) aufgrund von Einzelaufträgen der Notrufzentrale erzielt, als nicht im Wettbewerb erwirtschaftet zu betrachten (sondern ihn einem i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a IVöB in einem Monopolbereich erzielten Umsatz gleichzustellen) und ihn daher unter dem Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 als «unschädlich» zu behandeln.

**dd.** Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Prüfung des Sachverhalts unter den Regeln der Instate-Ausnahme an sich. Gleichwohl ist im Folgenden (vgl. hinten Ziff. 3–5) noch auf ein Problem hinzuweisen, das die Regulierung der Quasi-inhouse-Vergabe hervorbringt, falls sie nicht im Einklang mit jener der Instate-Ausnahme ausgelegt wird. Das rapportierte Urteil bildet ein gutes Anschauungsbeispiel einer Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019, die mit Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 nicht harmoniert: Die Drittumsätze des Vereins, die unter dem Quasi-inhouse-Privileg als «schädlich» betrachtet werden, sollen nach dem BGer unter dem Instate-Privileg als «unschädlich» einzustufen sein (demgegenüber sind diese Umsätze nach der vorliegend vertretenen Auffassung «unschädlich», und in gleicher Weise wären sie auch unter dem Instate-Privileg zu betrachten). Ein solches Ergebnis erstaunt und könnte als eine Art Aushebelung der Quasi-inhouse-Regeln durch das Instate-Privileg verstanden werden. Die Frage ist, ob solches dem Zweck des Gesetzes entspricht.

**3.** Nach Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 steht das Instate-Privileg namentlich unter dem Vorbehalt, dass die am Instate-Geschäft beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen (d.h. sowohl die bestellende als auch die leistungserbringende Auftraggeberin) «diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen».

**a.** Das BGer lässt im rapportierten Urteil offen (E. 7.3 und E. 7.5), ob der Lehrmeinung (vgl. insb. LUDIN, a.a.O., Rz. 696, m.w.H.) zu folgen sei, nach welcher das Gesetz mit der Formulierung «diese Leistungen» (welche nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht werden dürfen) nicht nur gleichartige Leistungen wie diejenigen, um die es im jeweiligen Fall geht (in casu wären das Sekundärtransporte von Patientinnen und Patienten zwischen verschiedenen Spitälern), sondern darüber hinaus auch alle ähnlichen Leistungen bzw. alle Leistungen des betreffenden Bereichs (in casu würden damit auch die Primärtransporte erfasst). Denn es hält fest, dass eine solche Voraussetzung der Instate-Vergabe, wenn sie zu beachten wäre, in casu erfüllt wäre (so dass es nicht darauf ankommt, ob sie überhaupt zu beachten ist). Die Begründung liegt nach dem Gericht darin, dass es die im Rahmen der kantonalen Rettungsplanung erfolgende Erbringung von Leistungen betreffend Primärtransporte nicht als Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Unternehmen einstuft, sondern als weitgehend reglementierte Tätigkeit, unabhängig davon, dass auch private Unternehmen in die Rettungsplanung integriert werden können (vgl. vorne Ziff. 2d/aa–cc). Aus diesem Grund hätte das BGer nach der hier vertretenen Auffassung die im Rahmen der Primärtransporte durch den Verein erzielten Umsätze schon unter dem Quasi-inhouse-Privileg als «unschädlich» betrachten sollen (vgl. vorne Ziff. 2).

**b.** In allgemeiner Hinsicht dürfte unstrittig sein, dass das im Rahmen der Instate-Vergaben zu beachtende Erfordernis «diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen» (Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019) dieselbe Funktion erfüllt wie das Tätigkeitserfordernis der Quasi-inhouse-Vergabe («ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen»; Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BÖB/IVöB 2019; vgl. auch LUDIN, a.a.O., Rz. 694 ff.; POLTIER, a.a.O., Rz. 370, Rz. 373). Es geht insgesamt darum, dass die wirtschaftlichen Vorteile, welche sich für die im Genuss von privilegierten internen Vergaben stehende Stelle aus diesen Vergaben ergeben, nicht andernorts den freien Wettbewerb verzerren. Allerdings scheint der Text der einschlägigen lit. b und lit. d von Art. 10 Abs. 3/2 BÖB/IVöB 2019 die Erreichung dieses Ziels auf je unterschiedliche Art anzustreben. Im Rahmen der Instate-Vergabe kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes darauf an, ob gleichartige (sowie gegebenenfalls auch ähnliche) Leistungen im Wettbewerb mit Privaten erbracht werden, nicht jedoch darauf, ob andersartige Leistungen im freien Wettbewerb erbracht werden, selbst wenn solche Wettbewerbsleistungen zum Beispiel 80, 90 oder 95 Prozent der Gesamttätigkeit des betreffenden Subjekts ausmachen (vgl. auch LUDIN, a.a.O., Rz. 707). Im Rahmen der Quasi-inhouse-Vergabe hingegen kommt es darauf an, dass das auftragnehmende Subjekt höchstens einen unwesentlichen Teil (d.h. maximal 20%) von all seinen Leistungen im freien Wettbewerb erbringt; gleichgültig ist es dagegen, ob es sich um gleiche oder ähnliche Leistungen handelt wie bei jenen, die unter dem betreffenden Quasi-inhouse-Vertrag zu erbringen sind. Einmal kommt es also nur auf die Art der Wettbewerbsleistungen, das andere Mal nur auf deren Umfang an. Da es jedoch in beiden Fällen um

das gleiche Ziel, nämlich die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen im Fall einer Wettbewerbstätigkeit des betreffenden Subjekts geht, kann eine unterschiedliche Konzeption der Zielerreichung nicht gerechtfertigt sein und auch nicht dem Zweck der gesamten Regulierung der internen Vergaben entsprechen. Diese Regulierung wäre inkohärent, wenn sie ihrem Wortlaut entsprechend dahin ausgelegt würde, dass derselbe Umsatz je nach der Ausnahme, die angerufen wird, einmal als «schädlich» und einmal als «unschädlich» betrachtet wird.

c. Es ist daran zu erinnern, dass Wettbewerbsverzerrungen nur dann mit Gewissheit ausgeschlossen sind, wenn ein Quasi-inhouse- oder ein Instate-Subjekt sich jeglicher Wettbewerbstätigkeit enthält (so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 466), und es ist festzustellen, dass die Frage nach dem Vorhandensein eines Potenzials zur Wettbewerbsverzerrung entgegen dem Konzept, das sich aus dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 zu ergeben scheint, nicht davon abhängt, wie sehr die durch das Subjekt im freien Wettbewerb erbrachten Leistungen gleich oder ähnlich sind zu den Leistungen, die den Gegenstand einer Instate- oder Quasi-inhouse-Vergabe bilden sollen (so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 707 f.). Die sich aus vergaberechtsfrei erteilten Aufträgen ergebenden wirtschaftlichen Vorteile beschränken sich nicht auf solche, die, wie spezielle Kenntnisse und Erfahrungen, nur im betreffenden Wirtschaftsbereich nützlich sind, sondern können zum Beispiel auch finanzieller Natur und damit von generellem, sektorübergreifendem Nutzen sein (LUDIN, a.a.O., Rz. 707, spricht von einem «die Leistungsmärkte übergreifende[n] Verzerrungsrisiko»). Aus diesen Gründen sollte nach der hier vertretenen Auffassung der Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 zur möglichst weitgehenden Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen so ausgelegt werden, dass es nicht auf die Art der Wettbewerbsleistungen ankommt, sondern, gleich wie bei der Quasi-inhouse-Vergabe (vgl. vorne Ziff. 2), ausschliesslich darauf, dass nicht mehr als ein unwesentlicher Teil aller Tätigkeiten des betreffenden Subjekts im freien Markt stattfindet. Auf diese Weise werden Wertungswidersprüche zwischen der Regelung der Instate- und jener der Quasi-inhouse-Vergabe vermieden.

4. Insgesamt ist der Art. 10 Abs. 3/2 lit. b und lit. d BÖB/IVöB 2019 nach der hier vertretenen Auffassung dahin auszulegen, dass es in lit. b nicht auf die Art von allenfalls im Wettbewerb erbrachten Leistungen, sondern nur darauf ankommt, ob von den beteiligten Auftraggeberinnen Leistungen im Wettbewerb

erbracht werden (in diesem Zusammenhang sollte auch über ein 20%-Kontingent an Wettbewerbsleistungen nachgedacht werden, um allenfalls gewissen Bedürfnissen der Praxis entgegenzukommen und die Kohärenz mit der Regulierung der Quasi-inhouse-Vergabe zu erhöhen; vgl. dazu Art. 12 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU). Und im Rahmen von lit. d sollten nicht jegliche Drittumsätze als «schädlich» betrachtet und dem 20%-Kontingent angerechnet werden, sondern nur, aber eben, jegliche im freien Wettbewerb erzielten Umsätze (und zwar auch jene, die ein Quasi-inhouse-Subjekt mit seiner eigenen Auftraggeberin erzielt, falls sie auf einer Teilnahme an einem dem Beschaffungsrecht unterstellten Vergabeverfahren und einer in diesem Rahmen erfolgten Zuschlagserteilung beruht).

5. Der Umstand, dass die Frage der Drittumsätze in Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 anders geregelt ist als in lit. d dieser Bestimmung, geht allem Anschein nach darauf zurück, dass sich ein sehr ähnlicher Unterschied in Art. 12 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU findet (hier wird allerdings für die Instate-Vergabe bzw. die öffentliche Zusammenarbeit nach Abs. 4 lit. c der Bestimmung ein 20%-Kontingent für Wettbewerbsleistungen vorgesehen). Dies allein rechtfertigt jedoch eine inkohärente Rechtslage nach BÖB und IVöB 2019 nicht. Die Überlegung hinter dem hier interessierenden Unterschied dürfte darin liegen, dass bei der Instate-Vergabe bzw. der öffentlichen Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Auftraggeberinnen (typischerweise) kein Kontrollverhältnis besteht und dass die (enge) Regelung der Quasi-inhouse-Vergabe, bei der sämtliche nicht mit der kontrollierenden Auftraggeberin erwirtschafteten Umsätze (sämtliche Drittumsätze) als schädlich zu betrachten sein sollen, deshalb bei der Instate-Vergabe nicht praktikabel wäre. Aus diesem Grund wohl hat man bei der Instate-Vergabe die Wettbewerbsumsätze als massgebend bezeichnet (vgl. Art. 12 Abs. 4 lit. c RL 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019). Dies wiederum hätte jedoch im Sinn der vorstehenden Ausführungen (vgl. vorne Ziff. 2–4) zum Schluss führen sollen, dass auch im Rahmen der Quasi-inhouse-Vergabe auf Wettbewerbsumsätze (und nicht auf Drittumsätze) abzustellen ist, weil dies dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität besser entspricht (das gilt für den Fall von wettbewerblich der eigenen Auftraggeberin erbrachten Leistungen) und weil dadurch die Frage richtig entschieden wird, ob im Rahmen von Instate-Geschäften erzielte Umsätze für eine Quasi-inhouse-Vergabe «schädlich» sind oder nicht (sie sind es nicht).