

Memorandum

an Urs Matti, Eidg. Finanzkontrolle
von
Betrifft Unterstellung der Sifem AG unter das öffentliche
Beschaffungsrecht
Datum 17. Oktober 2013 / 3008677v4

1. Sachverhalt

- 1** Der Bund hat im August 2011 seine Aktivitäten im Bereich der entwicklungs-
politisch motivierten KMU-Finanzierung in Entwicklungs- und Schwellenländern
vom SECO in die Sifem AG (Swiss Investment Fund for Emerging Markets; „Si-
fem“) ausgelagert. Die gesetzliche Grundlage für die Gründung bzw. Beteiligung
des Bundes an der Sifem ist in Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetz über die interna-
tionale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (SR 974.0) und
Art. 30a ff. der Verordnung über die internationale Entwicklungszusammenar-
beit und humanitäre Hilfe (SR 974.01) zu finden.
- 2** Die Sifem ist zu 100% im Besitz des Bundes und besteht „nur“ aus einem Ver-
waltungsrat. Sie beschäftigt kein weiteres Personal. Für das operative Geschäft,
d.h. insbesondere die Portfoliobewirtschaftung, hat die Sifem die Obviam DFI
AG („Obviam“) beauftragt. Die Obviam wurde nach uns vorliegenden Angaben
eigens für diesen Zweck gegründet und ist zurzeit hauptsächlich für die Sifem
AG tätig. In der Obviam arbeiten mehrere Personen, welche das gleiche, heute
von Sifem gehaltene Entwicklungs-Portfolio früher innerhalb des SECO betreut
hatten. Über das Aktionariat der Obviam ist uns nichts bekannt. Ich gehe davon
aus, dass die Aktien der Obviam teilweise oder vollständig in privater Hand
sind.

2. Fragen

- 3** Vor diesem Hintergrund wurde ich um Begutachtung der folgenden Fragen ge-
beten:
 - 1)** Untersteht die Sifem dem GPA und dem BÖB?

- 2) Falls nein, untersteht sie den Bestimmungen des 3. Kapitels der VöB?
- 3) Handelt es sich bei der beauftragten Dienstleistung der Sifem an die Obviam um einen öffentlichen Auftrag?
- 4) Falls eine Unterstellung der Sifem bejaht wird: Kann die Sifem die Leistungen für die Portfoliobewirtschaftung im eigenen Namen beschaffen?

3. Unterstellung unter das öffentlichen Beschaffungsrecht

3.1. Subjektiver Geltungsbereich

- 4 Die Auftraggeber des Bundes, wie sie das GATT/WTO-Übereinkommen („GPA“) in Anhang I Annex 1 definiert (BBI 1994 950 ff., S. 1177), unterstehen dem BöB. Im Gegensatz zu den subzentralen Vergabestellen werden die Vergabestellen des Bundes in einer Positivliste je einzeln aufgeführt.
- 5 Die Sifem, die erst nach Abschluss des GPA gegründet wurde, erscheint nicht auf der Liste in Annex 1 des GPA. Fraglich ist, ob sie als Unternehmen des Bundes dennoch dem BöB/GPA unterstellt ist.
- 6 Grundsätzlich ist auf Bundesebene nur dem GPA/BöB unterstellt, wer auf der Positivliste von Annex 1 erscheint (Beyeler, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 105 f.). Die Auftraggeber in Annex 1 werden anders als auf der kantonalen und kommunalen Ebene und in den Sektoren nicht funktional umschrieben, sondern konkret und namentlich. Dies hat vor allem mit Blick auf die seit Abschluss des GPA im Jahre 1994 erfolgten Reorganisationen zu Kontroversen zum genauen Umfang der unterstellten Einheiten geführt. Auch die Frage, ob die Liste konstitutiv und damit abschliessend ist, bleibt umstritten.
- 7 Die Rechtsprechung und ein wesentlicher Teil der Lehre erachten die Liste in Annex 1 als abschliessend (BVGer, Urteil vom 25. November 2008, B-6177/2008, E. 3.2; Beyeler, Rz. 105 ff.; abschliessend nur in Bezug auf die dezentrale Bundesverwaltung: Poltier, Les pouvoirs adjudicateurs, Champ d'application personnel du droit des marchés publics, AJP 2008 1107 ff., S. 1113 f.). Dies vor allem unter Verweis auf die Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen vom 19. September 1994, worin ausgeführt wurde, dass Annex 1 die unterstellten Beschaffungsstellen des Bundes auflistet und dass diese von 22 auf 34 erhöht worden seien (GATT-Botschaft 1, BBI 1994 IV 1,

insbes. S. 362). Von der abschliessenden Natur ging auch das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten zur Unterstellung des Instituts für Geistiges Eigentum aus (VPB 67.4).

- 8 Unbestritten ist, dass die Schweiz den Geltungsbereich von Annex 1 nicht einseitig einschränken kann. Das heisst, sie kann durch interne Reorganisationen (bspw. durch Zusammenlegung zweier unterstellter Einheiten in einer neuen, nicht namentlich erwähnten Verwaltungseinheit) ihre staatsvertraglichen Verpflichtungen nicht einseitig reduzieren (Stöckli, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 41 ff., Rz. 11). Eine interne Aufgabenverschiebung oder Auslagerung in eine Gesellschaft kann nicht dazu führen, dass eine Vergabestelle einseitig durch die Schweiz von der staatsvertraglichen Unterstellung befreit wird. Diese wäre nur möglich, wenn die Staatsgebundenheit entfallen würde und die neue Einheit dem freien Markt ausgesetzt wäre. In einem solche Fall wäre das Notifikationsverfahren nach Art. XXIV.6 GPA einzuleiten.
- 9 Entsprechend ist bei der Auslegung des Begriffs „allgemeine Bundesverwaltung“ gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a BÖB die Verpflichtungsliste im GPA insoweit massgebend, als der Geltungsbereich des nationalen Rechts nicht enger sein kann als die Positivliste im GPA. So ist auch zu erklären, dass die seinerzeitige Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen die in Annex 1 nicht explizit aufgeführte Swissmedic dem GPA und damit dem BÖB unterstellte (BRK 2003-020 betreffend Swissmedic). Die IKS als Vorgängerorganisation der Swissmedic war dem GPA ausdrücklich unterstellt (als interkantonale Einheit unter Annex 2), weshalb die Unterstellung der Swissmedic als Nachfolgerin der IKS trotz Fehlens auf der Liste in Annex 1 folgerichtig ist (vgl. Beyeler, Rz. 108).
- 10 Die Sifem ist als privatwirtschaftliche Aktiengesellschaft Teil der dezentralen Bundesverwaltung (Art. 7a Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. b und Anhang 1 Ziff. B.VI.2.3 RVOV) und organisatorisch dem Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zugeordnet. Der Bund unterstützte bereits vor der Gründung der Sifem private Bestrebungen in der Entwicklungszusammenarbeit wie die Förderung ausländischer Direktinvestitionen. Mit der 2007 eingeführten gesetzlichen Grundlage sollte die Möglichkeit geschaffen werden, bestimmte Teilaufgaben des Bundes im Bereich der wirtschaftlichen Entwicklungszusammenarbeit in juristische Personen auszulagern, wenn dies aus Gründen einer verbesserten Effizienz und Effektivität zweckmässig erscheint (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Staaten Osteuropas vom 31. März 2004, BBl 2004 1953 ff., S. 1975). Der Bund kann diese Leistungen auch weiterhin direkt erbringen. Das Portfolio der Betei-

ligungen und Investitionen wurde bis 2011 vom SECO gehalten und dann auf die Sifem übertragen (vgl. www.sifem.ch).

- 11 Das SECO, welches früher die Aufgaben Sifem erfüllte und in Fonds zugunsten von KMU in Entwicklungs- und Schwellenländern investierte, ist ebenfalls dem WBF zugeordnet (Art. 7 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. a und Anhang 1 Ziff. B.VI.1.3 RVOV) und untersteht dem GPA/BöB gemäss ausdrücklicher Erwähnung in Annex 1 GPA. Als Folge der Funktionsauslagerung vom SECO an die Sifem untersteht auch die Sifem dem öffentlichen Beschaffungsrecht, da durch die blossе Auslagerung in eine privatwirtschaftliche Gesellschaft die staatsvertragliche Unterstellung nicht aufgehoben werden kann. Die subjektive Unterstellung würde nur dann nicht mehr bestehen, wenn mit der Auslagerung die Staatsgebundenheit entfallen und die neue Einheit dem freien Markt ausgesetzt wäre. Dies ist aber bei der Sifem, die sich weiterhin zu 100% im Eigentum des Bundes befindet, von diesem finanziert und in dessen Auftrag tätig ist, nicht der Fall.
- 12 Im Übrigen verweist der revidierte Annex 1 zum neu verhandelten GPA, das im Dezember 2011 geschlossen wurde und derzeit ins nationale Recht überführt wird, für die subjektive Unterstellung der Auftraggeber des Bundes ausdrücklich auf die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten gemäss RVOG und RVOV. Dort ist die Sifem verzeichnet. An ihrer subjektiven Unterstellung wird daher auch in Zukunft nichts ändern.

3.2. Objektiver Geltungsbereich

- 13 Ist eine Vergabestelle subjektiv dem Vergaberecht unterstellt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das konkrete Beschaffungsvorhaben objektiv unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt und öffentlich ausgeschrieben werden muss.
- 14 Eine öffentliche Beschaffung ist ein Geschäft, mit welchem sich die öffentliche Hand gegen Bezahlung die Sachmittel und Leistungen beschafft, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Die beschaffte Leistung muss es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen oder erleichtern, eine ihm zugewiesene öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Begriffsnotwendig ist ein synallagmatisches Leistungsaustauschverhältnis, in welchem der öffentliche Auftraggeber als Abnehmer der Leistung auftritt (vgl. u.a. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, Rz. 177 ff.).

- 15 Die Beauftragung der Obviam mit der Bewirtschaftung und Beratung des von der Sifem gehaltenen Portfolios („investment management and advisory“) erfüllt alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags. Die Obviam erbringt im Auftrag der Sifem Dienstleistungen, damit die Sifem die ihr zugewiesene öffentliche Aufgabe – die Finanzierung von Massnahmen im Rahmen der wirtschaftlichen Entwicklungszusammenarbeit, die Teil der schweizerischen Aussenpolitik gemäss Art. 54 Abs. 2 BV darstellt – erfüllen kann.
- 16 Der hier interessierende Auftrag betrifft die Bewirtschaftung des Portfolios durch einen privaten Auftragnehmer. Die Beauftragung erfolgt nicht im Rahmen eines besonderen internationalen Programms (UNO oder ähnlich) oder aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags. Die Bereichsausnahmen nach Art. 3 BÖB finden daher keine Anwendung.
- 17 Während unter das 3. Kapitel der VöB sämtliche Beschaffungen fallen, unterstehen dem BÖB (d.h. mit Rechtsschutz) nur die Beschaffungen des Staatsvertragsbereichs. Dienstleistungsaufträge fallen in objektiver Hinsicht nur dann unter das BÖB, wenn die betreffende Dienstleistung in der Positivliste von Anhang 1a VöB bzw. Anhang 4 GPA verzeichnet ist. Ist dies nicht der Fall, findet das BÖB keine Anwendung. Die Beschaffung erfolgt dann (d.h. seit der Revision von 2009) nach dem 3. Kapitel der VöB.
- 18 Die für den Geltungsbereich des BÖB relevante Positivliste von Anhang 1a der VöB und Anhang 4 GPA folgt der Klassifikation der zentralen Produkt-Klassifikation der UNO (provCPC; <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=1>). Unterstellt sind u.a. folgende Dienstleistungen:
- a. Versicherungs- und Bankdienstleistungen mit Ausnahme finanzieller Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken (provCPC 811, 812, 814). Darunter fallen u.a. in Sub-Klasse 81193 gewisse Mandate im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen, Portfolio Management Services (Sub-Klasse 81323) und Financial Advisory Services (Sub-Klasse 81332);
 - b. Buchführung, -haltung- und -prüfung (provCPC 862);
 - c. Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten (provCPC 865, 866), worunter u.a. die Sub-Klasse 86502 („financial management consulting services“) fällt:

Advisory, guidance and operational assistance services concerning decision areas which are financial in nature, such as working capital and liquidity management, determination of an appropriate capital structure, analysis of capital investment proposals, development of accounting systems and budgetary controls, business valuations prior to mergers and/or acquisitions, etc., but excluding advisory services on short-term portfolio management which are normally offered by financial intermediaries.

- 19 Ohne den Gegenstand des Auftrags an Obviam im Detail zu kennen, gehe ich auf der Grundlage der mir vorliegenden Informationen davon aus, dass deren Tätigkeiten zumindest teilweise in den Anwendungsbereich des BÖB fallen, sofern der Auftrag den vorausgesetzten Schwellenwert von (zurzeit) CHF 230'000 erreicht (Art. 6 Abs. 1 lit. b BÖB).

3.3. Organisation und Durchführung von Beschaffungen

- 20 Die Einheiten der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung nach Massgabe von Art. 2 RVOG und Art. 7 und 7a Abs. 1 lit. a und b RVOV beschaffen ihre Leistungen über eine der zentralen Beschaffungsstellen des Bundes gemäss der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB, SR 172.056.15). Die Org-VöB gilt indessen weder für rechtlich verselbständigte öffentlich-rechtliche Körperschaften, Stiftungen und Anstalten, noch für privatrechtliche Aktiengesellschaften, die der Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht (Art. 7a Abs. 1 lit. c und d RVOV).
- 21 Damit finden die Grundsätze der Org-VöB über die zentrale Beschaffung der in ihrem Anhang aufgelisteten Güter und Dienstleistungen auf die Sifem keine Anwendung. Damit erübrigt sich auch die Klärung der Frage, ob das Portfoliomanagement in die Beschaffungskompetenz des EDA oder des WBF fällt (Art. 10 lit. a Org-VöB). Die beiden Departemente sind seit der Revision der Org-VöB im Jahre 2012 zuständig für die zentrale Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen im Bereich der internationalen Entwicklungs- und Ostzusammenarbeit. Dies schränkt indessen die Beschaffungsautonomie der zum 4. Kreis gehörenden Sifem nicht ein.
- 22 Damit ist grundsätzlich die Sifem zuständig für die Durchführung des Beschaffungsvorhabens. Ihre privatrechtliche Organisationsform steht dem nicht im

Weg. Auch verselbständigte dezentrale Vergabestellen können und müssen im Bereich des Beschaffungsrechts das im BÖB und in der VÖB normierte Verfahren einhalten. In dieser Eigenschaft sind sie auch zum Erlass der dazu erforderlichen Verfügungen (Ausschreibung, Ausschluss, Abbruch, Zuschlag) befugt. Ihre Organisationsform steht dem nicht im Weg. Im Bereich des kantonalen Vergaberechts zum Beispiel finden sich selbst Privatpersonen, deren Objekte oder Leistungen zu mehr als 50% mit öffentlichen Beiträgen finanziert werden, in der gleichen Situation.

- 23 Falls die Sifem nicht über die erforderlichen Ressourcen verfügt, um ein Beschaffungsvorhaben durchzuführen, kann sie entweder interne oder externe Hilfe in Anspruch nehmen. Denkbar ist zum einen, dass das WBF in Vertretung der Sifem mit der Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung betraut wird. Dies ist keine „Delegation nach oben“, sondern ein Vertretungsverhältnis. In ähnlicher Weise könnte ein privater Dienstleister diese Aufgaben namens und im Auftrag der Sifem übernehmen.

4. Antworten

- 24 Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen möchte ich die eingangs gestellten Fragen wie folgt beantworten:

- 1) Untersteht die Sifem AG dem GPA und dem BÖB?

Ja, die Sifem AG untersteht subjektiv dem GPA und dem BÖB.

- 2) Falls nein, untersteht sie den Bestimmungen des 3. Kapitels der VÖB?

Nur soweit eine Beschaffung der Sifem AG nicht in den objektiven Anwendungsbereich des BÖB fällt (öffentliche Aufträge unterhalb des Schwellenwerts oder von Dienstleistungen, die nicht auf der Positivliste in Anhang 1a zur VÖB figurieren), untersteht sie den Bestimmungen des 3. Kapitels der VÖB.

- 3) Handelt es sich bei der beauftragten Dienstleistung der Sifem AG an die Obviam DFI AG um einen öffentlichen Auftrag?

Ja, er erfüllt alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags. Sofern die beauftragten Dienstleistungen unter eine der Kategorien der Positivliste in An-

hang 1a VöB subsumiert werden können (was u.E. zumindest teilweise der Fall sein dürfte), fällt der Auftrag in den Anwendungsbereich des BÖB.

- 4) Falls eine Unterstellung der Sifem AG bejaht wird: Kann die Sifem die Leistungen für die Portfoliobewirtschaftung im eigenen Namen beschaffen?

Ja, diese Leistungen können direkt von der Sifem AG beschafft werden. Verfügt sie nicht über die erforderlichen Ressourcen, kann die Gesellschaft zu diesem Zweck interne oder externe Hilfe in Anspruch nehmen.