



# Spezialisierungskurs „Fachanwalt für Bau- und Immobilienrecht“ 2013

## Vergaberecht

### Referenten

- **Stefan Scherler, Scherler + Siegenthaler AG, Winterthur**
- **Claudia Schneider Heusi, Schneider Rechtsanwälte AG, Zürich**
- **Dr. iur. Thomas Müller-Tschumi, Rechtsanwalt, Zürich**

**8. November 2013**

**Weiterbildungszentrum Universität Freiburg**



# Übersicht

## **I. Einführung**

## **II. Überblick über die Rechtsgrundlagen**

1. Staatsverträge
2. Bund
3. Kantone

## **III. Wann gelangt das Vergaberecht zur Anwendung?**

1. Wer ist unterstellt? Der subjektive Geltungsbereich
2. Was ist eine öffentliche Beschaffung? Der objektive Geltungsbereich

## **IV. Praktische Aspekte: Vorbereitung von Vergabeverfahren**

1. Verfahrenswahl, Verfahrensarten, Schwellenwerte
2. Ausstand, Vorbefassung, Ausschluss
3. Erstellung von Ausschreibungsunterlagen
4. Vergabekriterien
5. Publikation



# Übersicht

## **V. Praktische Aspekte: Durchführung von Vergabeverfahren**

1. Fragerunden
2. Evaluation
3. Änderung, Abbruch
4. Zuschlag

## **VI. Vergabeverfahren vor Gericht**

## **VII. Zuschlag und Vertrag**

1. Die Zweischantentheorie
2. Wann ist der Vertragsabschluss zulässig?
3. Der verfrüht abgeschlossene Vertrag
4. Keine Pflicht zum Vertragsabschluss
5. Was gilt nach einer Vertragsauflösung – wirkt das Vergaberecht weiter?



## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### Die Themen je nach Phasen

- 1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung: Inhalt, Zuständigkeiten, Begründung, Rechtsmittelfrist
- 2. Phase – Fristenlauf: Debriefing, Begründung
- 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren: die wichtigen Fragen
- 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?
- 5. Phase – den rechtskräftigen Entscheid umsetzen



## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung:

- Inhalt von Vergabeverfügungen:
  - Art. 29 BöB, Art. 15 Abs. 1 IVöB
  - Katalog: Ausschreibung (-unterlagen?), Präqualifikation, Zuschlag, Ausschluss, Abbruch, Widerruf (Art. 15 1bis IVöB) – nicht abschliessend
- Zuständigkeit der Vergabestelle:
  - häufige Fehlerquelle, mit erheblichen Folgen (Nichtigkeit; vgl. «vorbehältlich Zustimmung des VR» in VB.2010.00002 vom 24.2.2010 )
- Form der Mitteilung
  - Persönliche Eröffnung
  - (nur) Publikation simap: Art. 24 Abs. 2 BöB; Art. 28 VöB; § 35 ZH-SVO



## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung:

- Begründung – was genügt?
  - Praxis «wirtschaftlich günstigster Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügend? Unterschiedliche strenge Praxis
  - Beschluss VG AG vom 23.8.12 (WBE.2012.253) – Vergabeentscheid ist zu begründen. Hinweis, wonach Akten eingesehen werden können und Vergabeentscheid zu bestimmten Terminen mündlich erläutert wird, reicht nicht.
  - Erhöhte Anforderungen beim Abbruch, vgl. BVGer [B-2449/2012](#) vom 6.9.12, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel
  - Revision GPA – kommt damit die Begründungspflicht?
- Die - kurze – Rechtsmittelfrist. Kantone: 10 Tage, keine Gerichtsferien! (Art. 15 Abs. 2 bis IVöB). Bund: 20 Tage



# 6. Vergabeverfahren vor Gericht

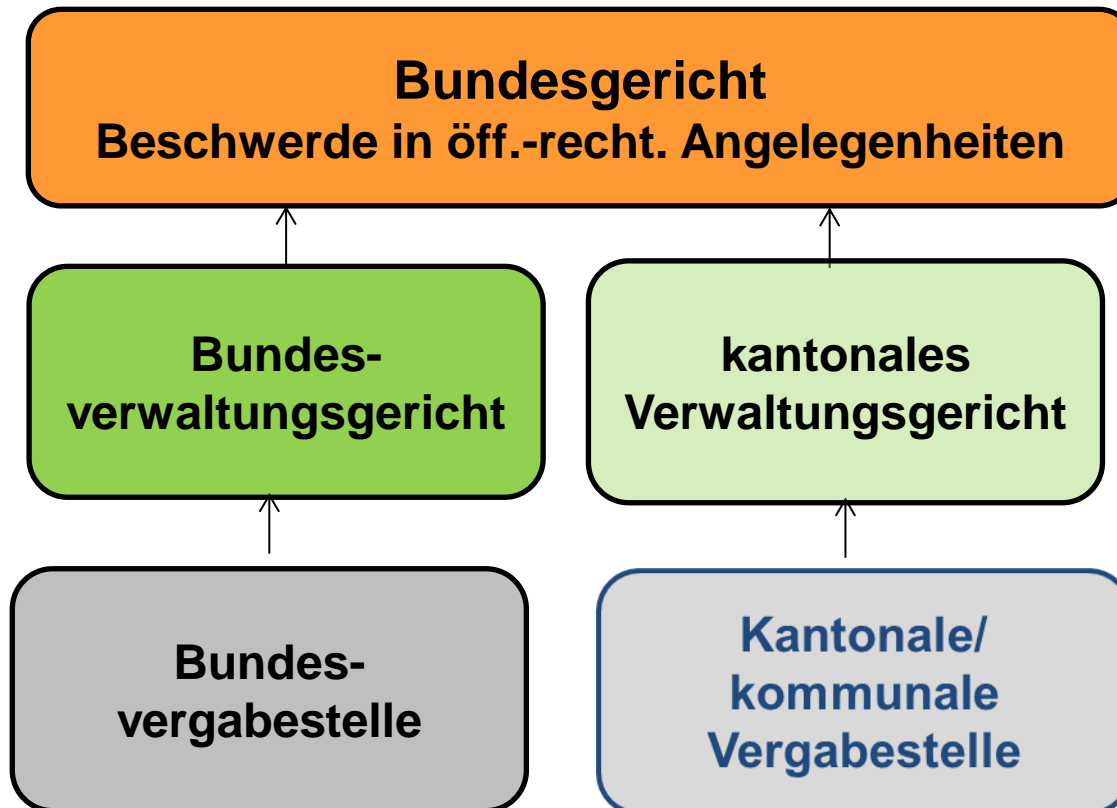
## 2. Phase – Fristenlauf: Debriefing, Begründungspflicht

- Debriefing
  - beliebtes Instrument in der Praxis,
  - gesetzlich nicht geregelt.
  
- Schriftliche Begründung kann verlangt werden.
  - Art. 23 BöB, § 38 Abs. 2 ZH-SVO: Name, Preis des berücksichtigten Angebots, wesentliche Gründe für die Nichtberücksichtigung, ausschlaggebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
  - Muss sie auch verlangt werden? Verfahrensfehler?
  
- Recht auf Akteneinsicht / Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen des Anbieters (Art. 11 lit. g IVÖB)



# 6. Vergabeverfahren vor Gericht

## 3. Phase: Gerichtsverfahren – die Instanzen







## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 3. Phase – vor der 1. Instanz: Die wichtigen Fragen

- Rechtsmittelweg offen? (Geltungsbereich, Schwellenwerte)
- Anträge
- Beschwerdegründe: nicht Unangemessenheit
- Rügepflichten
- Legitimation – die Spezialfälle (ARGE; freihändige Vergabe)
- Die Beteiligten:
  - Beschwerdeführer
  - Vergabestelle
  - Mitbeteiligte
- Aufschiebende Wirkung (Art. 17 IVöB; Art. 28 BöB):
  - Der Grundsatz und die Ausnahmen
  - superprovisorisch, definitiv, nachträglich «stand-still»



## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 3. Phase – vor der 1. Instanz: Die wichtigen Fragen

- Akteneinsicht
- Je nach Kanton:
  - Begrenzung Rechtsmittel (Bern, Aargau)
  - Referentenaudienz möglich (Zug)
  - Zwei Instanzen (Bern)
- Der Verfahrenslauf:
  - 2 Schriftenwechsel, mal weniger (SG), meistens mehr (ZH)
  - hohes Tempo - erfordert rasches Handeln der Parteien
- Der Entscheid: Anordnung Zuschlagserteilung, Neu Beurteilung, Abbruch; Feststellung Rechtswidrigkeit – oder Abweisung.
- Primär- und Sekundärrechtsschutz



## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?

- BGG Art. 83 lit. f: Beschwerde in ö-r. Angelegenheiten nicht zulässig,
  1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des [BöB oder bilat Abk CH-EU] nicht erreicht,
  2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt
- kein «Standstill», deshalb: vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen
- Legitimation: BGE 137 II 313 («Microsoft»); BGE 138 I 143 (Gemeindeautonomie zu «Public Voting»)
- Subsidiäre Verfassungsbeschwerde



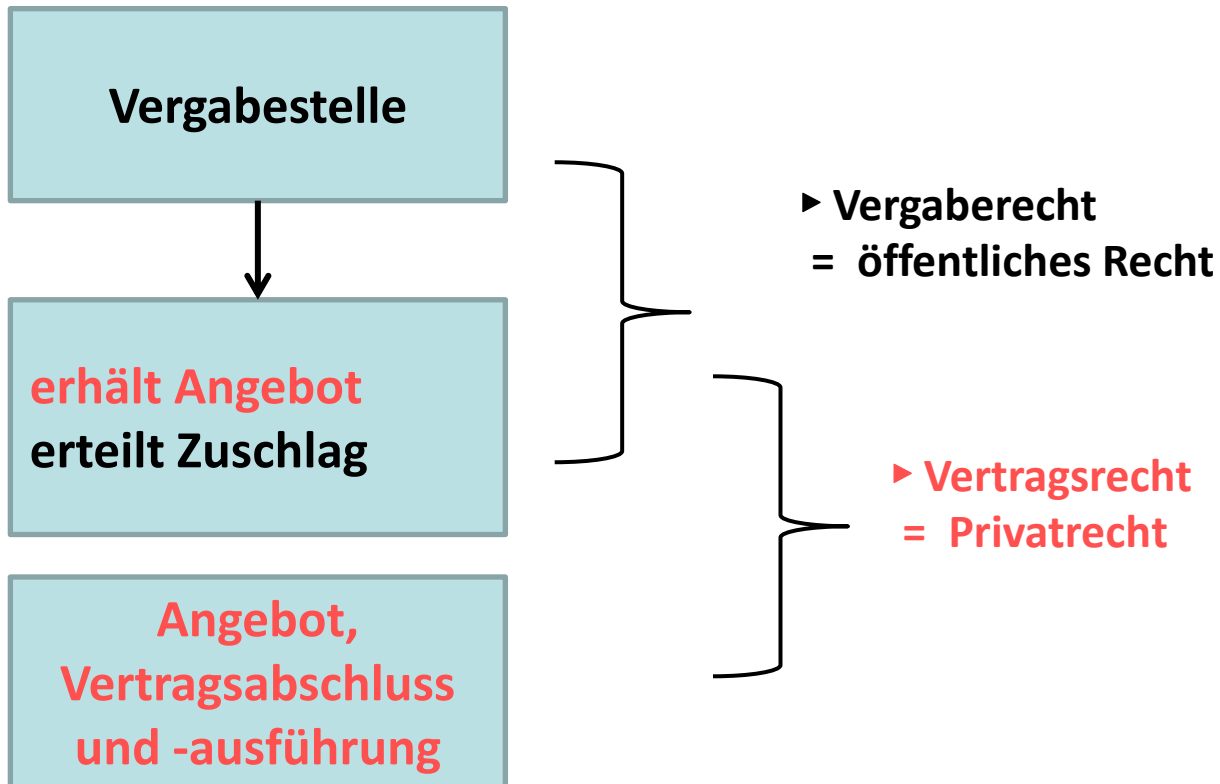
## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 5. Phase – den rechtskräftigen Entscheid umsetzen

- Anordnung zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin: und wenn die Vergabestelle nicht will?
  
- Anordnung zur Neubeurteilung:
  - Nur unter Einbezug Angebote Beschwerdeführer und Mitbeteiligte
  - Evtl. Ergänzung der Angebote?
  - Neue Verfügung –und neues Rechtsmittelverfahren?
  - Abbruch des Verfahrens möglich?
  
- Feststellung der Rechtswidrigkeit: Schadenersatz in einem zweiten Prozess – kantonale Unterschiede. I.d.R: nicht der entgangene Gewinn (vgl. Art. 34 Abs. 2 BÖB).



# 7. Zuschlag und Vertragsabschluss: Zweischichtentheorie





## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Das Vergabeverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur.
- Der rechtskräftige Zuschlag, mit dem das Vergabeverfahren beendet wird, stellt die Abschlusserlaubnis für den Vertragsabschluss dar.
- Es ist immer auch ein Vertragsanbahnungsverhältnis, das zudem auch dem Vertragsrecht untersteht.
- Ein Angebot eines Anbieters ist vergaberechtlich wie auch privatrechtlich zu beurteilen, auch was die Bindung des Unternehmers betrifft.
- Vgl. Berufung des Anbieters auf Grundlagenirrtum: vertragsrechtliche Beurteilung; vergaberechtliche Beurteilung eingrenzend, streng



## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Wann ist der Vertragsabschluss zulässig? Art. 22 BÖB; Art. 14 IVÖB
- vgl. VGr ZH, VB.2012.00436 vom 5.9.2012
  - Nach Ablauf Beschwerdefrist
  - Wenn nicht mehr mit einer Beschwerde zu rechnen ist
  - Wenn eine eingegangene Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beantragt hat und sie im Rahmen der Fristansetzung zur Beschwerdeantwort auch von Amtes wegen nicht erteilt wurde
- Entzug der aufschiebenden Wirkung; Abweisung; Nichteintreten
  - umgehend, Frist für Rm an BGer muss nicht abgewartet werden
  - BGer 2D\_26/2012, Urteil vom 7.8.12: «dies dürfte vermutlich einer verfassungsmässigen Prüfung standhalten»
  - BGer eröffnet superprovisorische Verfügung: stand-still
  - Vorheriger Vertragsabschluss: Mitteilung ans Gericht – Kostenaufgabe!



## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Der unzulässig verfrüht abgeschlossene Vertrag:
  - BGer 2D\_26/2012, Urteil vom 7.8.12:
    - Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung, bisher nicht entschieden. Tendenz?
  - BVGer B-3579/2012 (Zwischenentscheid 06.12.2012):  
«Vertrag als Frucht» *Vielmehr erweist sich der vorgezogene Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin unter diesem Gesichtspunkt als potentiell vergaberechtswidrig...*
  - Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012: «Anweisung an die Vergabestelle durch Vergabegericht zur Vertragsauflösung je nach Vertragstyp»
  - Grenzen für die Anordnung zur Auflösung: de facto schon ausgeführt





## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- BGE 129 I 410: negative Bindung - keine Pflicht zum Vertragsabschluss
- Vertragsanpassungen und –ergänzungen: was ist möglich und wo sind die Grenzen?
- Was gilt bei späterer Vertragsauflösung? Beyeler: das Vergaberecht kommt nicht mehr ins Spiel – Grenze: Missbrauch