



# Übersicht

## VI. Vergabeverfahren vor Gericht

1. Die Themen je nach Phasen
2. Erlass der Verfügung - Gerichtsverfahren - Umsetzung

## VII. Zuschlag und Vertrag

1. Die Zweischichtentheorie
2. Wann ist der Vertragsabschluss zulässig?  
Der verfrüht abgeschlossene Vertrag
3. Keine Pflicht zum Vertragsabschluss
4. 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?





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

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

- Eröffnung:
  - **Art. 51 BöB/IVöB**
  - individuelle Zustellung oder (nur) Publikation simap
- Zuständigkeit der Vergabestelle:
  - Unzuständigkeit: häufige Fehlerquelle, Nichtigkeit als Folge
  - vgl. «vorbehältlich Zustimmung des VR» in VB.2010.00002 vom 24.02.2010)
- Katalog der anfechtbaren Vergabeverfügungen:
  - **neu Art. 53 BöB/IVöB: abschliessende Aufzählung**
  - Ausschreibung, Präqualifikation, Zuschlag, Ausschluss, Abbruch, Widerruf, Entscheid über Ausstandsbegehren, Sanktion





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

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

- Begründung – was genügt?
- **Art. 51 II BöB/IVöB:** Summarische Begründungen bei Erlass
- = neu für einige Kantone umfassender
  - Praxis ZH «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügt inskünftig nicht mehr
- **Neu: kein Anspruch auf rechtliches Gehör vor Eröffnung Verfügung**
- **Art. 57 kein Anspruch auf Akteneinsicht im Verfügungsverfahren**





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 2. Phase – Fristenlauf

- **Art. 56 BöB/IVöB** Rechtsmittelfrist
- Bund, neu auch Kantone: 20 Tage.
- **Bis Umsetzung E-IIVöB:** Heute noch 10 Tage.
- Keine Gerichtsferien!
- Beginn Fristenlauf ohne Kenntnis Begründung?
- Heute noch: Spezialfall Basel Stadt.
- Debriefing.





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 2. Phase – Fristenlauf:

Was tun?

Was prüfen?





**#FAKE**





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 2. Phase – Fristenlauf: Die wichtigen Fragen

- Rechtsmittelweg offen?
  - Geltungsbereich – geht es um eine öffentliche Beschaffung?
  - neu Art. 52 I BöB/IVöB: ab Schwellenwert
    - Bund: Einladungsverfahren für DL/L; offenes Verfahren Bauleistungen
    - Kantone: DL / L / B Einladungsverfahren
  - Bund neu Art. 52 II BöB: Begrenzung der Anträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs







## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

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

- Beschwerdeobjekte **neu Art. 53 BÖB/IVöB**
- **Ausschreibungsunterlagen? Art. 53 II BÖB/IVöB**
- Die richtigen Anträge
  - Kaskade
  - **neu Schadenersatzbegehren**
  - Formell:
    - Aufschiebende Wirkung **neu Art. 54 BÖB/IVöB**: superprovisorisch, definitiv, nachträglich «stand-still»: **Bund nur Staatsvertragsbereich**
    - Akteneinsicht **neu Art. 57 II BÖB/IVöB**





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 3. Phase – Rechtsschutz: Bund bleibt eingeschränkt:

Art. 52 (und Art. 42 Abs. 2) BöB

Rechtsschutz zwar erweitert, aber:

- Nur im Staatsvertragsbereich vollumfänglich gewährleistet
- Erst ab Schwellenwert Einladungsverfahren (Bauleistungen erst ab öffentlicher Ausschreibung: 2 Mio.)
- Und zudem: Art der Dienstleistung / Positivlisten
- Ausserhalb Staatsvertragsbereich: Auftragserteilung kann nicht durchgesetzt werden, Vertragsabschluss unmittelbar nach Zuschlag zulässig. Hier bleibt nur: Sekundärer Rechtsschutz, Schadenersatz beschränkt Art. 58 Abs. 4 BöB.





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 3. Phase – Rechtsschutz: Bund bleibt eingeschränkt:

- Prognose: Keine Beschwerden ausserhalb des Staatsvertragsbereichs: Oder: welcher Anbieter ist an diesem Rechtsschutz interessiert?
- Rechtsweggarantie?
- Kantone umfassender Rechtsschutz: Ungleiches System







## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

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

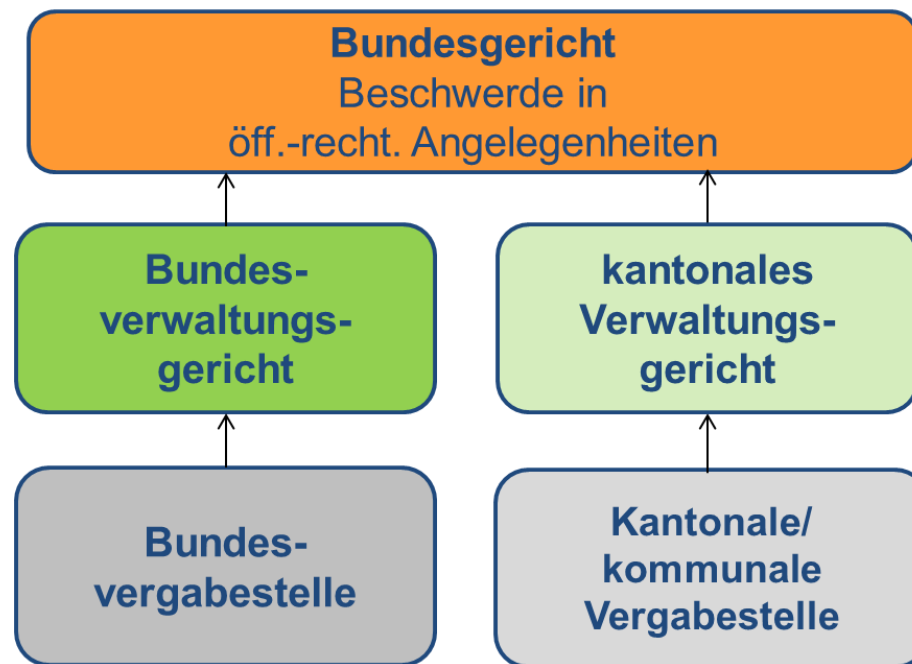
- Legitimation
  - BGE 141 II 14 («Ceneri»): Realistische Chance auf Zuschlag
  - Achtung ARGE
  - Freihandvergaben: BGE 137 II 313 («Microsoft») **Art. 56 IV/V BÖB/IVöB**
- Beschwerdegründe und Rügepflichten **Art. 56 III/IV BÖB/IVöB**
- Strenge Rügeobliegenheiten: **vgl. Art. 13 II, 53 II BÖB/IVöB**
  - Beschwerdeentscheid **Art. 58 BÖB/IVöB**,  
vgl. BGer, Urteil 2C\_979/2018 vom 22.1.2020 (Publikation)





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

### 3. Phase: Gerichtsverfahren – die Instanzen





## 6. Vergabeverfahren vor Gericht

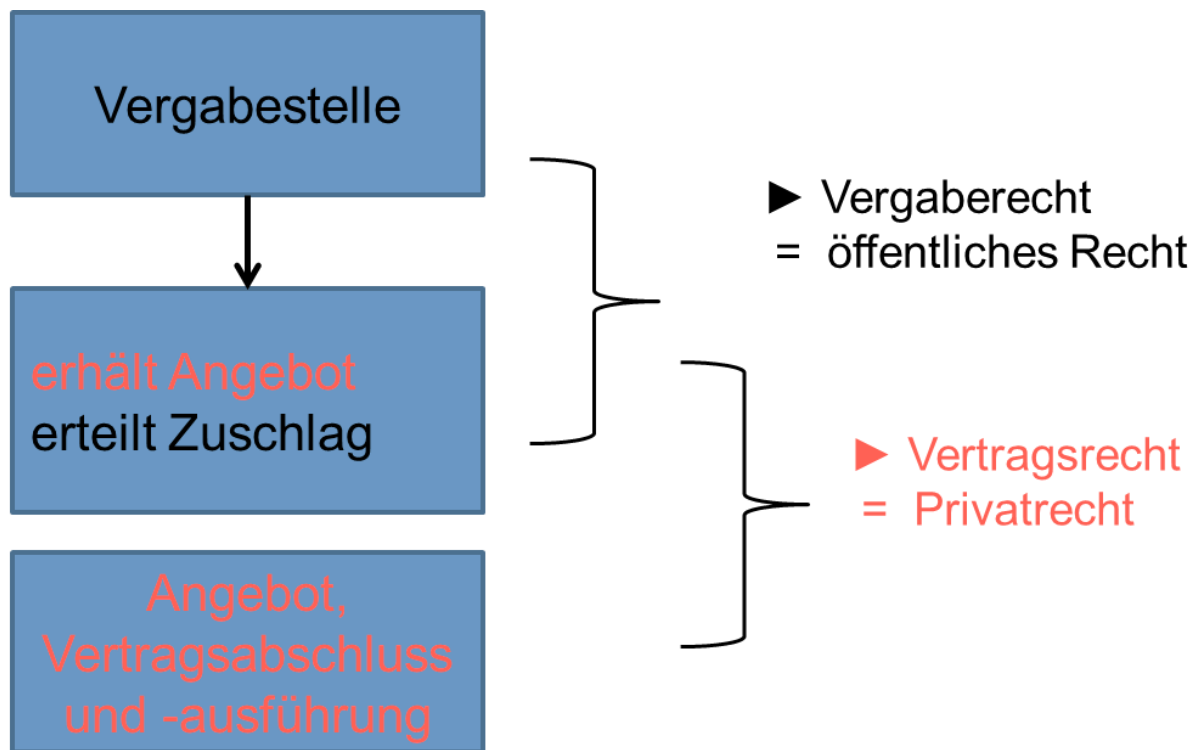
### 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?

- BGG Art. 83 lit. f: Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig,
  1. Auftragswert erreicht
  2. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung
- kein «Standstill», deshalb:
  - zusätzlich zu Beschwerde (BGer 2C\_1080/2017!) vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen
  - Anzeige an Vergabestelle
- Subsidiäre Verfassungsbeschwerde





## 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 und privatrechtlich zu beurteilen, auch was die Bindung des Unternehmers betrifft.
- Berufung des Anbieters auf Grundlagenirrtum: vertragsrechtliche Beurteilung; vergaberechtliche Beurteilung eingrenzend, streng





## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Wann ist der Vertragsabschluss zulässig?
- **Art. 42 BöB/IVöB**
- Grundsatz:
  - Nach Ablauf Beschwerdefrist
  - Wenn nicht mehr mit einer Beschwerde zu rechnen ist
  - Wenn Gericht aufschiebende Wirkung nicht anordnet (fehlender Antrag)
  - Oder wenn Gericht aufschiebende Wirkung entzieht
- **Bund ausserhalb StVB bereits nach Zuschlag**





## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Nach Entscheid auf Abweisung oder Nichteintreten:
  - umgehend, Frist für Rm an BGer muss nicht abgewartet werden.
  - Was unternehmen als Beschwerdeführer / RA?
  - Rechtswidrigkeit Vertragsabschluss?  
BGer 2C\_203/2014, Entscheid vom 09.05.2015, offen gelassen
  - Klar ist: BGer eröffnet superprovisorische Verfügung = standstill
- Vertragsabschluss: schriftliche Mitteilung ans Gericht. Risiko Kostenaufgabe!





## 7. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Der unzulässig verfrüht abgeschlossene Vertrag:
  - Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012: «Anweisung an die Vergabestelle durch Vergabegericht zur Vertragsauflösung je nach Vertragstyp»
  - so auch:
    - VGer ZH; VB.2018.00469, 17.01.2019
    - VGer TI, Entscheid 52.2028.305 vom 14.11.2018
    - VGer ZH, VB.2015.00238, 03.12.2015
    - VGer AG WBE.2012.159, 01.07.2013
  - 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

