



Übersicht

Vergabeverfahren vor Gericht / Prozessuales

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

Zuschlag und Vertrag

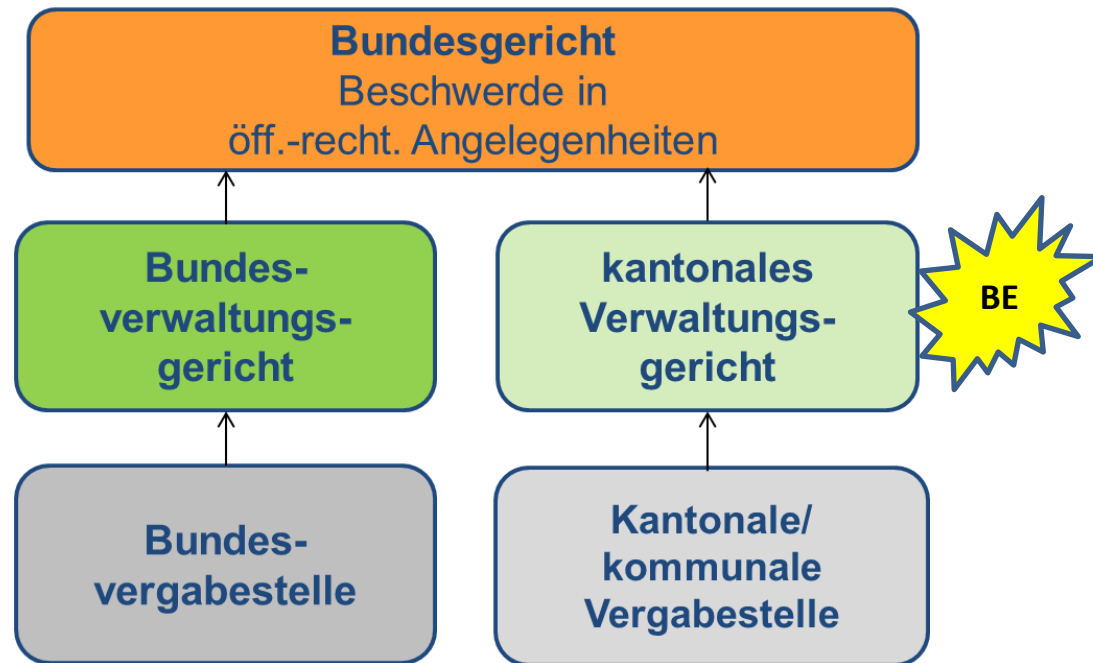
1. Die Zweischichtentheorie
2. Wann ist der Vertragsabschluss zulässig?
Der verfrüht abgeschlossene Vertrag
3. Keine Pflicht zum Vertragsabschluss
4. Was gilt nach einer Vertragsauflösung – wirkt das Vergaberecht weiter?





Vergabeverfahren vor Gericht

Gerichtsverfahren – die Instanzen





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?





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:
 - **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
- **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-IVöB:** 10 Tage
- Keine Gerichtsferien!
- Beginn Fristenlauf ohne Kenntnis Begründung?
- Debriefing





Vergabeverfahren vor Gericht

2. Phase – Fristenlauf:

- Was tun?
- Was prüfen?





Vergabeverfahren vor Gericht

2. Phase – Fristenlauf: Die wichtigen Fragen

- Rechtsmittelweg offen?
 - Geltungsbereich – geht es um eine öffentliche Beschaffung?
 - **Art. 52 I BÖB/IVöB:** ab Schwellenwert
 - Bund: Einladungsverfahren für DL/L (150 000);
offenes Verfahren Bauleistungen (2 Mio.)
 - Kantone: DL / L / B Einladungsverfahren
 - **Bund Art. 52 II BÖB:** Begrenzung der Anträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs





Vergabeverfahren vor Gericht

3. Phase – Rechtsschutz: Auf Bundesebene bleibt er eingeschränkt:

- Nur im Staatsvertragsbereich vollumfänglich gewährleistet
- Ausserhalb Staatsvertragsbereich:
 - Auftragserteilung kann nicht durchgesetzt werden, Vertragsabschluss unmittelbar nach Zuschlag zulässig.
 - Hier bleibt nur: Sekundärer Rechtsschutz, Schadenersatz aber beschränkt (Art. 58 Abs. 4 BöB)
 - Risiko fehlendes Rechtsschutzinteresse bei Freihändlern (BVGer B-3580/2021 vom 9.5.22, E. 1.4)





Vergabeverfahren vor Gericht

3. Phase – Rechtsschutz: Auf Bundesebene bleibt er eingeschränkt:

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





Vergabeverfahren vor Gericht

3. Phase: Erste Instanz - die wichtigen Fragen

- Beschwerdeobjekte **Art. 53 BöB/IVöB**
- **Ausschreibungsunterlagen? Art. 53 II BöB/IVöB**
- Die richtigen Anträge
 - Kaskade
 - **Schadenersatzbegehren (vgl. B-3709/2021 vom 2.6.2022, E. 14)**
 - Formell:
 - Aufschiebende Wirkung **Art. 54 BöB/IVöB**: superprovisorisch, definitiv, nachträglich «stand-still»: **Bund nur Staatsvertragsbereich**
 - Akteneinsicht **Art. 57 II BöB/IVöB**







Vergabeverfahren vor Gericht

3. Phase – Erste Instanz: Die wichtigen Fragen

- Legitimation
 - BGE 141 II 14 E. 1.2.2.3 («Ceneri»):
Realistische Chance auf Zuschlag
 - Achtung ARGE
 - Freihandvergaben:
 - BGer 2C_50/2022 vom 6.11.23 (zur Publikation vorgesehen), Praxisänderung zu BGE 137 II 313 («Microsoft»)
 - **Art. 56 IV BöB/56 V IVöB**
 - Achtung ausserhalb Staatsvertragsbereich fehlendes Rechtsschutzinteresse (BVGer B-3580/2021 vom 9.5.22, E. 1.2.2)
- Strenge Rügepflichten **Art. 13 II, 53 II BöB/IVöB**





Vergabeverfahren vor Gericht

3. Phase – Erste Instanz: Die wichtigen Fragen

- Wirkungen Beschwerdeentscheid
 - **Art. 58 BöB/IVöB**
 - BGE 148 I 53 E. 4: „Weissenstein“
Formelle/materielle Koordination
 - BGE 146 II 276 E. 6: Wirkung für alle Verfahrensbeteiligten
 - VGer BE 100.2018.255 vom 20.3.2019: Unzulässiger reformatorischer Entscheid Vorinstanz





Wege ans Bundesgericht





Vergabeverfahren vor Gericht

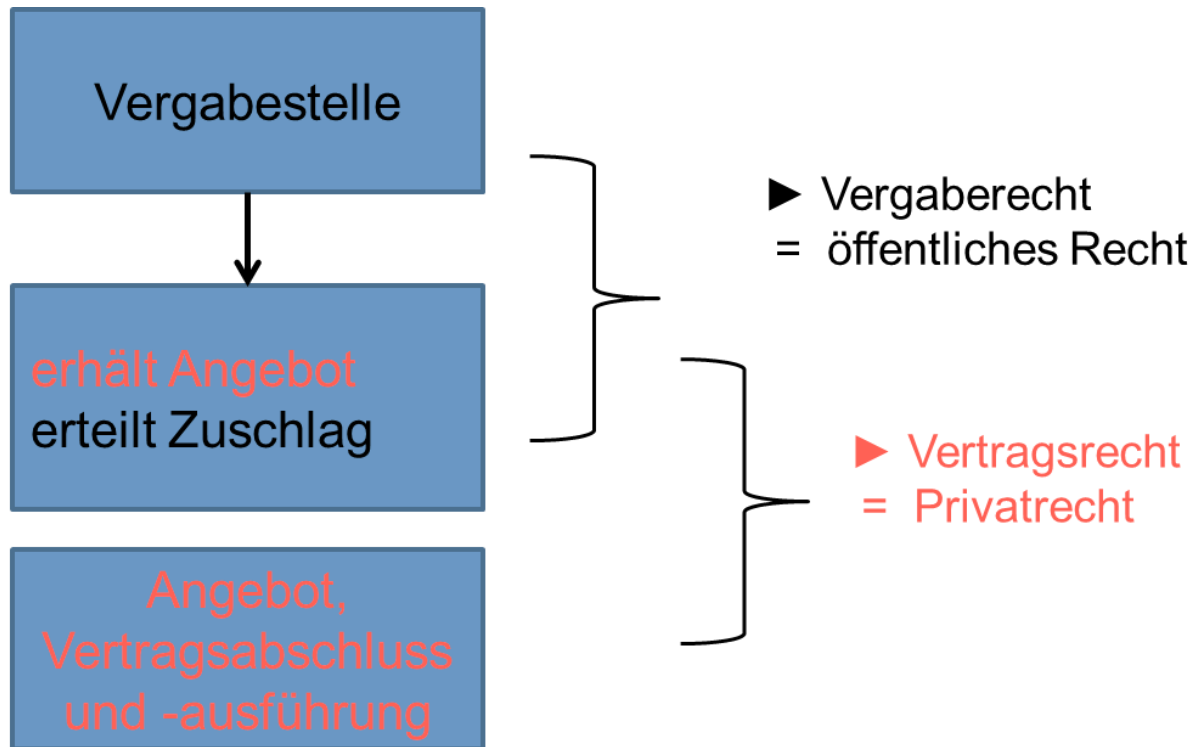
4. Phase – Wege ans Bundesgericht?

- BGG Art. 83 lit. f: Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig,
 1. Auftragswert erreicht (**BöB 52 I iVm. Anhang 4 Ziff. 2**: 2 Mio / 150 000):
Massgebend ist der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags
 2. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (BGer 2C_515/2022 E. 1.2)
- kein «Standstill», deshalb:
 - zusätzlich zu Beschwerde (BGer 2C_1080/2017 E. 2) vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen
 - Anzeige an Vergabestelle
- Keine Gerichtsferien! BGer 2C_654/2022 E. 3





Zuschlag und Vertragsabschluss: Zweischichtentheorie





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





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**





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 E. 1.5, 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.2019.00826 vom 14.05.2020, E. 4.5
 - VGer ZH, VB.2018.00469 vom 17.1.2019, E. 4.2
 - VGer ZH, VB.2015.00238 vom 03.12.2015, E. 6.5.2
 - VGer TI, Entscheid 52.2018.305 vom 14.11.2018
 - VGer AG, WBE.2012.159 vom 01.07.2013, E. 3.3
 - Grenzen für die Anordnung zur Auflösung: de facto schon ausgeführt





Zuschlag und Vertragsabschluss

- BGE 129 I 410 E. 3.4: negative Bindung - keine Pflicht zum Vertragsabschluss (vgl. auch VGer SG, B 2019/26 vom 1.7.2019, E. 4.2)
- 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

