



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.

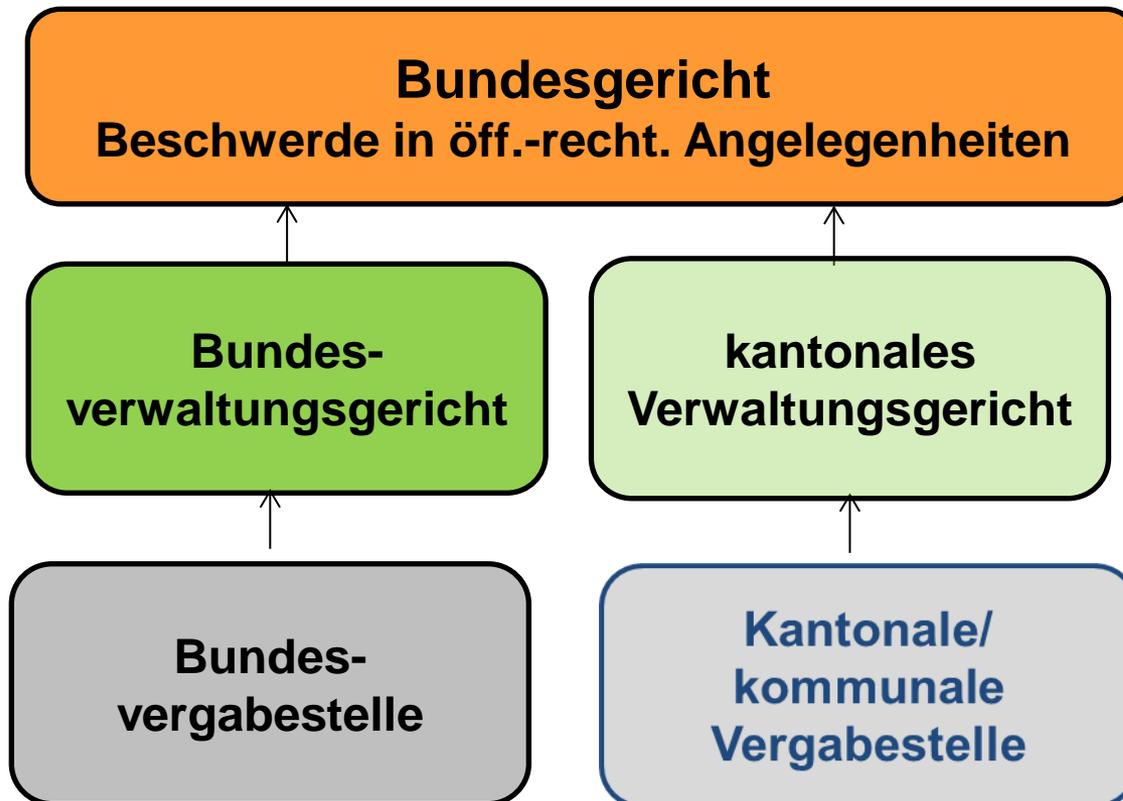
- Schriftliche Begründung kann verlangt werden.
 - Art. 23 BöB, § 38 Abs. 2 ZH-SVO: Name, Preis des berücksichtigten Angebots, wesentliche Gründe für die Nichtberücksichtigung, ausschlaggebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
 - Muss sie auch verlangt werden? Verfahrensfehler?

- 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

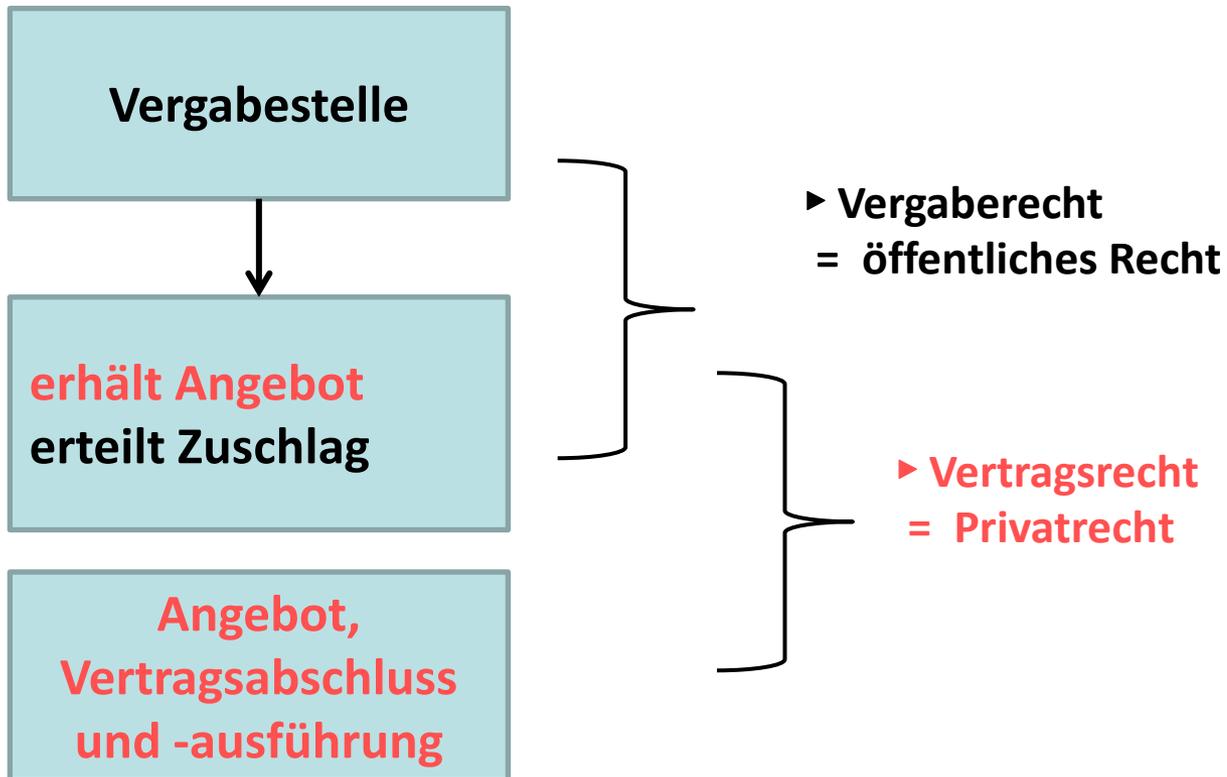
- Anordnung zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin: und wenn die Vergabestelle nicht will?

- 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