

November 2015

aktuell

Öffentliches Beschaffungsrecht



Fellmann Tschümperlin Lötcher AG

Editorial



In letzter Zeit war das Beschaffungswesen in den Medien sehr präsent. Verschiedene Korruptionsfälle erschütterten die Amtsstuben des Bundes (z.B. Fall «Insieme» der Eidgenössischen Steuerverwaltung), aber auch des Kantons Luzern (kantonale Dienststelle Informatik). Die oft hohen Summen und die Möglichkeit des Machtmissbrauchs durch Amtsträger machen das Beschaffungswesen anfällig für Korruption. Das Vergaberecht soll durch geregelte und transparente Verfahren den wirksamen Wettbewerb sicherstellen und Manipulationen erschweren. Wirtschaftlich ist das Vergaberecht sehr bedeutend: Bund und Kantone vergeben jährlich Aufträge in der Grössenordnung von 40 Milliarden Franken. Trotz dieser riesigen Summen blieb das Submissionswesen in der Schweiz während langer Zeit weitgehend unreguliert. Heute ist das Gegenteil der Fall: Es besteht eine umfangreiche, aber wenig übersichtliche und zersplitterte Regelungsvielfalt. Die verschiedenen Regelungsstufen (internationales Recht, Bundes- und kantonales Recht) sowie eine teilweise uneinheitliche Rechtsprechung machen das Vergaberecht zu einem komplexen Rechtsgebiet. In diesem Beitrag soll – der Chronologie des Beschaffungsverfahrens folgend – auf typische Problemstellungen in diesem immer wichtiger werdenden Rechtsgebiet hingewiesen werden.

Peter Kriesi
Rechtsanwalt

Marco Panayiotou
Rechtsanwalt

Öffentliches Beschaffungsrecht – Wichtige Aspekte des Vergabeverfahrens

Projektierungsphase

In dieser Phase sind dem Grundsatz der Transparenz und dem Gleichbehandlungsgebot besondere Beachtung zu schenken. Bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes sollten die Vergabestellen speziell darauf achten, dass kein Anbieter diskriminiert wird. Dies ist insbesondere dann heikel, wenn auf bestehenden Systemen aufgebaut wird, wie dies beispielsweise oft bei IT-Beschaffungen vorkommt. Falls der Vergabestelle ein potentieller Anbieter bei der Erstellung des Pflichtenhefts behilflich ist, sollte man an die Problematik der Vorbefassung denken: Womöglich muss der betreffende Anbieter als Konsequenz aus dem Submissionsverfahren ausgeschlossen werden.

Anwendungsbereich des Vergaberechts

Spätestens mit Abschluss der Projektierungsphase ist klar, ob der Auftrag überhaupt dem Vergaberecht untersteht oder nicht, ob also mit anderen Worten zwingende gesetzliche Vorschriften einzuhalten sind. Auch private Auftraggeber müssen unter Umständen das Submissionsverfahren durchlaufen, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen oder subventioniert werden. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts ist relativ breit gefasst und die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Thematik umfangreich: Vergabestellen tun somit gut daran, sorgfältig abzuklären, ob ein Projekt öffentlich vergeben werden muss oder nicht.

Wahl der Verfahrensart

Bei der Wahl der vier Verfahrensarten (offenes und selektives Verfahren sowie Einladungsverfahren und freihändige Vergabe) ist der Auftragswert entscheidend. Dessen Berechnung liegt nicht immer auf der Hand (Stichworte

Mehrwertsteuer, Vertragslaufdauer, Optionen), und der sorgfältigen Kostenermittlung ist unbedingt Beachtung zu schenken. Verlockend aber unzulässig ist, einen grossen, sachlich zusammenhängenden Auftrag künstlich in mehrere kleine aufzuteilen, um so unter dem Schwellenwert für die freihändige Vergabe zu bleiben (sog. Salamtaktik; so geschehen beim eingangs erwähnten Insieme-Fall).

Ausschreibung

Im offenen und im selektiven Verfahren muss die Vergabestelle den Auftrag nun ausschreiben. Die Ausschreibungsunterlagen legen die sog. Eignungs- und Zuschlagskriterien fest. Eignungskriterien sind anbieterbezogen und können z.B. die Angabe einer bestimmten Anzahl Referenzobjekte, die Teamzusammensetzung, Kapazitätsnachweise etc. umfassen. Sie müssen in jedem Fall sachlich begründet und auftragsspezifisch ausgestaltet sein. Ein Anbieter, der ein Eignungskriterium nicht erfüllt, wird aus dem Verfahren ausgeschlossen.

Die angebotsbezogenen Zuschlagskriterien hingegen sind offener; die Vergabestelle verfügt über ein grosses Ermessen bei deren Festlegung. Über die Zuschlagskriterien gibt es eine umfangreiche Gerichtspraxis, die hier nicht im Detail beleuchtet werden kann. Wichtig ist, dass die Kriterien objektiv ausgestaltet und klar von den Eignungskriterien abgrenzbar sind. Ziel ist es, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu finden; dieses erhält den Zuschlag. Die Vergabestelle muss die Gewichtung der einzelnen Kriterien (wie z.B. Preis, Qualität, Kundendienst, Termin, Ästhetik usw.) festhalten, wobei der Preis laut Bundesgericht mit mind. 20% gewichtet werden muss. Die Vergabestelle muss zudem «Killerkriterien», die zum Ausschluss eines Angebots führen, klar als solche bezeichnen.

Bereits die Ausschreibung selbst ist eine anfechtbare Verfügung und deshalb unbedingt genau zu prüfen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen Rügen an den Ausschreibungsunterlagen nämlich bereits zu



Tipps

- Den kurzen Rechtsmittelfristen haben Anbieter besondere Beachtung zu schenken. Die Frist für die Beschwerde gegen eine Zuschlagsverfügung beträgt lediglich 10 Tage. Auch die Ausschreibung selbst gilt bereits als – innert 10 Tagen – anzufechtende Verfügung.
- Vergabeverfahren sind eine rechtlich und technisch anspruchsvolle Materie mit entsprechend vielen Fehlerquellen. Es lohnt sich, Beschaffungen gut zu planen und die einzelnen Schritte sorgfältig abzuklären. Die Fehler der Vergabebehörde sind die Anfechtungsgründe der Anbieter.

diesem Zeitpunkt geltend gemacht werden, andernfalls sind sie verpasst. Die sehr kurzen Anfechtungsfristen (10 Tage) zwingen den Anbieter zu raschem Handeln.

Prüfung und Bewertung der Angebote; Zuschlag

Nach Ablauf der Eingabefrist öffnet die Vergabestelle die Angebote und prüft sie nach einheitlichen Kriterien. Unter anderem hat sie zu untersuchen, ob ein Ausschlussgrund gegen einen Anbieter vorliegt (z.B. Vorbefassung oder Nichterfüllung von Eignungskriterien). Ohne die Kriterien nachträglich zu verändern oder mit einzelnen Anbietern zu verhandeln, fällt die Vergabestelle schliesslich den Vergabeentscheid.

Der Zuschlagentscheid ist allen Anbietern mit kurzer Begründung zu eröffnen. Üblich – jedoch nicht vorgeschrieben – ist auch ein De-

briefing. Ein solches kann helfen, unzufriedene Anbieter von einer Beschwerde abzuhalten. Die nicht berücksichtigten Anbieter können den Zuschlag mit Beschwerde vor Gericht anfechten. Da nach erfolgtem Vertragsschluss dieser nicht mehr rückgängig gemacht, sondern lediglich noch Schadenersatz verlangt werden kann, ist mit der Beschwerde unbedingt ein Antrag auf sogenannte aufschiebende Wirkung zu stellen.

Vertragsabschluss

Ein juristisch umstrittenes Thema ist die Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Zuschlags, befindet man sich hier doch an der Schnittstelle von öffentlichem und privatem Recht. Einigkeit herrscht darüber, dass der Zuschlag noch nicht den Abschluss des Vertrages bedeutet, d.h. Zuschlag und Vertragsabschluss sind klar zu unterscheiden. Während nun aber das Angebot entsprechend den privatrechtlichen Regeln für den Anbieter bindend ist, verpflichtet der Zuschlag die Vergabebehörde nicht zum Vertragsschluss, sondern stellt lediglich die Abschlusserlaubnis dar. Der Vertrag kommt erst dadurch zustande, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers durch eine separate Erklärung angenommen wird.

RA Peter Kriesi ist Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht und beschäftigt sich als solcher regelmässig mit vergaberechtlichen Fragestellungen. Neben dem Bau- und Immobilienrecht ist er im allgemeinen Zivilrecht, Strafrecht und als Mediator tätig.

RA Marco Panayiotou ist im Juni 2015 in unsere Kanzlei eingetreten und ist bevorzugt im Baurecht, allgemeinen Zivilrecht und Strafrecht tätig.

In eigener Sache



Fabian Bucheli

Die unserer Anwaltskanzlei angegliederte Treuhandfirma Contario AG ist seit über 26 Jahren in den Bereichen Buchhaltung, Steuern, Stockwerkeigentums- und Liegenschaftsverwaltung tätig. Sie ist stetig gewachsen und darf heute auf viele treue Kunden zählen. Per 1. November 2015 hat nun Fabian Bucheli, der bereits seit rund sechs Jahren in der Contario als kompetenter Treuhänder in den Bereichen Buchhaltung und Steuern tätig ist, die Geschäftsführung übernommen. Der bisherige Geschäftsführer Roland Lötscher, der die Contario AG seit ihrer Gründung geleitet hat, wird sich inskünftig auf die Geschäftsführung unserer Anwaltskanzlei konzentrieren. Wir gratulieren Fabian Bucheli zu dieser Beförderung und freuen uns auf die weitere Zusammenarbeit mit ihm.



Roland Lötscher



Rechtsanwalt Dr. Raniner Wey

In den letzten Monaten konnten wir gleich mit zwei unserer Partner ein freudiges Ereignis feiern. Dr. Rainer Wey ist am 22. Juli 2015 Vater von Franziska geworden. Reto Marbacher durfte sich am 12. Oktober 2015 über die Geburt von Dario freuen. Wir gratulieren den glücklichen Eltern ganz herzlich und wünschen ihnen alles Gute!



Rechtsanwalt Reto Marbacher



Fellmann Tschümperlin Lötcher AG

Löwenstrasse 3
CH-6000 Luzern 6
Phone +41 41 419 30 30
Fax +41 41 410 45 35

Gerliswilstrasse 4
CH-6021 Emmenbrücke
Phone +41 41 260 59 59
Fax +41 41 260 59 89

mail@fellmann-partner.com
www.fellmann-partner.com