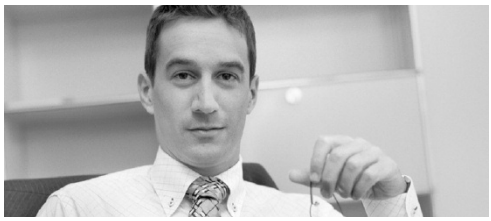
VergabeNews Nr. 1 November 2009

Wechselwirkungen zwischen Beschaffungs- und Privatrecht



Micha Bühler, LL.M., Rechtsanwalt
Counsel
+41 44 498 95 61; mbuehler@wwp.ch

Das Verhältnis zwischen Beschaffungs- und Privatrecht war kürzlich Gegenstand verschiedener Gerichtsentscheide. Zu erheblichen Unsicherheiten in der Praxis hat BGE 134 II 297 geführt, mit welchem das Bundesgericht die vertragsrechtliche Verbindlichkeit des Angebots des Zuschlagsempfängers in Frage stellte. Klärung erfolgte hingegen hinsichtlich der Beschwerdelegitimation von Anbieterkonsortien.

Sachverhalt von BGE 134 II 297

BGE 134 II 297 lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Zuschlag für den Hauskehricht-Sammeldienst für die neu ausgeschriebene Zeitspanne erging wiederum an den bisherigen Anbieter. Dagegen erhob ein Mitbewerber Beschwerde, woraufhin sich die Vergabestelle gezwungen sah, den auslaufenden Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger im Sinne einer Übergangsregelung zu verlängern. Nach erfolgter Abweisung der Beschwerde stellte die Vergabestelle dem Zuschlagsempfänger den (neuen) Beschaffungsvertrag zur Unterzeichnung zu. Der Zuschlagsempfänger verlangte aber eine von seinem Submissionsangebot abweichende Anpassung der Vergütungsregelung, was die Vergabestelle ablehnte. Nachdem eine Besprechung ergebnislos verblieb, teilte die Vergabestelle dem Zuschlagsempfänger, welcher weiterhin auf der beantragten Änderung beharrte, mit, sie werde nach Ablauf der vereinbarten Verlängerung des bisherigen Vertrags die ausgeschriebenen Leistungen an das im Vergabeverfahren zweitplatzierte Unternehmen übertragen. Daraufhin retournierte der Zuschlagsempfänger das unterzeichnete Vertragsdokument. Die Vergabestelle erklärte die Vertragsunterzeichnung als verspätet und hielt an der Beauftragung des zweitplatzierten Mitbewerbers fest.

Dagegen erhob der Zuschlagsempfänger Beschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht und verlangte, die Vergabestelle sei zum Abschluss des von ihr unterbreiteten Beschaffungsvertrags zu verpflichten. Das Verwaltungsgericht erklärte sich jedoch für unzuständig, über das Zustandekommen des Vertrags zu urteilen, und verwies den Zuschlagsempfänger an den Zivilrichter. Das erstinstanzliche Zivilgericht erachtete sich ebenfalls als unzuständig, da es seinerseits von einer öffentlich-rechtlichen Natur des strittigen Rechtsverhältnisses ausging. Diesen Entscheid zog der Zuschlagsempfänger an das Kantonsgericht weiter, welches einen privatrechtlichen Vertragsabschluss bejahte.

Gegen den kantonsgerichtlichen Entscheid erhob nun die Vergabestelle zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Dieses hatte zu entscheiden, ob zivilrechtlich ein Vertragsschluss mit dem Zuschlagsempfänger, wie von diesem geltend gemacht, erfolgt und somit der Beschaffungsvertrag zustande gekommen war. Das Bundesgericht verneinte dies.

Rechtnatur der Zuschlagsverfügung und des Beschaffungsvertrags

Das Bundesgericht hielt unter Bezugnahme auf die sog. Zweistufentheorie fest, dass die Zuschlagsverfügung lediglich bestimmt, mit welchem Anbieter die Vergabebehörde den Beschaffungsvertrag abschliessen soll bzw. darf. Hingegen wird mit dem Zuschlag der Gegenstand des Vergabeverfahrens nicht unmittelbar dem obsiegenden Anbieter "vergeben", noch begründet der Zuschlag eine Kontrahierungspflicht der Vergabebehörde. Solange der Zuschlag Bestand hat, ist es dieser aber vergaberechtlich verwehrt, mit einem anderen Unternehmen über den Vergabegegenstand einen Vertrag abzuschliessen. Soll der Auftrag nicht mehr dem Zuschlagsempfänger, sondern einem Dritten erteilt werden, so muss die Vergabebehörde den Zuschlagsentscheid jedenfalls förmlich – d.h. mittels beschwerdefähiger Verfügung – widerrufen und gegebenenfalls das Vergabeverfahren wiederholen.

Die Pflicht des Anbieters, die offerierten Leistungen dem Gemeinwesen zu erbringen, und die entsprechende Vergütungspflicht der Vergabestelle werden hingegen erst durch den Abschluss des Beschaffungsvertrages rechtlich begründet. In der Regel "treten sich der Anbieter und das Gemeinwesen dabei … auf dem Boden des Privatrechts gegenüber und schliessen

einen privatrechtlichen Vertrag". Möglich, wenn auch seltener, ist, dass der Beschaffungsvertrag aufgrund des konkreten Inhalts der vom Zuschlagsempfänger zu erbringenden Leistung öffentlich-rechtlicher Natur ist. Gemäss Bundesgericht liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor, wenn sich der Staat durch Kauf, Werkvertrag oder Auftrag bloss Hilfsmittel beschafft, derer er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. Hat der Beschaffungsvertrag hingegen direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bzw. deren Übertragung an den Anbieter zum Inhalt, so handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Vertrag. Mit der streitbetroffenen Vereinbarung lag freilich ein eigentlicher Grenzfall vor. Das Bundesgericht qualifizierte diese schliesslich als privatrechtlich, zumal auch die von der öffentlichen Hand abgeschlossenen Verträge im Zweifelsfall als privatrechtliche Verträge anzusehen sind.

Sind Submissionsofferten keine bindenden Angebote zum Vertragsschluss?

Der Abschluss des (privatrechtlichen) Beschaffungsvertrags richtet sich somit nach den obligationenrechtlichen Bestimmungen und setzt folglich Offerte und Akzept voraus.

Bis anhin einhellige Auffassung war, dass bereits das im Vergabeverfahren unterbreitete Angebot privatrechtlich einen bindenden Antrag zum Vertragschluss im Sinne von Art. 3 ff. OR darstellt, womit der Beschaffungsvertrag grundsätzlich mit blosser Annahmeerklärung der Vergabestelle zu Stande kommt. In der Tat folgt bereits aus den vergaberechtlichen Regeln, dass das Submissionsangebot sämtliche wesentlichen Vertragspunkte abzudecken hat.

Das Bundesgericht scheint dieses Verständnis im hier besprochenen Fall verworfen zu haben, hielt es doch apodiktisch fest, dass die im Vergabeverfahren eingereichten Angebote "technisch noch keine Offerten zum Vertragsabschluss" darstellen, da die Vertragsverhandlungen "erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens [beginnen]" und die Parteien sich über Nebenpunkte noch frei verständigen können.

Während die Ausführungen des Bundesgerichts zur Rechtnatur der Zuschlagsverfügung und des Beschaffungsvertrags mit den hierzu in der Lehre entwickelten Grundsätzen in Einklang stehen, ist dessen anscheinende Negierung des privatrechtlich bindenden Offertcharakters des Submissionsangebots auf allgemeine Kritik und Ablehnung gestossen. Ob die höchstrichterlichen Erwägungen in diesem Punkt wirklich generalisierbar sind oder einfach einen Ausweg aus einer aussichtslosen Situation ermöglichen sollten, wird sich zeigen.

Ausblick

Bis auf weiteres birgt der bundesgerichtliche Befund für die Vergabestellen jedoch die Gefahr, dass ein Zuschlagsempfänger von seinem Submissionsangebot nachträglich Abstand nimmt bzw. diese Möglichkeit zumindest als verhandlungstaktisches Argument zu nutzen sucht.

In der Praxis dürfte dies bedeuten, dass die Vergabestellen mit der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen eine explizite Erklärung des Anbieters dahingehend verlangen werden, dass dieser im Falle des Zuschlags auch im schuldrechtlichen Sinne an sein Submissionsangebot gebunden sei und etwaige Detailverhandlungen ihn von dieser Bindung nicht entheben, bzw. dass die Anbieter zudem ein Konventionalstrafe- oder Garantieversprechen hierfür abzugeben haben.

Anzufügen bleibt, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens bzw. die Teilnahme daran trotz fehlendem Vertragsabschlusswillen eine Verletzung der vorvertraglichen Treupflichten darstellen dürfte, welcher zu einer Haftung aus "culpa in contrahendo" führen kann. Nach durchlaufenem Vergabeverfahren sollten demnach sowohl Vergabestelle wie Anbieter jedenfalls nur bei schwerwiegenden Gründen erwägen, sich einem Vertragsschluss zu verweigern.

Keine Beschwerdelegitimation einzelner Konsortialmitglieder

Mit Entscheid vom 20. Juli 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, dass auch im Bereich des Bundesbeschaffungsrechts die Mitglieder eines Anbieterkonsortiums jeweils nur gemeinsam zu einer Vergabebeschwerde legitimiert sind, solange der Beschaffungsvertrag mit dem Zuschlagsempfänger noch nicht abgeschlossen ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich damit endgültig von der vormals von ihm bzw. der Rekurskommission gehaltenen Praxis verabschiedet, wonach auch ein einzelner Gesellschafter einer Bietergemeinschaft Beschwerde erheben kann, solange kein Gesellschafter bewusst aus dem Konsortium ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seiner Begründung fest, dass auf das Konsortium das Recht der einfachen Gesellschaft Anwendung findet, wobei gemäss Art. 535 Abs. 3 OR Prozesshandlungen von

den Gesellschaftern nur gemeinsam und übereinstimmend vorgenommen werden können. Mithin bilden die Konsortialmitglieder eine notwendige Streitgenossenschaft, zumal die einfache Gesellschaft selbst nicht parteifähig ist. Erfolgt die Beschwerde nicht namens aller Mitglieder, tritt deshalb das Bundesverwaltungsgericht auf diese nicht (mehr) ein.

Explizite Bevollmächtigung des federführenden Konsortialpartners erforderlich

Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht umfasst eine Bevollmächtigung des federführenden Konsortialpartners zur Eingabe des Präqualifikationsangebots des Konsortiums keine implizite Bevollmächtigung auch zur Beschwerdeführung gegen einen negativen Präqualifikationsentscheid. Entsprechend erscheint es ratsam, im Konsortialvertrag oder mittels Gesellschaftsbeschluss eine Bevollmächtigung des federführenden Konsortialpartners explizit auch für eine etwaige Beschwerdeführung vorzusehen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.
Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (VergabeNews@wwp.ch) mit.

Unter **www.beschaffungswesen.ch** finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss & Partner AG, Zürich, 2009

ww&p **Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte**

Walder Wyss & Partner AG
Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
CH-8034 Zürich
Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@wwp.ch
www.wwp.ch