

VergabeNews Nr.

15

Vertragsgestaltung in Ausschreibungsunterlagen

Analyse und Würdigung der verschiedenen Möglichkeiten der Vergabestelle.

walderwyss rechtsanwälte



David M. Hill

MLaw, Rechtsanwalt

Telefon +41 58 658 14 66

david.hill@walderyyss.com

Vertragsgestaltung in Ausschreibungsunterlagen

Das Vergaberecht schreibt vor, dass der wesentliche Inhalt eines Beschaffungsvertrags keine Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen und vom berücksichtigten Angebot enthalten darf. Inwieweit die Ausschreibungsunterlagen auf den Wortlaut des späteren Vertrags Einfluss nehmen, liegt allerdings dennoch bis zu einem gewissen Grad im Ermessen der Vergabestelle. Letztere verfügt in diesem Zusammenhang über drei Möglichkeiten, welche im vorliegenden Beitrag analysiert und gewürdigt werden.

Ausgangslage

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens gilt die sog. Zweistufentheorie, wonach zwischen der internen Willensbildung der Vergabestelle und dem darauffolgenden Vertragsschluss zu unterscheiden ist:

1. Die interne Willensbildung der Vergabestelle ist durch das öffentlich-rechtliche Vergaberecht geregelt. Sie beginnt mit der Ausschreibung eines bestimmten Auftrags und wird mit der Zuschlagserteilung abgeschlossen.
2. Nach der Zuschlagserteilung schliesst die Vergabestelle mit dem Anbieter, welcher den Zuschlag erhalten hat, in der Regel einen privatrechtlichen Vertrag.

Trotz dieser Aufteilung in einen öffentlich- und einen privatrechtlichen Teil sind die beiden Stufen der Beschaffung untrennbar miteinander verbunden: Das Vergaberecht schreibt vor, dass der wesentliche Inhalt des durch die Vergabestelle geschlossenen Vertrags – insbesondere der Leistungsgegenstand und der Preis – keine Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen und vom berücksichtigten Angebot enthalten darf; mit anderen

Worten können sich die Vergabestelle und der Anbieter, welcher den Zuschlag erhalten hat, grundsätzlich nur noch über blosser Nebenpunkte – wie z.B. Zahlungsbedingungen – frei verständigen (vgl. BGE 134 II 297 E. 4.2).

Daraus folgt, dass sich sowohl die Vergabestelle als auch die Anbieter bereits im Rahmen der ersten Stufe Gedanken über einen allfälligen Vertragsschluss machen müssen. Namentlich muss die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand in den Ausschreibungsunterlagen möglichst genau definieren, damit der wesentliche Inhalt des späteren Vertrags im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereits feststeht. Inwieweit die Ausschreibungsunterlagen auf den Vertragswortlaut Einfluss nehmen, liegt allerdings dennoch bis zu einem gewissen Grad im Ermessen der Vergabestelle. Letztere verfügt in diesem Zusammenhang über drei Möglichkeiten, welche in der Folge analysiert und gewürdigt werden.

Möglichkeit 1: Der Vertrag liegt bereits den Ausschreibungsunterlagen bei

Denkbar ist zunächst, dass die Vergabestelle den Vertrag oder zumindest einen Vertragsentwurf bereits vor der Aus-

schreibung ausarbeitet und diesen den Ausschreibungsunterlagen beilegt. Im Idealfall muss ein solcher Vertrag bzw. Vertragsentwurf nach der Zuschlagserteilung nur noch mit vereinzelt Angaben, welche sich dem berücksichtigten Angebot entnehmen lassen (Bezeichnung des Vertragspartners, Preis, Schlüsselpersonen, etc.), ergänzt werden.

Die vorgängige Ausarbeitung des Vertrags bzw. Vertragsentwurfs weist zahlreiche Vorteile auf. Insbesondere entspricht sie den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung, da von Anfang an klare Verhältnisse bestehen und die Anbieter sämtliche mit dem Vertragsschluss verbundenen Risiken in ihren Angeboten abbilden können. Des Weiteren wird mit dieser Variante auch ein Zeitgewinn erreicht, da – zumindest im oben genannten Idealfall – nach der Zuschlagserteilung keinerlei Verhandlungs- und Diskussionsbedarf besteht.

Die Akzeptanz des vorgängig ausgearbeiteten Vertrags bzw. Vertragsentwurfs stellt in der Regel eine Teilnahmebedingung dar (**Untervariante 1**). In diesem Fall müssen Anbieter, welche den Vertrag bzw. Vertragsentwurf nicht akzeptieren, grundsätzlich aus dem jeweiligen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Von einem Ausschluss ist jedoch dann abzusehen, wenn sich die fehlende Akzeptanz auf bloss unwesentliche und im Ergebnis unbedeutende Nebenpunkte des Vertrags bzw. Vertragsentwurfs bezieht, da ein Ausschluss unter diesen Umständen unverhältnismässig wäre (vgl. etwa BGE-Urteil 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3).

In der Praxis kommt es allerdings auch vor, dass Vergabestellen von den Anbietern vorgenommene Anpassungen am Vertrag bzw. Vertragsentwurf erlauben und allfällige Anpassungen mittels eines speziellen Zuschlagskriteriums, welches in der Regel mit 10-15% gewichtet wird, in die Bewertung der Angebote miteinbe-

ziehen (**Untervariante 2**). Dies führt dazu, dass die Maximalpunktzahl nur bei einer vollständigen Akzeptanz des Vertrags bzw. Vertragsentwurfs erreicht werden kann, während Anpassungen je nach Umfang und Wesentlichkeit einen mehr oder weniger grossen Abschlag geben.

Beide Untervarianten sind rechtlich zulässig und weisen sowohl Vor- als auch Nachteile auf: Da bei der Untervariante 1 keine Anpassungen erlaubt sind, führt diese im Vergleich zur Untervariante 2 zu etwas mehr Transparenz; demgegenüber kann die Untervariante 2 unter Umständen wirtschaftlicher sein, da bei ihr – im Unterschied zur Untervariante 1 – auch ein Anbieter, welcher ein sehr gutes Angebot einreicht, aber nur bei gewissen Anpassungen am vorgängig ausgearbeiteten Vertrag bzw. Vertragsentwurf zu einem Vertragsschluss bereit ist, den Zuschlag erhalten kann. Es kommt auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an, ob die Vorteile der Untervariante 1 oder diejenigen der Untervariante 2 überwiegen.

So oder anders hängt die Verwirklichung der oben genannten Vorteile – Transparenz, Gleichbehandlung der Anbieter und Zeitgewinn – letztlich von der Qualität des vorgängig ausgearbeiteten Vertrags bzw. Vertragsentwurfs ab. Da die Ausarbeitung eines gut redigierten Vertrags bzw. Vertragsentwurfs aufwändig ist, sollte die Vergabestelle hierfür genügend Zeit und Ressourcen einplanen. Im Internet werden zwar – z.B. von der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) – diverse Vertragsvorlagen zur Verfügung gestellt; diese sollten jedoch nicht unbesehen übernommen, sondern höchstens als Hilfsmittel verwendet werden.

Bei den allermeisten Ausschreibungen lohnt es sich für die Vergabestelle, den hierfür notwendigen Aufwand auf sich zu nehmen. Von daher überrascht es nicht, dass die vorgängige Ausarbeitung eines

Vertrags bzw. Vertragsentwurfs in der Regel sowohl von Vergabestellen als auch in der Rechtsliteratur empfohlen wird. Es gibt jedoch gewisse Konstellationen, bei denen der oben genannte Idealfall ausnahmsweise nicht erreicht werden kann und bei denen sich der entsprechende Aufwand nicht lohnt. Dies kann insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen der Fall sein, auf welche bei der Möglichkeit 2 näher eingegangen wird.

Möglichkeit 2: Der Vertrag wird erst nach der Zuschlagserteilung erstellt

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass den Ausschreibungsunterlagen kein Vertrag bzw. Vertragsentwurf beiliegt und dass der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter somit erst nach der Zuschlagserteilung erstellt wird. Diese Vorgehensweise wird oftmals damit begründet, dass sie im Vergleich zur Möglichkeit 1 (Vertrag bzw. Vertragsentwurf als Teil der Ausschreibungsunterlagen) weniger aufwändig sei.

Aus rechtlicher Sicht ist es unproblematisch, wenn der Vertrag erst nach der Zuschlagserteilung erstellt wird. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Vergabestelle und der berücksichtigte Anbieter bei der Ausgestaltung des Vertrags völlig frei wären. Vielmehr sind sie – wie bereits dargelegt – an die Ausschreibungsunterlagen und an das Angebot gebunden. Demgemäss sollte im vergaberechtlichen Idealfall auch bei dieser Variante bezüglich des wesentlichen Vertragsinhalts keinerlei Verhandlungsspielraum mehr bestehen, d.h. dass sich die Vertragsredaktion hauptsächlich auf eine Nachführung der Ausschreibungsunterlagen und des berücksichtigten Angebots beschränken sollte.

Wenn dieser Idealfall – wie bei den meisten Vergabeverfahren – mittels einer sauberen und vollständigen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen erreicht werden kann, ist es gerade nicht so, dass diese Variante im Vergleich zur

Möglichkeit 1 weniger aufwändig ist (vgl. etwa BGE 134 II 192, wo die Vergabestelle den Zuschlag unter anderem mit der Begründung, dass die nach dem Zuschlag während längerer Zeit geführten Vertragsverhandlungen zu keinem positiven Ergebnis geführt hatten, widerrufen und das Vergabeverfahren abgebrochen hat). Unter diesen Umständen würde die Vergabestelle somit auf die oben aufgezeigten Vorteile der Möglichkeit 1 – Transparenz, Gleichbehandlung der Anbieter und Zeitgewinn – verzichten, ohne dass daraus irgendwelche anderen Vorteile resultieren würden.

Es gibt jedoch Ausschreibungen, bei denen der oben genannte Idealfall ausnahmsweise nicht erreicht werden kann und bei denen die Vergabestelle ein legitimes Bedürfnis nach Flexibilität hat, welches die Möglichkeit 1 nicht zu erfüllen vermag. Zu denken ist etwa an eine komplexe ICT-Beschaffung, mit welcher die Vergabestelle keine allgemein bekannte, sondern eine neue und innovative Software beschaffen will, welche auf die besonderen Bedürfnisse der Vergabestelle zugeschnitten ist. In einem solchen Fall können der Beschaffungsgegenstand bzw. die vom Anbieter zu erbringenden Leistungen im Sinne einer funktionalen Ausschreibung lediglich anhand von Zielen definiert werden.

Bei einer funktionalen Ausschreibung kann es unter Umständen sinnvoll sein, auf eine vorgängige Ausarbeitung eines Vertrags bzw. Vertragsentwurfs zu verzichten: Einerseits könnte ein allzu konkreter Vertrag bzw. Vertragsentwurf womöglich die Eigeninitiative und Kreativität der Anbieter, welche mit der funktionalen Ausschreibung gefördert werden soll, hemmen; andererseits würde die Möglichkeit 1 kaum mehr Transparenz schaffen und für die Vergabestelle im Gegensatz zum oben genannten Idealfall tatsächlich einen Mehraufwand darstellen, falls bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen noch viele offene Fragen bestehen.

Die Vergabestelle muss aber auch bei einem Verzicht auf eine vorgängige Ausarbeitung eines Vertrags bzw. Vertragsentwurfs sicherstellen, dass die Ausschreibungsunterlagen sauber und vollständig ausgestaltet werden, damit die verschiedenen Angebote vergleichbar sind und damit in Bezug auf den Inhalt des späteren Vertrags nach der Zuschlagserteilung möglichst wenig Verhandlungs- und Diskussionsbedarf besteht. In diesem Zusammenhang kann es namentlich sinnvoll sein, in den Ausschreibungsunterlagen allgemeine Bedingungen – z.B. bestimmte SIA-Normen oder die AGB der Schweizerischen Informatikkonferenz (SIK) – zu definieren bzw. für anwendbar zu erklären.

Möglichkeit 3: Die Anbieter müssen zusammen mit ihrem Angebot einen Vertrag einreichen

Als dritte Möglichkeit ist es denkbar, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, dass die Anbieter einen Vertragsentwurf erstellen und ihrem Angebot beilegen. Diese Vorgehensweise ist in der Praxis relativ selten, wird aber von gewissen Vergabestellen hin und wieder verwendet. Sie wird in der Regel damit begründet, dass diese Vorgehensweise im Vergleich zu den anderen beiden Möglichkeiten weniger aufwändig sei und weil so auch bei einer funktionalen Ausschreibung im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung zumindest ein Vertragsentwurf vorliege.

Diese Variante ist rechtlich unproblematisch, falls die Vertragsentwürfe nicht in die Bewertung der einzelnen Angebote einfließen. Es ist jedoch äusserst fraglich, ob für die Vergabestellen mit dieser Vorgehensweise tatsächlich weniger Aufwand entsteht: Erfahrungsgemäss ist es aufwändiger, einen schlechten Vertragsentwurf zu überarbeiten als von Anfang an einen guten Vertrag bzw. Vertragsentwurf zu erstellen. Demgemäss sollte diese Variante – wenn überhaupt – nur in den oben dargestellten Ausnahmefällen,

in denen die vorgängige Ausarbeitung eines Vertrags bzw. Vertragsentwurfs nicht möglich bzw. sinnvoll ist, in Erwägung gezogen werden (d.h. namentlich bei funktionalen Ausschreibungen).

Falls sich die Vergabestelle für diese Variante entscheidet, muss sie sicherstellen, dass sie den Vertragsentwurf des berücksichtigten Anbieters anpassen kann, sofern er von den Ausschreibungsunterlagen abweicht und/oder schlecht redigiert ist. Entsprechend sollte in den Ausschreibungsunterlagen klargestellt werden, dass letztlich die Vergabestelle den genauen Vertragsinhalt festlegt und dass sie dabei nicht an den Vertragsentwurf des berücksichtigten Anbieters gebunden ist.

Daraus folgt, dass der vom berücksichtigten Anbieter eingereichte Vertragsentwurf letztlich nur als Anhaltspunkt bei der Festlegung des Vertragsinhalts durch die Vergabestelle dient. Angesichts dieser geringen Bedeutung der eingereichten Vertragsentwürfe sowie des für die Anbieter dadurch entstehenden Zusatzaufwands ist es auch bei funktionalen Ausschreibungen fraglich, ob diese Variante sinnvoll ist; dies muss aber letztlich von den Vergabestellen gestützt auf die konkreten Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

Fazit

Die Vergabestellen verfügen bezüglich der Vertragsgestaltung in den Ausschreibungsunterlagen trotz der vergaberechtlichen Vorgabe, dass der wesentliche Inhalt eines Beschaffungsvertrags keine Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen und vom berücksichtigten Angebot enthalten darf, über einen gewissen Ermessensspielraum. Um diesen Ermessensspielraum optimal zu nutzen, sollten sich die Vergabestellen bei jeder einzelnen Ausschreibung bereits im Vorfeld Gedanken zum späteren Beschaffungsvertrag machen und sich überlegen, welche der drei aufgezeigten Mög-

lichkeiten am sinnvollsten ist.

Grundsätzlich ist im Interesse sämtlicher Beteiligten – d.h. sowohl der Vergabestelle als auch der (potentiellen) Anbieter – zu empfehlen, vorgängig einen Vertrag bzw. Vertragsentwurf auszuarbeiten und den Ausschreibungsunterlagen beizulegen (Möglichkeit 1). So können mit dieser Möglichkeit von Anfang an klare Verhältnisse geschaffen und spätere Diskussionen über den Wortlaut des Vertrags vermieden werden, was insbesondere dem vergaberechtlichen Transparenzgebot entspricht und zu einem Zeitgewinn führt.

Es gibt jedoch bestimmte Ausnahmefälle, in denen die Vergabestelle ein legitimes Bedürfnis nach Flexibilität hat, welches mit der Möglichkeit 1 nicht erfüllt werden kann. Zu denken ist namentlich an funktionale Ausschreibungen, bei denen es unter Umständen sinnvoller ist, wenn der Vertrag erst nach der Zuschlagserteilung erstellt wird (Möglichkeit 2). Denkbar wäre bei solchen Ausschreibungen allerdings auch, dass die Anbieter zusammen mit ihrem Angebot einen Vertragsentwurf einreichen müssen (Möglichkeit 3).

Der Erfolg von Beschaffungen hängt aber letztlich nicht nur vom gewählten Vorgehen, sondern insbesondere auch von der Qualität der Ausschreibungsunterlagen und des Beschaffungsvertrags ab. Unabhängig davon, für welche der drei Möglichkeiten sich die Vergabestelle entscheidet und in welchem Zeitpunkt der Beschaffungsvertrag redigiert wird, muss somit in jedem Fall sichergestellt werden, dass die genannten Dokumente klar, präzise und vollständig sind und dass für deren Redaktion genügend Zeit und Ressourcen eingeplant werden.

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 an VergabeNews@walderwyss.com mit.

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

© Walder Wyss AG, Zürich, 2017

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano