

VergabeNews Nr. 4 Dezember 2010

## Das Vergaberecht gibt keinen Anspruch auf KMU-Förderung



Julia Bhend, Rechtsanwältin  
+41 44 498 98 98; jbhend@wwp.ch

**Die Förderung von KMU ist ein politisches Anliegen. Die geltenden gesetzlichen Grundlagen im Submissionsrecht geben keinen Anspruch auf eine Bevorzugung gewisser Unternehmensgruppen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies in einem kürzlich publizierten Entscheid bestätigt, in welchem die Beschwerdeführer geltend machten, KMU würden durch die gewählten Eignungskriterien gegenüber grösseren Unternehmungen benachteiligt. Das Urteil ist rechtskräftig.**

### Sachverhalt

Die Eidgenössische Alkoholverwaltung schrieb einen Dienstleistungsauftrag zur Beratung und Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung der Privatisierung der Alcosuisse im offenen Verfahren nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) aus. Bietergemeinschaften und Subunternehmer waren zur Angebotsabgabe nicht zugelassen. In der Ausschreibung wurden verschiedene Eignungskriterien stipuliert, die von den Anbietern erfüllt werden mussten. Zwei Unternehmen reichten gegen diese Ausschreibung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und verlangten - neben verschiedenen Erleichterungen bei den Eignungskriterien - die Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmern. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde mit Urteil vom 29. September 2010 (B-1470/2010) abgewiesen.

### Kein Teilnahmeanspruch von Bietergemeinschaften und Subunternehmern

Die Beschwerdeführerinnen beantragten, dass Bietergemeinschaften und Subunternehmer (einschliesslich Freelancer) zum Vergabeverfahren zuzulassen seien. Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Zwischenentscheid vom 24. März 2010 fest, dass wohl kein justiziabler Anspruch auf Bildung von Bietergemeinschaften und Zulassung von Subunternehmern bestehe. Es ordnete im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme jedoch an, dass die Beschwerdeführerinnen in der Form einer Bietergemeinschaft oder als General- und Subunternehmer ein Angebot einreichen und am Verfahren einstweilen teilnehmen dürften. Nachdem die Beschwerdeführerinnen als General- und Subunternehmerin (zusammen mit einem dritten Unternehmen) ein Angebot eingereicht hatten, jedoch von der Vergabestelle wegen Nichterfüllung aller Eignungskriterien ausgeschlossen wurden, wurde diese Rüge gegenstandslos. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher nicht ab-

schliessend darüber entscheiden müssen, unter welchen Voraussetzungen der Ausschluss von Bietergemeinschaften und/oder Subunternehmern zulässig ist.

Inzwischen wurde im Parlament eine Motion eingereicht, welche «Chancengleichheit für KMU im öffentlichen Beschaffungswesen» fordert (siehe: [http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20103382](http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103382)). Das BöB solle dahingehend geändert werden, dass Bietergemeinschaften und Subunternehmer nicht mehr ausgeschlossen werden können und dass die Bietergemeinschaft als Ganzes - nicht jedes Unternehmen für sich - die Eignungskriterien erfüllen muss. Das deutsche Recht kennt eine Bestimmung, die in dieselbe Richtung zielt. Gemäss § 97 (3) des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge «vornehmlich zu berücksichtigen». Dazu sind insbesondere die Aufträge nach Menge und Fachgebiet in Lose aufzuteilen.

Man mag sich zu diesem Anliegen stellen, wie man will. Tatsache ist, dass bereits heute Bietergemeinschaften grundsätzlich zu Vergabeverfahren zuzulassen sind (Art. 21 VöB). Ein Ausschluss oder eine Einschränkung ist nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Die Vergabestelle muss die Möglichkeit haben, in begründeten Fällen anspruchsvolle und interdisziplinäre Leistungen aus einer Hand zu beziehen, mit kurzen Entscheidungswegen und wenig Schnittstellen. Es ist nicht Aufgabe der Vergabestelle, als Versuchswerkstätte für neue, kleine Anbieter auf dem Markt zu dienen und die Lernkurve solcher Anbieter zu finanzieren. Zudem kann der Ausschluss von Bietergemeinschaften in gewissen Fällen den Wettbewerb fördern oder sogar erst ermöglichen.

Auch die Forderung, dass die Bietergemeinschaft als Ganzes die Eignungskriterien erfüllen muss, sollte noch einmal überdacht werden. Bereits heute geht die Praxis mit guten Gründen davon aus, dass Eignungskriterien nicht nur vom Generalunternehmer, sondern auch von allen jenen Subunternehmern nachgewiesen werden müssen, die massgebliche Leistungsteile erbringen. Bei Konsortien gilt nichts Anderes. Für den öffentlichen Auftraggeber ist es beispielsweise bei einem mehrjährigen Bau- oder Werkvertrag entscheidend zu wissen, dass alle massgeblichen Leistungserbringer über die notwendige Fachkunde verfügen. Die Fähigkeit des Baumeisters kann die Unfähigkeit des Zimmermanns nicht ausgleichen.

#### **Formelle vs. materielle Chancengleichheit**

Das Vergaberecht soll den Wettbewerb unter den Anbietern stärken (Art. 1 Abs. 1 lit. b BÖB). Alle Anbieter sind gleich zu behandeln (Art. 1 Abs. 2 BÖB). Das wirtschaftlich günstigste Angebot soll den Zuschlag erhalten (Art. 21 BÖB). Genauso wie eine Bevorzugung von lokalen Anbietern und die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und fiskalischen Bedeutung eines Anbieters für die betreffende Region den Geboten der Gleichbehandlung, Wettbewerbsneutralität und Wirtschaftlichkeit widersprechen, sind auch andere strukturpolitische und protektionistische Ziele nicht mittels Vergaberecht zu verfolgen.

Anbieter in einem Vergabeverfahren haben von Natur aus verschiedene Stärken und Schwächen. Die einen sind leistungsfähiger, die anderen günstiger oder innovativer. Sie steigen mit unterschiedlichen Chancen in das Vergabeverfahren ein. Diese materielle Chancengleichheit besteht zwischen verschiedenen KMU genauso wie zwischen einem grossen multinationalen Unternehmen und einem traditionellen Schweizer Familienunternehmen mit 50 Mitarbeitenden. Es ist nicht Aufgabe des Vergaberechts, diese Ungleichheiten auszugleichen. Das Vergaberecht gewährleistet nur (aber immerhin), dass die Vergabekriterien keine unsachgemässen, diskriminierenden Anforderungen enthalten, dass alle Anbieter im Verfahren gleich behandelt und die Angebote mit gleichen Ellen bewertet werden.

Eignungskriterien führen programmgemäss zu einer Verengung des Anbieterkreises. Dies ist aus Transaktionskostensicht erwünscht. In der Praxis bleibt für die Vergabestellen wesentlich, dass die Eignungs- und Zuschlagskriterien einen genügenden Bezug zur konkret ausgeschriebenen Leistung aufweisen. Dabei ist es zulässig, hohe Anforderungen an die Anbieter und die Angebote zu stellen, soweit diese sachgerecht und nicht diskriminierend sind.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. September 2010 ist auf der Website des Bundesverwaltungsgerichts abrufbar (<http://www.bundesverwaltungsgericht.ch>).

**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@wvp.ch](mailto:VergabeNews@wvp.ch)) mit.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://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, 2010

**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@wvp.ch](mailto:reception@wvp.ch)  
[www.wvp.ch](http://www.wvp.ch)