Juli 2023

Vergabe News Nr. 35

Die erfolgreiche Beschwerde unter dem revidierten Beschaffungsrecht

Das revidierte Beschaffungsrecht bringt verschiedene beachtenswerte Neuerungen für das bundesrechtliche und kantonale Beschwerdeverfahren. Welche Vor- und Nachteile bringt die Gesetzesrevision für Anbieterinnen? Und welche neuen und altbekannten Stolpersteine müssen für eine erfolgreiche Beschwerde berücksichtigt werden?

walderwyss rechtsanwälte

Die erfolgreiche Beschwerde unter dem revidierten Beschaffungsrecht

Von Felix Tuchschmid
MLaw, Rechtsanwalt
Associate
Telefon +41 58 658 56 16
felix.tuchschmid@walderwyss.com

und Ramona Wyss
MLaw, LL.M., Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com

Das beschaffungsrechtliche Beschwerdeverfahren ist für Anbieterinnen eine anspruchsvolle Aufgabe. Diverse strenge (formelle) Vorgaben sind zu berücksichtigen, damit eine Beschwerde erfolgreich ist. Dieser Newsletter soll Anbieterinnen einen Überblick verschaffen und die wichtigsten Neuerungen im revidierten Beschaffungsrecht, aber auch altbekannte Stolpersteine erläutern.

1. Überblick

Seit dem 1. Januar 2021 ist das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) in Kraft. Auch die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) ist in der Zwischenzeit in verschiedenen Kantonen in Kraft getreten. Die beiden revidierten Erlasse halten für das Beschwerdeverfahren einige Neuerungen bereit, die von Anbieterinnen berücksichtigt werden sollten (sogleich Ziff. 2).

Vieles bleibt jedoch beim Alten und für eine erfolgreiche Beschwerde sind weiterhin diverse altbekannte Stolpersteine zu beachten (sogleich Ziff. 3). Das Beschwerdeverfahren gliedert sich grundsätzlich auch unter dem revidierten Recht in ein (unter Umständen bereits vorentscheidendes) vorsorgliches Verfahren betreffend die aufschiebende Wirkung und in ein Hauptverfahren. Das vorsorgliche Verfahren ist von grosser Bedeutung, da das zuständige Gericht gestützt auf eine *prima facie*-Würdigung der Erfolgsaussichten der Beschwerde und einer Interessenabwägung (insb. bzgl. der Dringlichkeit der Beschaffung) über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung entscheidet. Wird die aufschiebende Wirkung in einem Zwischenentscheid nicht gewährt, kann die Vergabestelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abschliessen. Die unterlegene Anbieterin kann dann den Zuschlag im Hauptverfahren nicht mehr umstossen, sondern nur noch dessen Widerrechtlichkeit feststellen lassen und für ihre Aufwendungen zur Vorbereitung und Einreichung des Angebots ein Schadenersatzbegehren stellen.

2. Beachtenswerte Neuerungen im revidierten Recht

2.1. Summarische Begründung von beschwerdefähigen Verfügungen

Zunächst schreibt das revidierte Recht neu explizit vor, dass sämtliche beschwerdefähigen Verfügungen von der Vergabestelle summarisch zu begründen sind. Die summarische Begründung von Zuschlägen muss in der Regel zumindest die Art des Verfahrens, den Namen der Zuschlagsempfängerin, den Gesamtpreis sowie die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots nennen (vgl. Art. 51 Abs. 2 und 3 BöB/IVöB). Die unterlegenen Anbieterinnen haben zudem – wie bis anhin – das Recht auf ein sog. Debriefing, bei dem ihnen die Vergabestelle die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots mitteilt (Art. 12 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.11).

Im Hinblick auf eine allfällige Beschwerde gegen einen Zuschlag bilden die summarische Begründung sowie die am Debriefing erhaltenen Informationen oftmals die Hauptgrundlage für einen erfolgreichen Ausgang des Verfahrens. Denn das Hauptproblem von Anbieterinnen bleibt auch unter dem neuen Recht bestehen: Sie haben im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung in aller Regel noch keine Akteneinsicht erhalten.

Vor dem Hintergrund dieses Informationsnachteils ist es für Anbieterinnen entscheidend, ihre Rechte aus Art. 51 BöB/IVöB gegenüber der Vergabestelle rasch und mit Nachdruck geltend zu machen und nötigenfalls schriftlich eine klare Begründung der Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots, eine Umschreibung der wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie eine detaillierte Bewertung des eigenen Angebots inkl. Begründungen für Punktabzüge einzuverlangen.

2.2. *Numerus clausus* von Anfechtungsobjekten

Das Gesetz listet die möglichen Anfechtungsobjekte neu abschliessend. Anfechtbar sind neben dem Zuschlag auch die Ausschreibung, der Entscheid über Teilnahmeanträge im selektiven Verfahren, die Aufnahme und Streichung von Anbieterinnen in Verzeichnissen, Ausstandsentscheide, der Widerruf des Zuschlags, der Verfahrensabbruch, der Verfahrensausschluss sowie die Verhängung von Sanktionen (Art. 53 Abs. 1 BöB/IVöB). Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen müssen zudem bereits zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden, sofern deren Bedeutung für die Anbieterinnen erkennbar ist (Art. 53 Abs. 2 BöB/IVöB).

Das bedeutet für Anbieterinnen einerseits, dass alle anderen Handlungen und Verfügungen der Vergabestellen, etwa Verfahrensverzögerungen oder sog. Parkierungsschreiben, mit denen die Vergabestelle einer Anbieterin mitteilt, dass ihr Angebot bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird, gar nicht oder erst zusammen mit dem Zuschlag anfechtbar sind.

Andererseits müssen offensichtliche Mängel in den Ausschreibungsunterlagen, etwa ein unzulässiges Bewertungsschema oder widerrechtliche Eignungskriterien, bereits innert 20 Tagen nach deren Publikation angefochten werden. Werden entsprechende Rügen erst gegen den Zuschlag vorgetragen, besteht die Gefahr, dass das Gericht auf die verspäteten Vorbringen gegen fehlerhafte Ausschreibungsunterlagen nicht eintritt. Entsprechend ist Anbieterinnen zu empfehlen, Unklarheiten bzw. Ungereimtheiten in den Ausschreibungsunterlagen frühzeitig (optimalerweise innert weniger Tage nach deren Publikation) mit der Vergabestelle zu klären versuchen, einen Beschaffungsrechtsexperten beizuziehen und gegebenenfalls Beschwerde zu erheben.

2.3. Beschwerden ausserhalb des Staatsvertragsbereichs

Auf Bundesebene wurde der Rechtsschutz in moderatem Umfang ausgebaut. Neu ist eine Beschwerde auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs möglich, sofern bei Dienstleistungen und Lieferungen der Schwellenwert für das Einladungsverfahren (CHF 150'000) bzw. bei Bauleistungen der Schwellenwert für das selektive/offene Verfahren (CHF 2 Mio.) erreicht wird (Art. 52 Abs. 1 BöB). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann (anders als im kantonalen Recht) der Zuschlag auf Bundesebene nicht mehr umgestossen, sondern nur noch Sekundärrechtsschutz verlangt werden (Feststellung der Rechtswidrigkeit und Schadenersatz; Art. 52 Abs. 2 BöB). Auf kantonaler Ebene kann – wie bis anhin – ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren der Zuschlagsentscheid angefochten und umgestossen werden (Art. 52 Abs. 1 IVöB).

Dies ermöglicht in der Theorie eine weitergehende gerichtliche Kontrolle der Tätigkeiten der bundesrechtlichen Vergabestellen. In der Praxis werden Beschwerden gegen Zuschläge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs auf Bundesebene die Ausnahme bleiben, zumal Schadenersatzansprüche auf die Aufwendungen zur Erstellung des Angebots beschränkt sind (Art. 58 Abs. 4 BöB).

2.4. Verlängerte kantonale Beschwerdefrist

In kantonalen Verfahren bringt die revidierte IVöB für Anbieterinnen eine willkommene Erleichterung. Künftig gilt auch auf kantonaler Ebene – wie bis anhin auf Bundesebene – eine Beschwerdefrist von 20 Tagen (statt bisher 10 Tagen) seit Eröffnung der Verfügung (Art. 56 Abs. 1 IVöB). Dies verschafft Anbieterinnen zusätzlich Zeit, um bei der Vergabestelle eine ausreichende Begründung des Zuschlags einzufordern, sich mit der Begründung auseinanderzusetzen und eine möglichst präzis begründete Beschwerde einzureichen.

Anbieterinnen ist es dennoch zu empfehlen, nach erfolgtem Zuschlag (oder einer anderen belastenden Verfügung) möglichst rasch einen Beschaffungsrechtsexperten beizuziehen, um die immer noch knapp bemessene Zeit zur Ausarbeitung einer Beschwerde möglichst optimal zu nutzen. Dabei ist insb. zu beachten, dass sämtliche Fristen im Vergaberecht auch während den Gerichtsferien weiterlaufen (Art. 56 Abs. 2 BöB/IVöB).

2.5. Kantonale Zwischeninstanzen werden grösstenteils abgeschafft

Mit der revidierten IVöB wird der Rechtsweg auf kantonaler Ebene vereinheitlicht und an das Bundesrecht angeglichen. Kantonale Zwischeninstanzen werden abgeschafft und die Beschwerde muss jeweils direkt beim kantonalen Verwaltungsgericht, z.B. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, erhoben werden (Art. 52 Abs. 1 IVöB).

Ein Spezialfall bleibt der Kanton Bern, der in seinem Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2) einen eigenen Rechtsweg vorsieht. Als kantonale Zwischeninstanzen sind der Regierungsstatthalter (bei kommunalen Vergabestellen) oder die für die Sache zuständige Direktion oder die Staatskanzlei (bei kantonalen Auftragge-

bern) vorgesehen. Erst in einem nächsten Schritt ist eine Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht möglich (vgl. Art. 6 IVöBG).

2.6. Nur ein Schriftenwechsel

Art. 54 Abs. 2 BöB/IVöB hält neu ausdrücklich fest, dass zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde *in der Regel* nur ein Schriftenwechsel stattfindet. Entsprechend ist es aus Sicht einer unterlegenen Anbieterin ratsam, bereits alle bekannten und relevanten Beschwerdegründe (zumindest in den Grundzügen) in die Beschwerdeschrift einfliessen zu lassen. Die Anbieterin kann nicht darauf vertrauen, vom Gericht nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme zu sämtlichen Rügen zu erhalten.

In der Praxis wird trotzdem häufig ein zweiter Schriftenwechsel zu gewissen für die aufschiebende Wirkung relevanten Punkten stattfinden. Bringt die Vergabestelle neue Tatsachen vor oder verweist auf Vergabeakten, die der Anbieterin bislang nicht vorlagen, muss die Anbieterin Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.

3. Altbekannte Stolpersteine

3.1. Aufschiebende Wirkung der Beschwerde

Auch unter dem neuen Recht gilt der Grundsatz, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 54 Abs. 1 BöB/IVöB). Die Beschwerde muss daher ein begründetes Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung enthalten. Die aufschiebende Wirkung sollte von der unterlegenen Anbieterin jeweils superprovisorisch, d.h. ohne vorgängige Anhörung der Vergabestelle, beantragt werden.

Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist für die Anbieterin von grosser Bedeutung, da nur so ein Vertragsschluss der Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin verhindert und der Zuschlag noch umgestossen werden kann. In der Praxis werden Beschwerden daher nach Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung häufig zurückgezogen.

Damit das Gericht das Gesuch nicht abweist, ist in der Begründung der Beschwerde zu zeigen, dass diese zumindest nicht aussichtslos ist. Weiter sind allenfalls von der Vergabestelle vorgebrachte Dringlichkeitsgründe oder anderweitige öffentliche Interessen an einem raschen Vertragsschluss zu entkräften. Angesichts des Informationsvorsprungs der Vergabestelle ist dies mitunter eine anspruchsvolle Aufgabe. An die Begründung dürfen daher keine überhöhten Ansprüche gestellt werden.

Verschiedene kantonale Gerichte (und jüngst auch das Bundesverwaltungsgericht) sind in ihrer Praxis teilweise dazu übergegangen, der Beschwerdeführerin superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu gewähren, danach jedoch den Entscheid über die aufschiebende Wirkung (bei fehlender Dringlichkeit der Beschaffung) auf den Zeitpunkt des Endentscheids zu verschieben. Das hat für Beschwerdeführerinnen den Vorteil, sich in jedem Fall mindestens zweimal zur Sache äussern zu dürfen und weitere Schriftsätze allenfalls bereits mit beschränkter Akteneinsicht (vgl. Ziff. 3.3) verfassen zu können.

3.2. Legitimation

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Abänderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Bei Beschwerden gegen Zuschläge muss die Beschwerdeführerin hierfür nachweisen, dass sie bei Gutheissung ihrer Anträge den Zuschlag erhalten würde oder die Ausschreibung (teilweise) wiederholt werden müsste. Damit haben zweitplatzierte Anbieterinnen die besten Chancen auf eine erfolgreiche Beschwerde. Eine weiter hinten klassierte Anbieterin muss hingegen die Eignung oder Klassierung aller vor ihr Rangierten beanstanden, um zur Beschwerde legitimiert zu sein.

Für eine Beschwerde gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren muss die Beschwerdeführerin schliesslich zusätzlich aufzeigen, dass sie die nachgefragte Leistung oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und will sowie, dass das freihändige Verfahren zu Unrecht angewandt wurde oder der Zuschlag aufgrund von Korruption erteilt wurde (Art. 56 Abs. 4 BöB/IVöB).

3.3. Beschränktes Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin

Wie bereits im Vergabeverfahren haben die Anbieterinnen im Verfahren betreffend die aufschiebende Wirkung den Nachteil, dass sie in der Regel keinerlei Einsicht in die Vergabeakten haben. Auch im Hauptverfahren besteht ein vollständiges Einsichtsrecht einzig in die Bewertung des eigenen Angebots. In die weiteren Vergabeakten besteht ein solches nur, soweit keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 57 BöB/IVöB). Die Angebote der übrigen Anbieterinnen sind von der Akteneinsicht daher grundsätzlich ausgenommen.

Im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde stehen der unterlegenen Anbieterin damit oftmals nur wenige verwertbare Informationen zur Verfügung. Im besten Fall stehen die Bewertung des eigenen Angebots sowie Informationen zu den Hauptvorteilen des Angebots der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung. Im Rahmen des Verfahrens betreffend die aufschiebende Wirkung wird das Gericht der Beschwerdeführerin jedoch teilweise Einsicht in weitere für den Zwischenentscheid relevante Vergabeakten gewähren müssen.

Vor diesem Hintergrund sollte die Beschwerdeführerin bereits in der Beschwerde einen formellen Antrag auf Akteneinsicht in sämtliche Verfahrensakten, unter Vorbehalt berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin, stellen. Zudem ist das Gericht um Gelegenheit zur

Beschwerdeergänzung nach Gewährung der Akteneinsicht zu ersuchen. Vielfach werden sich Beschwerdeführerinnen auch gegen zu pauschal vorgetragene Einsichtsverweigerungsgründe der Zuschlagsempfängerin oder der Vergabestelle wehren müssen und können.

3.4. Deklaration der Geschäftsgeheimnisse

In der Beschwerdeschrift und ihren Beilagen sind schliesslich die Geschäftsgeheimnisse der unterlegenen Anbieterin klar zu deklarieren und entsprechende Schwärzungen vorzunehmen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Zuschlagsempfängerin – als Konkurrentin – und allenfalls andere Verfahrensbeteiligte beispielsweise Einsicht in die mit der Beschwerde als Beilagen eingereichten Offertunterlagen der unterlegenen Anbieterin erhalten.

3.5. Erheblicher Ermessensspielraum der Vergabestelle

Anders als im allgemeinen Verwaltungsverfahren, stellt die (Un-) Angemessenheit der Verfügung, insb. des Zuschlags, auch weiterhin kein zulässiger Rügegrund im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren dar (Art. 56 Abs. 3/4 BöB/IVöB). Für die Vergabestelle resultiert daraus nicht nur bei der Festsetzung, sondern auch bei der Bewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum.

Die Anbieterinnen müssen ihre Beschwerde auf Rechtsverletzungen oder die fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts stützen. Nebst qualifizierten Ermessensfehlern kommen hierfür u.a. eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, rechtswidrige Verfahrenshandlungen der Vergabestelle oder willkürliche bzw. nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Bewertungen in Frage.

4. Fazit

Das revidierte Beschaffungsrecht enthält mit der Verlängerung der Beschwerdefrist im kantonalen Beschwerdeverfahren und dem (moderaten) Ausbau des Rechtsschutzes in Beschaffungsverfahren auf Bundesebene gewisse Erleichterungen aus Sicht der unterlegenen Anbieterinnen. Zugleich werden sie mit der nun ausdrücklich verankerten Pflicht, Mängel in den Ausschreibungsunterlagen bereits nach deren Publikation zu rügen, auch stärker in die Pflicht genommen.

Nach wie vor stellt die Gewährung der aufschiebenden Wirkung eine erste vorentscheidende Hürde dar, die es für eine erfolgreiche Beschwerde zu überwinden gilt. Hierfür muss die unterlegene Anbieterin insbesondere darlegen, dass ihr bei Gutheissung der Beschwerde und unter Berücksichtigung der von der Vergabestelle festgelegten Vergabekriterien der Zuschlag zustünde und sie entsprechend zur Beschwerde legitimiert ist. Die Rüge der Unangemessenheit der von der Vergabestelle vorgenommenen Auswertung der Angebote genügt hierfür nicht, vielmehr müssen sogenannte qualifizierte Ermessensfehler oder sonstige Rechtsverletzungen aufgezeigt werden.

Für eine erfolgreiche Beschwerde sind sodann die folgenden Punkte entscheidend:

- Fehler in den Ausschreibungsunterlagen sind bereits unmittelbar nach deren Publikation zu rügen;
- von der Vergabestelle sollte möglichst rasch eine schriftliche Begründung des Zuschlags sowie ein Debriefing verlangt werden;
- in der Beschwerdeschrift ist die aufschiebende Wirkung superprovisorisch zu beantragen, ein Akteneinsichtsgesuch zu stellen und die Ergänzung der Beschwerde nach erfolgter Akteneinsicht vorzubehalten.

Erwägen die Anbieterinnen, externen Rechtsbeistand beizuziehen, empfiehlt es sich mit Blick auf die kurzen Verfahrensfristen zudem sehr, dies möglichst frühzeitig zu tun.

Vergabe News 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.

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, 2023

Ansprechpartner

Thomas P. Müller
Partner, Bern
Telefon +41 58 658 55 04
thomas.p.mueller@walderwyss.com

Hans Rudolf Trüeb
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 88
hansrudolf.trueb@walderwyss.com

Ramona Wyss
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com

Martin Zobl
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com

Daniel Zimmerli
Counsel, Bern
Telefon +41 58 658 55 33
daniel.zimmerli@walderwyss.com

Hugh Reeves
Managing Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 52 73
hugh.reeves@walderwyss.com

Regula Fellner
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 51 98
regula.fellner@walderwyss.com

Isabelle Hanselmann
Senior Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 07
isabelle.hanselmann@walderwyss.

Lena Götzinger
Senior Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 63
lena.goetzinger@walderwyss.com

Florian C. Roth
Senior Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 55 79
florian.roth@walderwyss.com

Lucina Herzog
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 15
lucina.herzog@walderwyss.com

Matthieu Seydoux
Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 58
matthieu.seydoux@walderwyss.com

Felix Tuchschmid
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 16
felix.tuchschmid@walderwyss.com