

Vergabe News Nr.

37

Das Thema **VORBEFASSUNG** wirft auch unter dem revidierten Vergaberecht Fragen auf. Riskieren Anbieterinnen ihre Teilnahme an einer Ausschreibung, wenn sie die Vergabestelle bei Vorbereitungsarbeiten unterstützen? Und welche Massnahmen muss die Vergabestelle zur Wahrung der Gleichbehandlung der Anbieterinnen ergreifen? Klar ist, dass nicht jede Mitwirkung in der Vorbereitungsphase automatisch zum Verfahrensausschluss führt.

walderwyss rechtsanwälte

DIE VORBEFASSUNG NACH DEM REVIDIERTEN BESCHAFFUNGSRECHT



Von **Lena Götzinger**
Rechtsanwältin (Rechtsanwaltskammer
Frankfurt am Main)
Senior Associate
Telefon +41 58 658 56 63
lena.goetzinger@walderwyss.com



und **Lucina Herzog**
LL.M., Rechtsanwältin (Rechtsanwalts-
kammer Frankfurt am Main)
Associate
Telefon +41 58 658 56 15
lucina.herzog@walderwyss.com

Vorbefasste Anbieterinnen haben eine besondere Nähe zum Auftragsgegenstand. Ihre Teilnahme an der Ausschreibung ist deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Die im revidierten Beschaffungsrecht eingeführten Bestimmungen kodifizieren weitgehend die bisherige Rechtsprechung.

Öffentliche Auftraggeber greifen bei der Ausschreibung komplexer Leistungen nicht selten auf die Expertise privater Unternehmen der betreffenden Branche zurück. Nimmt ein in die Vorbereitung der Ausschreibung involviertes Unternehmen später selbst an der Ausschreibung teil, besteht die Gefahr von Interessenkonflikten und Wettbewerbsverzerrungen. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass das vorbereitete Unternehmen die Ausschreibung auf die eigenen Stärken zuschneidet oder zumindest einen Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern gewinnt. Allfällige durch die Mitwirkung an der Vorbereitung einer Ausschreibung folgende Wettbewerbsvorteile stehen mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen (Art. 2 lit. c BöB/IVöB) in einem Spannungsverhältnis. Vergabestellen, die in die Vorbereitung der Ausschreibung externe Unternehmen einbinden möchten, sollten daher gewisse Spielregeln für deren Teilnahme beachten.

Grundlegendes

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹ liegt eine Vorbefassung vor, wenn eine Anbieterin an der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder die Information der Vergabestelle über bestimmte

technische Spezifikationen des Beschaffungsgegenstands. Erfasst wird sowohl die eigene Beteiligung an der Vorbereitung der Ausschreibung (direkte Vorbefassung) als auch die Mitwirkung einer mit der Anbieterin hinreichend eng verbundenen Person (indirekte Vorbefassung).

Ist die Mitwirkung von einer gewissen Schwere und können die daraus resultierenden Wettbewerbsvorteile nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden, ist die vorbereitete Anbieterin von der Vergabe auszuschliessen, sofern der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den verbleibenden Anbieterinnen nicht gefährdet (Art. 14 Abs. 1 BöB/IVöB und Art. 44 Abs. 1 lit. i BöB/IVöB). Art. 14 Abs. 2 BöB/IVöB enthält eine beispielhafte Aufzählung geeigneter Ausgleichsmassnahmen. Die genannten Bestimmungen entsprechen inhaltlich Art. 21a Abs. 1 und 2 aVöB und kodifizieren die bisherige Rechtsprechung zur Vorbefassung.

Neu aufgenommen wurde mit Art. 14 Abs. 3 BöB/IVöB eine Regelung zu Marktabklärungen, um dem Bedürfnis der Vergabestellen nach grösserer Rechtssicherheit zu entsprechen. Nach dieser Norm führt eine Marktabklärung nicht per se zu einer unzulässigen Vorbefassung, sofern die Ergebnisse mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden.²

¹ BGer, 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1.; vgl. auch BVGer, B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 6.4 m. w. H.

² Botschaft BöB, BBl 2017, 1919. Weitere Anforderungen können sich aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot ergeben, vgl. ZOBL / KUNZ-NOTTER, Vergabe Newsletter-Nr. 30, [Marktabklärungen nach dem revidierten Beschaffungsrecht](#), Juli 2021.

Abgrenzung zur vergaberechtlich nicht relevanten Mitwirkung

Nicht jeder Beitrag in Vorbereitung einer Submission oder jeder Wissensvorsprung führt zu einer vergaberechtlich relevanten Vorbefassung.

Nimmt die bisherige oder frühere Leistungserbringerin an der Ausschreibung teil, verfügt sie zwangsläufig über Vorwissen.³ Dieser Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit der Anbieterin entspringt, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Es widerspräche dem Gleichbehandlungsprinzip, eine Anbieterin allein aufgrund einer früheren Leistungserbringung von sämtlichen künftigen Submissionen auszuschliessen.⁴ So wird z.B. bei der Erweiterung eines Spitalgebäudes auch der ursprüngliche Erbauer zum Angebot zugelassen, und bei der Neuausschreibung eines Dauerauftrags ist der ursprüngliche Leistungserbringer ebenfalls nicht wegen Vorbefassung auszuschliessen.⁵ Beklagt ein Wettbewerber Spezialkenntnisse aus der Abwicklung früherer Aufträge (z.B. Objekt- und Ortskenntnisse), so ist der Tatbestand der Vorbefassung nicht erfüllt und kommt ein Ausschluss nicht in Betracht.⁶ In diesem Fall können die anderen Anbieterinnen lediglich verlangen, dass ihnen im Sinne der Chancengleichheit die im Zusammenhang mit dem früheren Auftrag erworbenen Kenntnisse zugänglich gemacht werden.⁷

Auch rechtfertigt der Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin in einem früheren Projekt eine Datenbank entwickelt hat und der vorliegende Beschaffungsgegenstand eine Schnittstelle zu dieser Datenbank erfordert, nach Auffassung des

Bundesverwaltungsgerichts für sich allein noch keinen Ausschluss.⁸ Dies gilt deshalb, weil die Schnittstelle im konkreten Fall zwar eine Systemanforderung, aber kein Kernelement des Beschaffungsvorhabens darstellte und die genaue Ausgestaltung der Datenbank niemandem, auch nicht der Zuschlagsempfängerin, bekannt war.

Wirkt eine Anbieterin demgegenüber an der Vorbereitung der Submission mit, kann die Abgrenzung zwischen einer Vorbefassung und einer nur untergeordneten, nicht vergaberechtlich relevanten Mitwirkung herausfordernd sein. Keine nur untergeordnete Mitwirkung, sondern eine Vorbefassung liegt nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn eine Anbieterin bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt wurde, wenn sie zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn sie die gesamten Ausschreibungsunterlagen oder wesentliche Teile davon ausgearbeitet hat.⁹ So kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, eine nicht nur untergeordnete Mitwirkung liege vor, wenn eine Anbieterin im Rahmen eines Vorprojekts ein wesentliches Element (Leistungsverzeichnis) der Ausschreibung, für das sie später offerierte, selbst erstellt hatte.¹⁰ Die Erwägung des Zürcher Verwaltungsgerichts, dass die Ausföhrung einer einzelnen Etappe eines Gesamtprojekts grundsätzlich einen eigenständigen Auftrag darstelle, der in der Regel keine Vorbefassung des Zuschlagsempfängers für zeitlich später auszuföhrende Abschnitte bewirkt,¹¹ scheint dagegen etwas gar pauschal. Vielmehr wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob die in Frage stehende Mitwirkung zu einer Vorbe-

fassung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 IVöB 2019 föhrt.

Unzulässiger Wettbewerbsvorteil als Voraussetzung einer Vorbefassung

Über die Mitwirkung hinaus setzt eine relevante Vorbefassung stets voraus, dass sie der betroffenen Anbieterin einen kausalen und nicht nur geringfügigen Wettbewerbsvorteil verschafft.¹² Ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil ist anzunehmen, wenn die Anbieterin bereits einige Monate vor der Publikation der Ausschreibung die Einzelheiten der zu vergebenden Dienstleistung kannte und daher die Möglichkeit hat, sich frühzeitig (vor allen anderen Bietern) mit der Kalkulation sowie dem erforderlichen Ressourceneinsatz zu befassen und entsprechende Planungen in die Wege zu leiten.¹³ Der blosse Anschein eines Vorteils genügt demgegenüber nicht.¹⁴

Wer im Streitfall die Beweislast für einen behaupteten Wettbewerbsvorteil trägt, ist nicht restlos geklärt. Das Bundesgericht sieht die Konkurrentin in der Beweispflicht, die sich durch den Ausschluss der vorbefassten Anbieterin bessere Chancen auf den Zuschlag verspricht.¹⁵ Demgegenüber geht das Bundesverwaltungsgericht bei nachgewiesener Vorbefassung von einer gesetzlichen Vermutung des Wettbewerbsvorteils aus. Der Beweis des Gegenteils, d.h. der Nachweis, dass kein derartiger Vorteil resultiert, obliegt laut Gericht – je nach Konstellation – der Vergabestelle oder der vorbefassten Anbieterin, aber jedenfalls nicht der Konkurrentin.¹⁶ Bemerkenswert ist, dass sich das Bundesverwaltungsgericht dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts beruft, die diese Auffassung jedoch nicht stützt.

3 VGer-ZH, Urteil VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009 E. 2.3 m.w.H.

4 Botschaft BöB, BBl 2017, 1918; BVGer, Urteil B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 5.5.

5 VGer-ZH, Urteil VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009 E. 2.3 m.w.H.

6 So jüngst in BVGer, Urteil B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 9.5 f.

7 Botschaft BöB, BBl 2017, 1918; BVGer, Urteil B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 5.5.

8 BVGer, Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 6.8.2.

9 HÄNER in: Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 14 Rz. 6; BGer, 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.3.

10 BVGer, Urteil B-3013/2012 vom 31. August 2012 E. 8.4.2.

11 VGer-ZH, Urteil VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009 E. 2.3.

12 BGer, 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.2.

13 BVGer, Urteil B-3013/2012 vom 31. August 2012 E. 9.4.

14 Die gegenteilige Annahme hat das Bundesgericht als willkürlich bezeichnet (Urteil 2P.164-2004 vom 25. Januar 2005 E. 5.7.2 f.).

15 BGer, a.a.O., E. 5.7.3; so auch ständige Rechtsprechung des VGer-ZH, Urteil VB.2022.00554 vom 30. November 2022 E. 4.2.3 m.w.H.

16 Vgl. etwa BVGer, Urteil A-7149/2018 vom 23. April 2021 E. 8.2.11; Urteil B-7062/2017 vom 22. August 2019 E. 4.5.

Ausschluss vs. Ausgleichsmassnahmen

Gewisse Wettbewerbsvorteile lassen sich aufgrund der Intensität der Vorbefassung nicht ausgleichen. Insbesondere die Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung führt regelmässig dazu, dass die vorbefasste Anbieterin keine Offerte mehr einreichen darf.¹⁷ In den verbleibenden Fällen liegt es im Ermessen der Vergabestelle zu entscheiden, ob in der konkreten Situation genügend Zeit und Mittel zur Verfügung stehen, um den durch die Vorbefassung entstandenen Wettbewerbsvorteil auszugleichen.¹⁸ Entscheidet sich die Vergabestelle gegen einen Ausgleich oder gelingt dieser nicht, ist die vorbefasste Anbieterin vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

Art. 14 Abs. 2 BÖB/IVöB enthält eine nicht abschliessende Aufzählung geeigneter Massnahmen zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen. Das Mittel der Wahl zum Ausgleich von Vorteilen aufgrund von Informationsasymmetrien ist die Weitergabe aller wesentlicher Informationen über die Vorarbeiten (Bst. a). Sie bezweckt, dass alle Anbieterinnen über gleich lange Spiesse verfügen.¹⁹ Als weiteres Mittel zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen sieht das Gesetz eine Verlängerung der Mindestfristen vor (Bst. c). Darüber hinaus sollte der Ausführungsstermin nicht zu knapp bemessen sein.²⁰ Andernfalls kommt der Wettbewerbsvorteil der mit dem Ausschreibungsgegenstand besser vertrauten vorbefassten Anbieterin zum Tragen. Die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten (Bst. b) ist demgegenüber keine Ausgleichsmassnahme, sondern eine sich aus dem Transparenzgebot ergebende Grundvoraussetzung für die Mitwirkung privater Anbieterinnen an der Vorbereitung der Ausschreibung.²¹

Am Gleichbehandlungsgebot ist auch der Rest der Ausschreibung zu messen. Unzulässig wäre es etwa, einen früheren Bezugstermin mit einem (preislichen) Bonus oder als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen, da sich darin der Informationsvorsprung der vorbefassten Anbieterin realisiert.²²

Prozessual: Rügeobliegenheit

Aus Anbietersicht ist zu beachten, dass die Rüge der Vorbefassung ausgeschlossen ist, wenn sie nicht rechtzeitig erhoben wird. Ist die Vorbefassung für eine verständige und durchschnittlich aufmerksame Anbieterin aus der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, muss bereits die Ausschreibung angefochten werden. Wird in dieser Situation erst der Zuschlag mit der Begründung der Vorbefassung angefochten, ist die Rüge wegen Art. 53 Abs. 2 BÖB/IVöB verwirkt (präkludiert). Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Verwirkung für den Fall bestätigt, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung darauf hinweist, dass eine vorbefasste Anbieterin zum Vergabeverfahren zugelassen ist. Die Beschwerdeführerin, welche die Ausschreibung unangefochten in Rechtskraft erwachsen liess und erst gegen den Zuschlag Beschwerde erhob, wurde mit ihrer Rüge der Vorbefassung nicht mehr gehört.²³ Anders verhält es sich, wenn die Vorbefassung in den Ausschreibungsunterlagen versteckt oder gar nicht enthalten war. Dann kann die Rüge der Vorbefassung bzw. der Antrag auf Ausschluss (Art. 44 Abs. 1 lit. i BÖB/IVöB) noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag geltend gemacht werden.

Bei Unklarheiten – etwa wenn die Ausschreibung Hinweise auf eine mögliche Vorbefassung enthält, aber Ausgleichsmassnahmen oder ein Ausschluss des allfällig vorbefassten Unternehmens nicht ersichtlich sind – sollte die Anbieterin die Vergabestelle um Klärung ersuchen. Andernfalls riskiert die Anbieterin, dass die Rüge der Vorbefassung bei einer späteren Anfechtung infolge treuwidrigen Verhaltens verwirkt ist. Sollte sich aus der Antwort der Vergabestelle eine rechtswidrige Vorbefassung ergeben, da z.B. die vorbefasste Anbieterin ohne Ausgleichsmassnahmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen ist, sollte die jeweilige Anbieterin bereits die Ausschreibung anfechten. Nicht vergessen werden darf dabei ein Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung, da im Beschaffungsrecht der Beschwerde von Gesetzes wegen kein Suspensiveffekt zukommt (Art. 54 Abs. 1 BÖB/IVöB).

Fazit und Praxisempfehlungen

In der Praxis wird von unterlegenen Anbieterinnen gerne der Einwand der Vorbefassung erhoben. Dies hat dazu geführt, dass sich die Gerichte in den letzten Jahren intensiv mit der Frage der Vorbefassung auseinandergesetzt haben, mit dem Ergebnis, dass die materiellen Konturen dieses Tatbestands seit dem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts im Jahr 2004 klarer geworden sind. Die gewonnene Rechtssicherheit ist zu begrüssen, da die Vergabestellen gerade bei technisch anspruchsvollen Fragen für eine erfolgreiche Beschaffung auf die Expertise der Anbieterinnen angewiesen sind. Unklar bleibt hingegen die Beweislastverteilung.

²² VGer-ZH, Urteil VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009 E. 4.2.

²³ BVGer, Urteil B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 11.2. Anders noch das BVGer in einem vergleichbaren Fall - die Vorbefassung ging hier ebenfalls aus der Ausschreibung hervor - unter altem Vergaberecht, in dem es die Rüge der Vorbefassung in der Beschwerde gegen den Zuschlag zugelassen hat, da die Beschwerdeführerin erst anlässlich des Debriefings von der Teilnahme der vorbefassten Anbieterin erfahren habe (BVGer, Urteil B-3804/2020 vom 18. Januar 2021 E. 3.3.).

¹⁷ BVGer, Urteil B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 10.4; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1048.

¹⁸ Botschaft BÖB, BBl 2017, 1917.

¹⁹ Botschaft BÖB, BBl 2017, 1918.

²⁰ VGer-ZH, Urteil VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009 E. 4.2.

²¹ BVGer, Urteil B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.

Anbieterinnen sind gut beraten, bei Hinweisen auf eine Vorbefassung diese unverzüglich bei der Vergabestelle zu rügen und bereits eine Anfechtung der Ausschreibung zu prüfen. Tritt die Vorbefassung erst im Laufe des Verfahrens zu Tage, kann und muss sie spätestens im Rahmen der Zuschlagsanfechtung gerügt werden.

Seitens Vergabestelle ist ausreichend Zeit einzuplanen, um ausgleichende Massnahmen ergreifen zu können. Es ist empfehlenswert, die Mindestfristen zu verlängern und den Beginn der Leistungen weit genug in die Zukunft zu legen. Zudem ist mit der vorbereiteten Anbieterin vertraglich zu vereinbaren, dass die Arbeitsergebnisse mit den Mitbewerberinnen geteilt werden können.

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, 2024

Ansprechpartner



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



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



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



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



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



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



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



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



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



Felix Tuchs Schmid
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 16
felix.tuchs Schmid@walderwys.com