

VergabeNews Nr.

18

---

**Ausschluss vom Vergabeverfahren:** Eine Vergabestelle konnte eine Anbieterin, die in Vergangenheit regelmässig ungerechtfertigte Nachforderungen stellte, aus dem Vergabeverfahren ausschliessen.

---

walderwys rechtsanwälte

# Ausschluss vom Vergabeverfahren

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern erläutert im Urteil vom 18. Dezember 2017, unter welchen Umständen eine Anbieterin aufgrund ihres früheren Fehlverhaltens aus einem öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann.

## Sachverhalt

Die Fachstelle Beschaffungswesen der Einwohnergemeinde (EG) Bern schrieb Ende 2016 im Rahmen der Gesamtsanierung und Erweiterung einer Schulanlage die erforderlichen Gipserarbeiten im offenen Verfahren aus. Zehn Anbieter bewarben sich für die ausgeschriebenen Arbeiten, darunter die Aktiengesellschaften A. und B. Mit Verfügung vom 6. April 2017 erteilte die Stadt Bern der B. AG den Zuschlag und schloss gleichzeitig die A. AG vom Vergabeverfahren aus, weil diese im Rahmen der beiden letzten Aufträge ungerechtfertigte Forderungen gestellt habe. Gegen diese Verfügung erhob die A. AG Beschwerde an das Regierungstatthalteramt Bern. Das Regierungstatthalteramt hiess die Beschwerde mit Entscheidung vom 28. Juli 2017 gut und hob die Verfügung der Stadt Bern auf und erteilte der A. AG den Zuschlag für die Gipserarbeiten.

Gegen den Entscheid des Regierungstatthalteramtes erhob die EG Bern am 10. August 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, der Entscheid sei aufzuheben und ihre Zuschlagsverfügung vom 6. April 2017 sei zu bestätigen. Mit Urteil vom 18. Dezember 2017 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Beschwerde der EG Bern gut, hob den angefochtenen Entscheid des Regierungstatthalteramtes auf und bestätigte die Verfügung der EG Bern vom 6. April 2017 (VGE 100.2017.228; BVR 2018/5, S. 206 ff.). Das Urteil vom 18. Dezember 2017 ist in Rechtskraft erwachsen.

## Negative Erfahrungen der Vergabestelle mit der Anbieterin

Seit November 2008 hat die EG Bern insgesamt 14 Aufträge für Verputz- und Gipserarbeiten an die A. AG vergeben. Die EG Bern machte geltend, bei der Ausführung dieser Aufträge sei es immer wieder zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und der A. AG gekommen. Die Anbieterin habe jeweils günstig offeriert und in der Folge besonders viele Nachtragsforderungen gestellt. Differenzen hätten trotz eines unabhängigen Schlichters nicht bereinigt werden können. Die EG Bern fasste ihre negativen Erfahrungen mit der A. AG in einem umfassenden Massnahmenkatalog zusammen, welcher weitere ungerechtfertigte Forderungen der A. AG (in bestehenden Vertragsverhältnissen) verhindern und allgemein den Aufwand der EG Bern in Zusammenhang mit solchen Forderungen reduzieren sollte. Sämtliche Ereignisse mit der A. AG hielt sie in einem Dokument „Historie G.“ fest. Im Beschwerdeverfahren reichte die EG Bern diese Dokumente zusammen mit der umfangreichen Korrespondenz zwischen ihr und der A. AG ein.

## Ausschluss vom Vergabeverfahren als Sanktion

Der Ausschluss einer Anbieterin kann als Sanktion für ein Fehlverhalten einer Anbieterin verfügt werden. Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen (vgl. Art. 11 BöB sowie § 27 VRöB) enthalten Beispiele von Ausschlussgründen. Zu den aufgeführten Ausschlussgründen zählen etwa die Erteilung falscher Auskünfte, die Verletzung von Formvorschriften sowie das Nichtbezahlen von Steuern.



**Pandora Kunz-Notter**  
Dr. iur., Rechtsanwältin  
Telefon +41 58 658 29 30  
[pandora.kunz@walderwyss.com](mailto:pandora.kunz@walderwyss.com)

Ein Ausschluss ist, im Vergleich zu einem Verweis oder einer Ermahnung, eine schwere Sanktion. Grundsätzlich muss jeder Ausschluss aus einem Vergabeverfahren vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip sowie dem Verbot des überspitzten Formalismus standhalten. Das bedeutet, dass ein Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweisen muss. Geringfügige Mängel der Offerte oder ein allfälliges (Fehl-)Verhalten der Anbieterinnen mit Bagatellcharakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss.

### Keine Gewähr für eine richtige Vertragserfüllung

Nach Art. 24 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Bern (ÖBV) hat die Vergabestelle Anbieterinnen namentlich dann vom Verfahren auszuschliessen, wenn diese für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr bieten (Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV).

Das Verwaltungsgericht führte im erwähnten Urteil aus, dass die Annahme der mangelnden Gewähr für eine richtige Vertragserfüllung gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV nicht nur dann zutreffen kann, wenn es um eine qualitativ mangelhafte Erfüllung geht, sondern ganz allgemein dann, wenn eine (hinreichend schwerwiegende) Verletzung von Vertrags- oder Treuepflichten nachgewiesen sei. Die EG Bern habe im Beschwerdeverfahren den Nachweis erbracht, dass die A. AG aufgrund ihres früheren Fehlverhaltens keine Gewähr für eine richtige Vertragserfüllung biete. Diese Gewähr bestehe insbesondere deshalb nicht, weil die Anbieterin Nachtrags-Anmeldepflichten verletzt habe sowie grobfahrlässig oder gar arglistig eine zu hoch gegriffene Nachtragsforderung geltend gemacht habe. Der Ausschluss der A. AG aufgrund früheren Fehlverhaltens sei daher gestützt auf Art 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV rechtmässig.

Zur Begründung führte das Verwaltungsgericht insbesondere aus, die staatliche Bedarfsdeckung habe nach den gleichen

Überlegungen zu erfolgen wie diejenige von privaten Unternehmen. Das Gemeinwesen solle nicht gezwungen werden, mit einem Unternehmen zusammenzuarbeiten, das sich als unzuverlässig und vertrauensunwürdig erwiesen habe. Im Interesse eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs seien Anbieterinnen auszuschliessen, die selbst oder mit Bezug auf ihr Angebot die erforderlichen Grundvoraussetzungen, namentlich die Vertrauenswürdigkeit und Verlässlichkeit, nicht erfüllen. Stelle ein Unternehmen immer wieder ungerechtfertigte Nachtragsforderungen und verursache damit nicht unbedeutende zusätzliche Kosten und Aufwände, sei die Eignung eines Unternehmens zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren in Frage gestellt. Deshalb könne früheres berufliches Fehlverhalten zu einem Ausschluss einer Anbieterin führen.

### Ausschluss nach dem revidierten Vergaberecht

Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen der Welthandelsorganisation (WTO) – das sogenannte GPA – wurde revidiert (nachfolgend revGPA) und trat am 6. April 2014 in Kraft. In der Schweiz sind derzeit die Anpassungen der Gesetzgebung im Gange, damit das revidierte GPA ratifiziert werden kann. Auf Bundesebene besteht der Entwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend E-BöB) und auf kantonaler Ebene der Entwurf der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend E-IVöB). Das revidierte BöB wird voraussichtlich im Jahr 2020 in Kraft treten.

Die Möglichkeit, Anbieterinnen wegen Fehlverhaltens oder aus anderen Gründen auszuschliessen, sah bereits das alte GPA vor. Im revidierten GPA wurden die Tatbestände, die einen Ausschluss vom Verfahren begründen, erweitert. Artikel VIII Absatz 4 Buchstabe c revGPA erlaubt es den Vertragsparteien, negative Erfahrungen mit einer Anbieterin bei früheren

Vergaben in den Ausschlussentscheid miteinzubeziehen.

Entsprechend den Vorgaben des revidierten GPA sieht Art. 44 E-BöB erweiterte Ausschlussgründe vor. Nach Art. 44 Abs. 1 Bst. h E-BöB kann eine Anbieterin bei mangelhafter Erfüllung früherer Aufträge oder anderer Handlungen, die darauf schliessen lassen, dass die Anbieterin keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin ist, aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Art. 44 E-IVöB sieht eine analoge Bestimmung für dezentrale Beschaffungen vor.

Ein Ausschluss wegen beruflichen Fehlverhaltens kann nicht leichthin erfolgen. Die Gründe für einen solchen Ausschluss müssen hinreichend nachgewiesen werden, und sie müssen objektiv und schwerwiegend sein. Untergeordnete Mängel oder Versäumnisse bei der Erfüllung früherer Aufträge berechtigen auch nach dem revidierten Recht nicht zu einem Ausschluss. Es ist im Einzelfall eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, wie lange das geltend gemachte Fehlverhalten zurück liegt. Die Vergabestelle trägt die Beweislast für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes. Sie ist gut beraten, wenn sie die Erfüllung der geschlossenen Beschaffungsverträge im Rahmen eines Vertragscontrollings angemessen dokumentiert.

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 an [VergabeNews@walderwyss.com](mailto:VergabeNews@walderwyss.com) mit.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://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, 2018

---

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