

Die erfolgreiche Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen

Dr. Martin Zobl, LL.M., Rechtsanwalt, Managing Associate, Walder Wyss AG (Zürich)

Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb, Rechtsanwalt, LL.M., Partner, Walder Wyss AG (Zürich)

Das öffentliche Beschaffungswesen ist zu einem bedeutenden Segment der schweizerischen Volkswirtschaft herangewachsen. Laut Schätzungen vergibt die öffentliche Hand Aufträge im Wert von über CHF 40 Mia. pro Jahr. Nachfolgend wird aufgezeigt, was es für Unternehmen in der Anbieterposition besonders zu beachten gilt.



Zu den Autoren

Dr. Martin Zobl, LL.M., arbeitet als Managing Associate bei Walder Wyss AG und ist spezialisiert auf Staats- und Verwaltungsrecht, öffentliches Prozessrecht sowie allgemeines Vertragsrecht. Er berät und vertritt Klienten im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.

Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb, LL.M., ist Partner bei Walder Wyss AG. Insbesondere berät er Unternehmen sowie die öffentliche Hand bei Transaktionen, Compliance- und Governance-Fragen sowie im Bereich des Technologierechts.

Schwellenwerte und Verfahrensarten

Das schweizerische Beschaffungsrecht kommt auf öffentliche Aufträge zur Anwendung, deren Wert einen gewissen Schwellenwert erreicht. Als öffentlicher Auftrag gilt ein Vertrag, der zwischen einer dem Beschaffungsrecht unterstellten Auftraggeberin und einem Anbieter abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung vom Anbieter erbracht wird. Der anwendbare Schwellenwert hängt einerseits von der Eigenschaft der öffentlichen Auftraggeberin ab (Bund, Kanton oder Sek-

torenauftraggeberin), andererseits von der Auftragsart (Warenlieferung, Dienstleistung oder Bauleistung). Unterhalb der Schwellenwerte steht den Auftraggeberinnen das freihändige Verfahren (direkter Vertragsschluss mit einem Anbieter) und das Einladungsverfahren (Einladung von mindestens drei Anbietern zur Offertstellung) zur Verfügung.

Prüfung der Ausschreibungsunterlagen

An öffentlichen Aufträgen interessierte Anbieter können sich auf der Beschaffungplattform www.simap.ch registrieren. So stellen sie sicher, dass sie über aktuelle Veröffentlichungen in den für sie relevanten

Bereichen laufend orientiert werden. Sobald eine öffentliche Ausschreibung erfolgt, sollten sie sich mit Blick auf die oft kurzen Angebotsfristen schnellstmöglich einen Überblick über das Projekt verschaffen und bei Interesse die Ausschreibungsunterlagen verlangen. Beim Studium der Unterlagen geht es zunächst darum, sich rasch mit den Leistungsanforderungen vertraut zu machen. Die Anbieter müssen den Beschaffungsbedarf der Vergabestelle verstehen und analysieren, ob sie für den Auftrag geeignet und in der Lage sind, ein qualitativ und preislich kompetitives Angebot einzureichen. Gleichzeitig sollten sämtliche Unterlagen (Pflichtenheft, Leistungsverzeichnis, Vertragsentwurf etc.) daraufhin geprüft werden, ob sie Unklarheiten oder unzulässige Vorgaben enthalten. Ein Anbieter hat sich etwa folgende Fragen zu stellen: Enthält die Ausschreibung *diskriminierende* oder *wettbewerbswidrige* Bestimmungen? Ist das Leistungsverzeichnis *sachgerecht* und *produkteneutral* ausgestaltet? Sind die Teilnahmebedingungen, die Eignungs- und die Zuschlagskriterien *sachlich begründet* und weisen sie einen hinreichenden *Bezug zum Leistungsgegenstand* auf? Bestehen Hinweise auf die *Mitwirkung eines Konkurrenzunternehmens* bei der Erstellung der Ausschreibung (Vorbefassung)? Wie setzt sich das Evaluationsteam zusammen (Prüfung von Ausstandsgründen)?

Es kommt auch vor, dass die Vergabestelle einen Auftrag, der über den Schwellenwerten für das offene bzw. selektive Verfahren liegt, freihändig oder in einem Einladungsverfahren vergibt. In diesem Fall ist zu prüfen, ob dieses Vorgehen zulässig und allenfalls anfechtbar ist.

Vorgehen bei Mängeln

Stösst ein Anbieter bei der Prüfung der Ausschreibung auf Mängel, empfiehlt sich folgendes Vorgehen: Handelt es sich um blosser Unklarheiten, die der Präzisierung durch die Vergabestelle bedürfen, besteht die Möglichkeit, innert einer bestimmten Frist und auf anonymer Basis Anbieterfragen zu stellen. Die Fragen werden von der Vergabestelle gleichzeitig gegenüber allen Anbietern be-

antwortet. Dieses Vorgehen erleichtert nicht nur die Erstellung der Angebote, sondern kann auch Missverständnissen und unnötigen Beschwerdeverfahren vorbeugen. Werden trotz erkannter Mängel keine Fragen gestellt, kann der Grundsatz von Treu und Glauben dazu führen, dass der betroffene Anbieter später von der Erhebung einer Submissionsbeschwerde ausgeschlossen ist.

Enthalten Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen rechtsverletzende, z.B. diskriminierende Vorgaben, können Anbieter innerhalb der 20-tägigen (in den Kantonen sogar nur 10-tägigen) Rechtsmittelfrist Beschwerde beim Gericht erheben und die Anpassung der Ausschreibung verlangen. Verzichten die Anbieter trotz erkennbarer Mängel auf die Erhebung einer Beschwerde, können diese Mängel später (etwa bei der Zuschlagsanfechtung) nicht mehr gerügt werden. Bei rechtlichen Unklarheiten kann es sich lohnen, frühzeitig externen Rat einzuholen.

Erstellung und Einreichung des Angebots

Bei der Ausarbeitung des Angebots ist eine frühzeitige, sorgfältige Organisation sowie Planung entscheidend. Hierzu sollten Anbieter ein der Komplexität der Ausschreibung entsprechend erfahrenes und kompetentes Projektteam aufstellen. Die Angebotsausarbeitung findet regelmässig unter beträchtlichem Zeitdruck statt, da die Angebotsfrist oftmals nur 40 Tage (oder noch weniger) beträgt.

Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien stellen «Muss»-Kriterien dar, bei deren Nichterfüllung ein Anbieter ausgeschlossen wird. Es lohnt sich daher, die verlangten Nachweise (z.B. betreffend Einhaltung der Lohngleichheit) frühzeitig einzuholen. Auch bei den technischen Spezifikationen, die es genau zu studieren gilt, handelt es sich i.d.R. um «Muss»-Kriterien. Abweichungen von den Leistungsanforderungen sollten daher nach Möglichkeit vermieden werden, soweit es sich nicht um eine Unternehmervariante handelt. Unternehmervarianten müssen jedoch von der Vergabestelle ausdrücklich



Achtung

Wird trotz erkennbarer Mängel bei der Ausschreibung keine Beschwerde erhoben, können diese Mängel später nicht mehr gerügt werden.

zugelassen und stets *zusätzlich* zur Amtsvariante (und nicht an deren Stelle) eingereicht werden. Besonderes Augenmerk gilt es auf die Zuschlagskriterien zu richten: Welche Aspekte werden wie bewertet und gewichtet? Stellt die Auftraggeberin eher den Preis oder eher die Qualität der Angebote in den Vordergrund? Die Beschreibung und Gewichtung der Kriterien erlaubt es den Anbietern, bei der Offertstellung die richtigen Schwerpunkte zu setzen.

Bei den meisten Vergaben stellt der Preis ein zentrales Bewertungskriterium dar. Die Anbieter müssen u.a. mit Rücksicht auf die bekannt gegebene Preisbewertungsmethode (Preisformel) abschätzen, wie tief sie bei den einzelnen Preispositionen gehen wollen, um kompetitiv zu offerieren. Hierbei gilt es auch das Marktumfeld zu kennen. Tools wie «DecisionAdvisor», die auch von Vergabestellen verwendet werden, können helfen, die Preisbewertung bis zu einem gewissen Mass zu antizipieren. Die Anbieter sind in der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei. Angebote, die unter den Gestehungskosten liegen (sog. Unterangebote), sind deshalb nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und sämtliche weiteren Bedingungen erfüllt. Zu beachten ist, dass reine Preisverhandlungen (sog. Abgebotsrunden) seit Inkrafttreten des revidierten Vergaberechts weder auf Bundes- noch auf kantonalen Ebene erlaubt sind.

Vor der Angebotseinreichung ist es wichtig, die Vollständigkeit der Offerte und die Einhaltung der Formalitäten zu prüfen. Es kann sinnvoll sein, dafür Checklisten zu verwenden. Entspricht das Angebot der vorgegebenen Struktur? Sind alle verlangten Angebotsteile, Nachweise und Beilagen vorhanden? Sind die Dokumente (von den berechtigten Personen) unterzeichnet? Auch die termingerechte Abgabe muss sichergestellt sein, wobei i.d.R. das Eintreffen der Angebote bei der Vergabestelle (nicht das Versanddatum) relevant ist. Anbieter müssen sich bewusst sein, dass nach Ablauf der Offertfrist grundsätzlich keine Anpassungen mehr zulässig sind.



Die Ausschreibungsunterlagen sollten unverzüglich daraufhin geprüft werden, ob sie Unklarheiten oder unzulässige Vorgaben enthalten.

Zuschlag und Beschwerde

Anbieter haben bloss Anspruch auf eine summarische Begründung des Zuschlagsentscheids. Dazu gehören insbesondere die Bekanntgabe des berücksichtigten Anbieters, der Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots oder ausnahmsweise die tiefsten und höchsten Gesamtpreise der eingegangenen Angebote, die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots und gegebenenfalls die Gründe für eine freihändige Vergabe. Für die unterlegenen Anbieter lohnt es sich oft, von der Vergabestelle ein (idealerweise mündliches) Debriefing zu verlangen, in dem auf die Gründe der Nichtberücksichtigung ihres Angebots eingegangen wird. Sie können so den Vergabeentscheid besser nachvollziehen, ihre Beschwerdechancen konkreter einschätzen und aus begangenen Fehlern lernen. Ein Debriefing-Gespräch will auch anbieterseitig sorgfältig vorbereitet sein, insbesondere was Rückfragen an die Vergabestelle angeht. Soweit kein offizielles Protokoll erstellt wird, sollten sich die Teilnehmer Notizen machen. Ein Recht auf Akteneinsicht besteht in diesem Verfahrensstadium nicht.

Sofort nach Erhalt der Zuschlagsbegründung sollten unterlegene Anbieter die Nachvollziehbarkeit des Entscheids und die Möglichkeit einer Anfechtung prüfen. Hierbei sind die Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen den damit verbundenen Aufwand abzuwägen. Oft sind die Erfolgsaussichten umso geringer, je schlechter die Rangierung ist, es sei denn, das Verfahren an sich leide an einem derart schweren Mangel, dass es wiederholt werden muss. Ist dies nicht der Fall, muss ein beschwerdeführender Anbieter dem Gericht schlüssig darlegen, dass alle vor ihm rangierten Angebote ungültig sind oder zu Unrecht besser bewertet wurden als sein eigenes. Bei fehlenden Rechtskenntnissen eines Anbieters empfiehlt es sich angesichts der kurzen Beschwerdefrist von 20 (in den Kantonen bis zum Inkrafttreten des revidierten Rechts nur 10) Tagen, frühzeitig externe Unterstützung einzuholen.