

Vergabe News Nr.

30

Marktabklärungen führen zu keiner Vorbefassung nach dem revidierten Beschaffungsrecht, solange das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot eingehalten sind. Welche Regeln und Schranken gilt es für Vergabestellen konkret zu beachten?



Von Martin Zobl

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Managing Associate
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



und Pandora Kunz-Notter

Dr. iur., Rechtsanwältin
Managing Associate
Telefon +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwyss.com

Marktabklärungen nach dem revidierten Beschaffungsrecht

Marktabklärungen oder «Requests for Information» sind ein hilfreiches Instrument, um Beschaffungsvorhaben sinnvoll zu planen. Unter dem revidierten Beschaffungsrecht sind Marktabklärungen ausdrücklich zulässig und führen nicht zum Ausschluss der kontaktierten Anbieterinnen. Dennoch gilt es gewisse Bedingungen und Regeln zu beachten.

Vorbefassung im Beschaffungsverfahren

Die Auftraggeberin ist nach dem **Grundsatz der Gleichbehandlung** dazu verpflichtet, keine Anbieterin gegenüber ihren Konkurrentinnen zu bevorzugen und niemandem einseitig Vorteile einzuräumen. Eine **Vorbefassung** liegt vor, wenn eine Anbieterin bei der Vorbereitung eines Beschaffungsverfahrens mitgewirkt hat. Von einer Mitwirkung ist beispielsweise auszugehen, wenn eine Anbieterin im Vorfeld einer Beschaffung für die Auftraggeberin Projektgrundlagen bearbeitet, Ausschreibungsunterlagen verfasst oder die Auftraggeberin mit Bezug auf bestimmte Anforderungen (Leistungsverzeichnisse, technische Spezifikationen etc.) berät. Eine solche Mitwirkung verschafft der Anbieterin einen Wissensvorsprung gegenüber Konkurrentinnen, was aus wettbewerblicher Sicht unerwünscht ist.

Verfahrensausschluss bei qualifizierter Vorbefassung

Nach Art. 14 des totalrevidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und der totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sind Anbieterinnen, die **an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt** waren, grundsätzlich nicht zum Angebot zugelassen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit gilt dies allerdings nur dann, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten

Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbieterinnen nicht gefährdet (Art. 14 Abs. 1 BöB/IVöB).

Für den Ausschluss aus einem Verfahren muss die **Vorbefassung qualifiziert** sein, d.h. eine gewisse Schwere und Tragweite erreichen. Die Rechtsprechung verlangt dafür eine Mitwirkung der betroffenen Anbieterin, die nicht nur untergeordneter Natur ist. Eine solche ist beispielsweise anzunehmen, wenn eine Anbieterin die Planung oder Projektierung in Vorbereitung einer Ausschreibung durchgeführt, zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und hierzu eine vertiefte Analyse der Verhältnisse vorgenommen oder selbst wesentliche Teile oder die gesamten Ausschreibungsunterlagen erarbeitet hat.

Liegt eine qualifizierte Vorbefassung vor, kann bzw. muss eine Anbieterin **ausgeschlossen** werden, wenn der Wettbewerbsvorteil nicht ausgeglichen werden kann (dazu hinten) und der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbieterinnen nicht gefährdet. Diese Gefahr besteht namentlich dann, wenn auf dem betroffenen Markt nur wenige (zwei bis drei) potenzielle Konkurrentinnen bestehen. Wobei fraglich ist, ob in diesen Fällen eine der Konkurrentinnen überhaupt in die Vorbereitung des Verfahrens involviert werden kann, ohne dass der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wird.

Ausgleichsmöglichkeiten

Wettbewerbsvorteile lassen sich nicht in jedem Fall vermeiden. Art. 14 Abs. 2 BöB/IVöB nennt Massnahmen, mit denen öffentliche Auftraggeberinnen Wettbewerbsvorteile einer vorbefassten Anbieterin ausgleichen und dadurch einen Ausschluss verhindern können. Diese können je für sich oder in Kombination angewendet werden.

Geeignete Mittel, um den **Wettbewerbsvorteil auszugleichen**, sind insbesondere:

- die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
- die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
- die Verlängerung der Mindestfristen.

Die **Weitergabe von wesentlichen Informationen** kann auf verschiedene Weise erfolgen. Insbesondere können Vorstudien, Projektanalysen oder bestehende Systemdokumentationen als Teil der Ausschreibung allen interessierten Anbieterinnen zur Verfügung gestellt werden. Falls das Vorwissen einer Anbieterin beispielsweise darin besteht, dass sie Kenntnis über die Begebenheiten und Räumlichkeiten am Ort der Leistungserbringung hat und diese Informationen wesentlich sind für die Erstellung eines Angebots, kann die «Weitergabe» dieser Informationen auch mit einer Begehung der Örtlichkeiten innerhalb der Angebotsfrist geschehen.

Keine automatische Vorbefassung bei Marktabklärungen

Marktabklärungen («Request for Information», RFI) können im Vorfeld einer Beschaffung erforderlich sein, damit die Auftraggeberin die notwendigen Informationen zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen sowie zur Definition des Leistungsgegenstands erhält. Insbesondere bei für eine Auftraggeberin neuartigen Beschaffungen und Märkten sind RFI oft unverzichtbare Instrumente. Marktabklärungen können durch die Auftraggeberin selbst oder durch einen vom

potenziellen Anbieterkreis unabhängigen Dritten durchgeführt werden.

Nach Art. 14 Abs. 3 BöB/IVöB sind Marktabklärungen ausdrücklich zulässig und führen nicht zu einer vergaberechtswidrigen Vorbefassung, soweit die Auftraggeberin die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gibt (dazu sogleich). Diese Regelung schafft Rechtssicherheit für die Verfahrensbeteiligten. Im Unterschied zu den bisherigen teilweise strengen kantonalen Regelungen stellt sie sicher, dass öffentliche Auftraggeberinnen eine Ausschreibung angemessen und soweit erforderlich unter Einbezug von potenziellen Anbieterinnen vorbereiten können.

Regeln und Schranken für Marktabklärungen

Gesetzlich nicht geregelt ist, wie Marktabklärungen vergaberechtlich korrekt auszugestalten sind. Marktabklärungen können in Form von ersten Gesprächen mit potenziellen Anbieterinnen erfolgen, schriftlichen Anfragen oder auch als Vorankündigungen auf simap.ch veröffentlicht werden. Generell müssen dabei die vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot, beachtet werden. Die vergaberechtlichen Verfahrensgrundsätze zeitigen insofern eine Vorwirkung auf das dem formellen Beschaffungsverfahren vorgelagerte informelle Verfahren der Marktabklärung.

Die Einhaltung der genannten Grundsätze kann namentlich bedeuten, dass ein RFI gegenüber den kontaktierten Anbieterinnen als solcher ausgewiesen und von der zukünftigen Beschaffung klar abgegrenzt wird. Inhaltlich ist er auf das für die Vorbereitung der Beschaffung notwendige Minimum zu beschränken, um keiner Anbieterin einen übermässigen Informationsvorsprung zu verschaffen. Aus demselben Grund kann es (insbesondere bei kleineren Märkten) geboten erscheinen, sämtliche potenziellen Anbieterinnen

zu kontaktieren. Werden mehrere Anbieter angeschrieben, sollte der Austausch bei allen nach denselben Modalitäten stattfinden (gleiche Formen, Regeln, Fragen, Termine etc.). Im Fall einer öffentlichen (auf simap.ch publizierten) Vorankündigung sollte das Vorhaben umschrieben und aufgezeigt werden, welche Informationen von potenziellen Anbieterinnen bis wann verlangt werden. Sämtliche (insbesondere auch mündliche) Kontaktnahmen mit Anbieterinnen sind zu dokumentieren bzw. (im Fall von Gesprächen) zu protokollieren. Auf die Bekanntgabe von eigenen Preisvorstellungen hat die Auftraggeberin in jedem Fall zu verzichten. Diese Liste ist nicht erschöpfend. Die erforderlichen Massnahmen sind nach den konkreten Umständen (Gegenstand und Tiefe des RFI, Markt- und Konkurrenzsituation etc.) zu definieren.

Mit Blick auf eine mögliche Vorbefassung schreibt das Gesetz neu ausdrücklich vor, dass die **Ergebnisse einer Marktabklärung** in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben sind, sodass alle potenziellen Anbieterinnen möglichst auf denselben Informationsstand gebracht werden. Je nach Relevanz und Detaillierungsgrad reicht eine kurze Information oder es sind alle die Marktabklärung betreffenden Dokumente zugänglich zu machen. Dabei muss sichergestellt werden, dass weder berechnete Geheimhaltungsinteressen der involvierten Unternehmen verletzt, noch Absprachen unter den Anbieterinnen ermöglicht oder vereinfacht werden. Dazu können die Ergebnisse der Marktabklärungen gegebenenfalls zusammengefasst oder anonymisiert werden.

Bezüglich einer allfälligen Vorbefassung der mit einer Marktabklärung **beauftragten Dritten** gelten die allgemeinen Regeln hinsichtlich der Intensität der Vorbefassung sowie der möglichen ausgleichenden Massnahmen.

Fazit

Eine Marktabklärung kann der Vorbereitung eines öffentlichen Beschaffungsprojekts dienen. Die Auftraggeberin holt sich auf dem aktuellen Markt die notwendigen Informationen, um den Leistungsgegenstand sinnvoll definieren oder die Ausschreibungsunterlagen erstellen zu können. Marktabklärungen werden in der Praxis häufig eingesetzt. Nun besteht seit dem 1. Januar 2021 eine gesetzliche Grundlage, die festhält, dass eine Marktabklärung grundsätzlich nicht zu einer Vorbefassung der angefragten Anbieterin führt.

Vorausgesetzt ist, dass das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot berücksichtigt werden. Daraus lassen sich verschiedene Regeln ableiten, die je nach konkreter Situation variieren. So kann es etwa geboten sein, nicht nur eine Anbieterin anzufragen und/oder einen RFI auf simap.ch zu publizieren. Zudem schreibt das Gesetz neu ausdrücklich vor, dass die Ergebnisse von Marktabklärungen in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben sind. Hierbei sind grundsätzlich so viele Informationen offen zu legen, dass alle Anbieterinnen auf denselben Informationsstand gebracht werden.

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.

Ansprechpartner



Thomas P. Müller
Partner, Zürich
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



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



Pandora Kunz-Notter
Managing Associate, Bern
Telefon +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwyss.com



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



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



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



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



Flora Reber
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 58 24
flora.reber@walderwyss.com



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