

Vergabe News Nr.

31

Die Teilnahme an Vergabeverfahren bedeutet grossen Aufwand

für die Anbieterinnen, welcher meist nur mit der Zuschlagserteilung wettgemacht wird.

Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen («BöB») sieht die Möglichkeit von Schadenersatz vor, doch wie funktioniert das in der Praxis und was sollten unterlegene Anbieterinnen beachten?

walderwyss rechtsanwälte



Von **Isabelle Hanselmann**
 M.A. HSG in Law and Economics,
 Rechtsanwältin
 Senior Associate
 Telefon +41 58 658 56 07
isabelle.hanselmann@walderwyss.com

Schadenersatzbegehren nach dem revidierten BöB

Seit 1. Januar 2021 gelten das revidierte BöB und damit auch die geänderten Normen zum Beschwerdeverfahren. Dieser Newsletter beschäftigt sich mit dem Schadenersatzbegehren bei Bundesvergaben und zeigt auf, wann und wie ein solches zu stellen ist.

Primär- und Sekundärrechtsschutz

Die Teilnahme an einem öffentlichen Beschaffungsverfahren ist für Anbieterinnen mit viel Arbeit verbunden. Eine Entschädigung ist dafür grundsätzlich nicht vorgesehen; der Aufwand kann oft nur durch die Zuschlagserteilung und die anschliessende Vergütung für den gewonnenen Vertrag kompensiert werden. Immerhin können Anbieterinnen bei fehlerhaften Beschaffungsverfahren Beschwerde erheben. Primäres Ziel des Rechtsschutzes ist die Korrektur des Vergabeverfahrens zu den eigenen Gunsten; in den meisten Fällen ist die Zuschlagserteilung bzw. der Gewinn des Auftrags das angestrebte Resultat (Primärrechtsschutz). Nur wenn der Vertragsschluss nicht (mehr) möglich ist, stellt sich die Frage nach Schaden- bzw. Auslagenersatz (Sekundärrechtsschutz).

Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören insbesondere die Ausschreibungsunterlagen, der Zuschlag und dessen Widerruf, der Verfahrensabbruch oder der Ausschluss aus dem Verfahren (vgl. Art. 53 Abs. 1 BöB). Neben dem Vorliegen eines zulässigen Beschwerdeobjekts müssen je nach Leistungsart die für den Rechtsschutz anwendbaren Schwellenwerte erreicht werden. Die Beschwerde ist zulässig bei Lieferungen und Dienstleistungen ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert (CHF 150'000) und bei Bauleistungen ab dem für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Wert (CHF 2'000'000; vgl. Art. 52 Abs. 1 BöB).

Wie schon unter altem Recht ist Primärrechtsschutz auch nach dem revidierten BöB nur bei Aufträgen im Staatsvertragsbereich möglich. Bei Vergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann mit einer Beschwerde dagegen nur die Feststellung beantragt werden, dass die Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 52 Abs. 2 BöB), und eben Schadenersatz gefordert werden. In diesem Punkt liegt eine Verbesserung bzw. eine Ausweitung gegenüber früher vor, da solche Beschaffungen bis anhin überhaupt keinem Rechtsschutz zugänglich waren¹. Der Sekundärrechtsschutz kommt ausserdem dann zum Tragen, wenn die Vergabestelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin (zulässigerweise) bereits geschlossen hat.

Geltendmachung von Schadenersatz nach BöB

Primär verfolgt die beschwerdeführende Partei das Ziel, den Zuschlag und damit den ausgeschriebenen Vertrag zu erhalten. Rechtlich verlangt wird eine gerichtliche Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Verfügung.

Einer beschaffungsrechtlichen Beschwerde kommt nicht automatisch aufschiebende Wirkung zu. Sie muss daher explizit den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung enthalten. Wenn das Gericht

¹ Anders übrigens die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen («IVöB»); hier war und ist Primärrechtsschutz auch im Nichtstaatsvertragsbereich möglich.

der Beschwerde gegen den Zuschlag die aufschiebende Wirkung nicht gewährt oder diese entzieht, steht es der Vergabestelle frei, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen. Der Vertragsschluss hat zur Folge, dass der Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann. Möglich ist somit nur noch die Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit.

Mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat eine Anbieterin – abgesehen von einer Bestätigung – noch nichts gewonnen, vielmehr möchte sie eine finanzielle Wiedergutmachung. Nach revidiertem BöB entscheidet das Gericht mit der Feststellung neu adhäsionsweise (d.h. gleichzeitig) über ein allfälliges Schadenersatzbegehren. Bisher fehlte diese Möglichkeit, was zu Doppelspurigkeiten und unnötigen Transaktionskosten führte. Voraussetzung für die gleichzeitige Behandlung im Beschwerdeverfahren ist das Vorhandensein eines Schadenersatzbegehrens und dessen Liquidität, d.h. dass dieses unbestritten oder sofort beweisbar ist, mithin keine umfangreichen Abklärungen zu dessen Beurteilung erforderlich sind.

Praxisgemäss gilt das Feststellungsbegehren in den Begehren auf Primärrechtsschutz (z.B. Aufhebung des Zuschlags) als mitenthalten, während ein Schadenersatzbegehren explizit zu stellen ist. Es drängt sich daher die Frage auf, inwiefern eine Beschwerdeführerin schon zu Beginn des Verfahrens ein Eventualbegehren auf Schadenersatz stellen muss oder ob dies auch nachträglich noch erfolgen kann. Das BöB enthält hierzu keine Bestimmung. Gestützt auf die im Beschwerdeverfahren geltende Eventualmaxime sind sämtliche Begehren inkl. Eventualbegehren bereits in der Beschwerdeschrift vorzubringen. Erst anlässlich der Replik gestellte (neue) Begehren bzw. beantragte Varianten sind unzulässig und das Gericht darf auf diese nicht eintreten. Vorsichtshalber ist das Eventualbegehren um Schadenersatz daher bereits mit der Beschwerde zu stellen.

Welcher Schaden kann ersetzt werden?

Gemäss Art. 58 Abs. 4 BöB ist der Schadenersatz beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen. Dieser Wortlaut indiziert den Ersatz lediglich der Offertkosten, d.h. die der Anbieterin mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots entstandenen Kosten. Nicht enthalten sind damit beispielsweise Anwaltskosten für die Prozessberatung (wobei ein Teil davon durch die gerichtlich zugesprochene Parteientschädigung gedeckt wird), weitere Aufwendungen ausserhalb des Submissionsprozesses oder entgangener Gewinn. Weil nur die erforderlichen Kosten ersetzbar sind, tut die Beschwerdeführerin gut daran, nur geltend zu machen, was objektiv vertretbar und vernünftigerweise als Aufwand angefallen ist. Da sie den von ihr behaupteten Schaden zu beweisen hat, muss sie dessen Höhe nachvollziehbar belegen.

Unklar ist, inwiefern das Schadenersatzbegehren bereits in der Beschwerdeschrift zu beziffern und substantiieren ist oder ob dies noch nachträglich erfolgen kann. Grundsätzlich wäre eine Substantiierung bereits bei Beschwerdeeinreichung möglich, da die Kosten im Zusammenhang mit der Offerte bekannt sind bzw. der Sachverhalt mit der Offertabgabe abgeschlossen ist. Sicherheitshalber ist der Schaden deshalb bereits mit der Beschwerdeeinreichung zu belegen (substantiieren). Für die Anbieterin bedeutet dies einen Zusatzaufwand innert der bereits kurzen Beschwerdefrist von zwanzig Tagen. Denkbar und aus Anbietersicht wünschenswert ist, dass die Gerichte die Geltendmachung von Schadenersatz inklusive dessen Substantiierung bis zum Zeitpunkt ermöglichen, in welchem der Primärrechtsschutz (Aufhebung des Zuschlags) entfällt. Auf eine solche

Praxis deutet ein erstes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hin (Entscheid B-2963-2021 vom 15. Oktober 2021): Das Gericht hat der Beschwerdeführerin Frist zur Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzbegehrens angesetzt, nachdem im laufenden Verfahren die Mitteilung über den Vertragsabschluss erfolgte.

Sofern von vornherein nur ein Feststellungsbegehren gestellt wird, z.B. weil eine Bundesvergabe nicht dem Staatsvertragsbereich untersteht, ist eine Bezifferung von Beginn weg wünschenswert.

Geltendmachung nach Verantwortlichkeitsgesetz vorteilhafter?

Aufgrund des begrenzten Umfangs des Schadenersatzes nach BöB könnten gewiefte Anbieterinnen auf die Idee kommen, Schadenersatz basierend auf dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes («VG») geltend zu machen, ohne überhaupt eine Beschwerde gegen die Vergabeverfügung einzureichen. Das VG schliesst ein solches Vorgehen allerdings aus, denn wer die ihm zustehenden Rechtsmittelmöglichkeiten nicht ausnutzt, verwirkt auch ein Verantwortlichkeitsverfahren («Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes»; Art. 12 VG).

Ebenfalls ausgeschlossen ist der Ersatz des Restschadens nach Staatshaftungsrecht. Das VG tritt hinter spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen zurück, d.h. überall dort wo ein Spezialgesetz wie das BöB einen Sachverhalt regelt, hat es keinen Platz. Der ersatzfähige Schaden ist in Art. 58 Abs. 4 BöB geregelt, womit kein Spielraum für einen umfangreicheren Schadensbegriff des VG besteht. Dem VG verbleibt damit nur ein (beschränkter) Anwendungsbereich als Auffangordnung überall dort, wo das BöB keine Regelung trifft.

Relevant ist das VG weiter in Haftungskonstellationen, bei welchen eine Vergabestelle einen Schaden zufügt, der jedoch nicht auf eine fehlerhafte Verfügung der Vergabestelle zurückzuführen ist und somit nach BöB keine Beschwerdemöglichkeit gegeben ist. Dies ist zum Beispiel bei einer deliktrechtlichen Haftung der Fall.

Fazit und Praxistipps

Das revidierte BöB bringt eine moderate Verbesserung und Vereinfachung des Rechtsschutzes mit sich. Dass ein Begehren auf Schadenersatz neu adhäsionsweise mit dem Feststellungsantrag eingereicht werden kann, ist begrüssenswert und stellt gleichzeitig eine Vereinfachung der Verfahren dar. Für eine beschwerdeführende Partei verringert sich damit der Aufwand.

Aufgrund des umfangmässig begrenzten Schadenersatzes bleibt die Frage nach der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zentral. Sofern keine aufschiebende Wirkung beantragt oder diese vom Gericht nicht gewährt wird, kann das Rechtsmittelverfahren einzig einen monetären Ersatz allfälliger Auslagen im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren erreichen, was kaum der primären Absicht einer Beschwerdeführerin entspricht. Der Sekundärrechtsschutz bzw. die Vergütung von allfälligem Schadenersatz ist oft nur ein Tropfen auf den heissen Stein.

Unattraktiv bleibt der Rechtsschutz ausserhalb des Staatsvertragsbereiches. Unterlegene Anbieterinnen werden den Aufwand des Beschwerdeverfahrens oftmals scheuen, da die mit der Beschwerdeerhebung verbundenen Zusatzkosten mit Ausnahme der Parteientschädigung nicht ersatzfähig sind. Der Sekundärrechtsschutz dürfte im Nichtstaatsvertragsbereich daher weitgehend toter Buchstabe bleiben und lediglich adhäsionsweise im Rahmen einer bereits angehobenen «ordentlichen» Beschwerde verlangt werden.

Als Beschwerdeführerin sollten Sie Folgendes beachten:

- Aufwand für die Angebotserstellung protokollieren (Stunden, wer & was)
- Bei negativer Verfügung frühzeitig entscheiden, ob eine Beschwerde eingereicht wird, um die 20-tägige Beschwerdefrist optimal nutzen zu können
- Aufschiebende Wirkung der Beschwerde explizit beantragen
- Eventualbegehren auf den provisorisch bezifferten Schadenersatz bereits mit der Beschwerde erheben mit dem Hinweis, dass dieses zu einem späteren Zeitpunkt genauer beziffert und substantiiert wird

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, 2021

Ansprechpartner



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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