

Vergabe News Nr.

33

Die möglichen Folgen von **De-facto-Vergaben** sind vielfältig. Nicht berücksichtigte Anbieter können unter bestimmten Voraussetzungen Beschwerde erheben und die zuständigen Behörden (Aufsichts-)Massnahmen ergreifen. Aber können Anbieter auch Schadenersatz verlangen? Und welches Schicksal erleidet der vergaberechtswidrig geschlossene Vertrag?



Von **Martin Zobl**
Dr. iur., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



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

Die möglichen Folgen von De-facto-Vergaben sind vielfältig. Im Vordergrund stehen Beschwerden von nichtberücksichtigten Anbietern und aufsichtsrechtliche Konsequenzen. Bei Vorsatz können sich die handelnden Amtsträger zudem strafbar machen. Nicht zu vernachlässigen sind schliesslich Reputationsverluste und personelle Konsequenzen im Fall negativer Medienberichterstattung.

Werden Aufträge ausserhalb des Vergaberechts erteilt, obgleich sie richtigerweise vergaberechtlichen Regeln hätten folgen müssen, spricht man von De-facto-Vergaben. Mit welchen Konsequenzen haben Vergabestellen bei De-facto-Vergaben zu rechnen? Wie können sich Anbieter wehren, wenn sie von einem Vertrag zwischen einem Wettbewerber und einer Vergabestelle erfahren, der ihrer Ansicht nach zu Unrecht ohne vorheriges Vergabeverfahren abgeschlossen wurde?

Beschwerde eines potenziellen Anbieters

Erfährt ein Anbieter von einer (vermuteten) De-facto-Vergabe, ist er in der Regel gut beraten, die Vergabestelle zunächst um eine Stellungnahme zu bitten. Abgefragt werden sollte auch, ob bereits ein Vertrag mit dem Wettbewerber geschlossen wurde. Eine übereilte Beschwerde ist selten ratsam, zumal bei einem Unterliegen der Anbieter die Verfahrenskosten trägt. Erhärtet sich der Verdacht, kommt eine Beschwerde jedoch in Betracht.

Prozessvoraussetzungen

Dass der Beschwerdeweg offensteht, ist nicht selbstverständlich. Auch im Beschaffungsrecht gelten die allgemeinen Prozessvoraussetzungen. Hier stösst die Beschwerde des nicht berücksichtigten Anbieters bei formal-juristischer Betrachtung an Grenzen. Mit der Beschwerde anfechtbar sind im Vergaberecht nur Verfügungen, so etwa die Ausschreibung, der Zuschlag oder der Verfahrensauschluss (Art. 53 Abs. 1 BöB/IVöB 2019).

Bei De-facto-Vergaben besteht die Schwierigkeit, dass die Auftraggeberin nicht erkennbar hoheitlich auftritt. Sie schliesst zwar einen (in der Regel privatrechtlichen) Vertrag, erlässt aber keine Verfügung. Mithin besteht kein eindeutiges Anfechtungsobjekt und es ist unklar, wann die Beschwerdefrist zu laufen beginnt (Art. 56 Abs. 1 BöB/IVöB). Weiter gibt es kein vorangegangenes Vergabeverfahren, an welchem der Anbieter hätte teilnehmen können. Eine solche Teilnahme wäre aber grundsätzlich Voraussetzung, damit ein Anbieter Beschwerde führen kann (vgl. für den Bund Art. 55 BöB/IVöB 2019 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG).

Eine solche rein formal-juristische Betrachtung führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. Ob in einem konkreten Fall zu Recht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens verzichtet wurde, kann der Rechtskontrolle nicht entgehen. Andernfalls hätte es die Vergabestelle in der Hand, die richterliche Überprüfung mit der blossen Behauptung der Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts zu umgehen.¹ Wird das Vorliegen einer De-facto-Vergabe hinreichend substantiiert, kann über das Fehlen einer Verfügung als Anfechtungsobjekt hinweggesehen werden.

Auch wenn keine Frist in Gang gesetzt wird, muss ein Anbieter ohne Verzug Beschwerde erheben, sobald er von einer mutmasslichen De-facto-Vergabe Kenntnis erhält.² Anderenfalls besteht das Risiko, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten wird.³ Zur Beschwerde legitimiert sind Personen, die geltend machen,

dass das vorgeschriebene Vergabeverfahren zu Unrecht unterblieben ist, und die zum Kreis der potenziellen Anbieter zählen.⁴ Letzteres ist der Fall, wenn die vergebenen Leistungen in ihren Tätigkeitsbereich fallen. Die weiteren allgemeinen und vergaberechtlichen Prozessvoraussetzungen, etwa das Erreichen der Schwellenwerte (Art. 52 Abs. 1 BöB/IVöB 2019), sind ebenfalls zu beachten.

Rechtsbegehren und einstweiliger Rechtsschutz vor Abschluss des Vertrags

Wurde noch kein Vertrag abgeschlossen, wird ein beschwerdeführender Drittanbieter versuchen, den Vertragsschluss zu verhindern. Hierzu wird er das zuständige Verwaltungsgericht darum ersuchen, die Vergabestelle zu verpflichten, zur Beschaffung der konkreten Leistungen ein ordentliches Vergabeverfahren durchzuführen, eventualiter die Rechtswidrigkeit des Handelns der Vergabestelle festzustellen.

Dieses Begehren wird regelmässig verbunden mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Damit wird der Vergabestelle (super-)provisorisch untersagt, einen Vertrag über die Beschaffung der konkreten Leistungen zu schliessen. Ein solcher Antrag hat dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Beschwerde bei einer vorläufigen Prüfung nicht offensichtlich aussichtslos erscheint und die öffentlichen Interessen an der sofortigen Durchführung der Beschaffung nicht überwiegen.

Rechtsbegehren und einstweiliger Rechtsschutz nach Abschluss des Vertrags

Fraglich ist, was ein nichtberücksichtigter Anbieter auf verwaltungsgerichtlichem Weg erreichen kann, wenn der Vertrag mit dem Wettbewerber bereits geschlossen wurde. Dies hängt insbesondere davon ab, welches Schicksal der Vergabevertrag im Fall einer De-facto-Vergabe erleidet.

Die jüngere Rechtsprechung folgt tendenziell der Ansicht, dass vergaberechtswidrig geschlossene Verträge gültig (und nicht etwa nichtig) sind.⁵ Dies überzeugt und steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts.⁶ Wo das Bundesrecht die privatrechtliche Nichtigkeit als Folge eines Verstosses gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorsieht, ist das im Gesetz explizit vorgesehen. Allerdings kennen weder das BöB noch die IVöB 2019 eine dahingehende Regelung.⁷

Die Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens zu beantragen, kommt nach Vertragsschluss nur dann in Betracht, wenn der Vertrag noch nicht (vollständig) erfüllt ist. In solchen Fällen haben Verwaltungsgerichte Vergabestellen mitunter angewiesen, von ihren vertraglichen Rechten Gebrauch zu machen (bzw. sich dieser zu enthalten), um das vergaberechtlich gewollte Ergebnis zu erreichen.⁸ Solche Anweisungen können insbesondere eine Vertragskündigung auf den nächstmöglichen Zeitpunkt beinhalten. Zu vertragswidrigem Verhalten können Vergabestelle jedoch nicht verpflichtet werden.

Ist der Vertrag bereits vollständig erfüllt, kommt allein ein Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der De-facto-Vergabe bzw. des Vertragsschlusses (nicht: des Vertrags) in Betracht. Schadenersatzbegehren dürften demgegenüber ausser Betracht fallen. Gemäss Art. 58 Abs. 4 BöB/IVöB 2019 sind nur Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Angebot ersatzfähig. Ein solches Angebot hat der Beschwerdeführer jedoch gerade nicht eingereicht. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Anbieter nach allgemeinem Staatshaftungsrecht Schadenersatz verlangen könnte, dürfte ihm der Nachweis eines durch die De-facto-Vergabe kausal verursachten Schadens nicht gelingen. Auch bei (hypothetischer) vergaberechtskonformer Beschaffung wäre nicht hinreichend sicher, dass er den Zuschlag erhalten hätte.

Aufsichtsmassnahmen und Massnahmen der WEKO

Aufsichtsrechtliche Massnahmen spielen für die Durchsetzung des Vergaberechts bei De-facto-Vergaben eine wichtige Rolle, zumal Beschwerden voraussetzen, dass der leer ausgegangene Anbieter überhaupt von der De-facto-Vergabe erfährt. Die Zuständigkeit der Aufsichtsorgane, das Verfahren und die Aufsichtsmassnahmen richten sich nach dem anwendbaren Bundes- bzw. dem jeweiligen kantonalen oder kommunalen Recht. Aufsichtsorgane können entweder von Amtes wegen oder auf Antrag (z.B. eines übergangenen Anbieters) tätig werden.

Grundsätzlich reichen die aufsichtsrechtlichen Instrumente von einfachen Rückfragen der Aufsichtsbehörde über Weisungen zur Herstellung des gesetzmässigen Zustandes bis zu Administrativuntersuchungen und Sanktionen (z.B. Disziplinar-massnahmen). Bei Verdacht auf schwerwiegende Verfehlungen oder systemische Mängel kommt es nicht selten zu parlamentarischen Untersuchungen (PUK), so geschehen im Fall des Projekts «Insieme» der Bundesverwaltung oder des Bündner Baukartells. Wurden für die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags finanzielle Beiträge zugesprochen, können diese gemäss Art. 45 Abs. 5 IVöB 2019 oder Subventionsrecht zurückgefordert und es kann (auf spezialgesetzlicher Grundlage) der Leistungsauftrag entzogen werden. .

Unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dürften Aufsichtsbehörden jedoch regelmässig zunächst anordnen, die betroffene Beschaffung sowie zukünftige Beschaffungen nach den Bestimmungen des Vergaberechts vorzunehmen, gegebenenfalls unter Strafantrohung gemäss Art. 292 StGB im Fall der Zuwiderhandlung. Illustrativ hierfür ist der Beschluss des Regierungsrats Zürich im Fall GZO-Listenspital Wetzikon.⁹

Bei De-facto-Vergaben von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern von

kantonalen oder kommunalen Aufgaben ist zudem ein Einschreiten der Wettbewerbskommission (WEKO) möglich.¹⁰ So kann die WEKO nicht nur Untersuchungen führen oder Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM), sondern auch gegen marktzugangsbeschränkende Verfügungen Beschwerde führen (Art. 9 Abs. 2bis BGBM).

Strafrechtliche Konsequenzen und sonstige Folgen

Je nachdem, wie die De-facto-Vergabe gelagert ist, fallen auch strafrechtliche Konsequenzen in Betracht. Denkbar ist etwa eine Strafbarkeit wegen Amtsmissbrauchs (Art. 312 StGB) oder ungetreuer Amtsführung (Art. 314 StGB), vorausgesetzt, die verantwortliche Person handelte vorsätzlich.

Unabhängig von rechtlichen Massnahmen droht bei De-facto-Vergaben eine negative Medienberichterstattung, die belastend für die handelnden Amtsträger sein kann und, allenfalls gepaart mit politischem Druck, zu personellen Konsequenzen führen kann. Zudem droht Reputationsverlust für die betroffene Organisation bzw. Verwaltungseinheit. Mit solchen Konsequenzen ist besonders bei Beschaffungen mit sensiblem Gegenstand, hohem Volumen oder im Zusammenhang mit dem Verdacht von Straftaten zu rechnen.

Abschliessende Praxishinweise

Öffentliche Auftraggeber sollten sorgfältig prüfen (lassen), ob und unter welchen Voraussetzungen die von ihnen getätigten Geschäfte dem Vergaberecht unterstehen. Die Einhaltung des Beschaffungsrechts gehört heute, nicht zuletzt mit Blick auf die drohenden rechtlichen und politischen Konsequenzen, zum Verantwortungsbereich der Führungsorgane. Klare interne Weisungen und regelmässige Schulungen des (Einkaufs-)Personals sind unumgänglich.

Besonders anspruchsvoll ist die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts

regelmässig bei denjenigen Auftraggebern, die auf der Schnittstelle von staatlichen bzw. monopolisierten Bereichen einerseits und der Privatwirtschaft andererseits tätig sind. Dies gilt etwa für Auftraggeber, die sich zwar (teilweise) in privater Hand befinden, aber über einen staatlichen Leistungsauftrag oder eine Monopolkonzession verfügen, oder für Auftraggeber, die nicht nur hoheitlich, sondern teilweise im Wettbewerb tätig sind und daher dem Vergaberecht nicht zwingend mit all ihren Tätigkeiten unterstehen (z.B. Sektorenauftraggeber).

Anbieter sind beim Verdacht auf eine De-facto-Vergabe gut beraten, sich bei der Vergabestelle zu erkundigen, welche Leistungen in welchem Volumen bei welchem Anbieter beschafft werden sollen und ob bereits ein entsprechender Vertrag geschlossen wurde. Bei erhärtetem Verdacht ist der Rechtsweg zu prüfen.

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, 2022

Fussnoten

- 1 Urteil des VGer AG WBE.2015.114 vom 11. November 2015 E. 2.4.
- 2 Urteil des BGer 2C-591/2014 vom 29. September 2014 E. 5.3.
- 3 Urteil des VGer GR U 20 58 vom 26. Februar 2021.
- 4 BGE 137 II 321 E. 3.2.3; Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 1b.
- 5 Urteil des VGer AG WBE.2015.114 vom 11. November 2015 und WBE.2016.539 vom 28. Dezember 2016; Urteil des VG TI 52.2018.305 vom 14. November 2018. A.A. GAUCH, Der Werkvertrag 2019, Rz. 509, der von einer Unwirksamkeit «sui generis» ausgeht und die BRK (statt vieler BRK 2001-014 vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37, E. 2a).
- 6 Urteil des BGer 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 1c.
- 7 TRÜEB/CLAUSEN, in: OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 58 BöB Rz. 8.
- 8 Urteil des VGer ZH VB.2015.00238 vom 3. Dezember 2015 E. 6.5; VGer AG WBE.2012.159 vom 1. Juli 2013 E. 3.2; VGer AI V 6-2010 vom 04. Mai 2010 E. III./7a; vgl. auch BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 2668 ff.
- 9 Beschluss des Zürcher Regierungsrats Nr. 758/2015 vom 8. Juli 2015. Im konkreten Fall wurde die Strafandrohung allerdings verwaltungsgerichtlich aufgehoben (Urteil des VGer ZH VB.2015.00555 vom 20.12.2016 E. 2.3).
- 10 Vgl. Art. 8 ff. i.V.m. Art. 5 BGBM.

Ansprechpartner



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



Hans Rudolf Trüb
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



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



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



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



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



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



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



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



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



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