

VergabeNews Nr.

24

Auswirkungen der Coronavirus-Pandemie auf das öffentliche Beschaffungswesen:

Das Coronavirus zeitigt auch Auswirkungen auf laufende Vergabeverfahren. Zugleich führt die Notsituation zu einem Anstieg an freihändigen Beschaffungen. Was Anbieter und Vergabestellen wissen müssen.

walderwyss rechtsanwälte



Ramona Wyss
LL.M., Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com

Auswirkungen auf laufende Vergabeverfahren und die freihändige Beschaffung

Der Bundesrat hat zwecks Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 ein Bündel an Massnahmen ergriffen. Einige davon, namentlich die am 20. März 2020 erlassene Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren sowie die Konzentration der Beschaffung gewisser für die Bekämpfung der Pandemie dringend benötigter Güter bei der Armeeapotheke, zeitigen unmittelbar Auswirkungen auf das öffentliche Beschaffungswesen. Darüber hinaus stehen Vergabestellen vor der Herausforderung, bestehende Abläufe den veränderten Rahmenbedingungen anzupassen und die existierenden beschaffungsrechtlichen Instrumente korrekt anzuwenden.



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

Durchführung von Vergabeverfahren

Die vom Bundesrat mit der COVID-19-Verordnung 2 (SR 818.101.24) erlassenen Massnahmen beinhalten ein vorläufig bis zum 19. April 2020 geltendes Verbot von öffentlichen und privaten Veranstaltungen (Veranstaltungsverbot) sowie des Betriebs öffentlich zugänglicher Einrichtungen (Schliessungspflicht).

Vergabeverfahren werden überwiegend schriftlich geführt. Dennoch werden – gerade bei komplexen Vergabeprojekten – gelegentlich auch Treffen zwischen Vergabestelle und Anbietern vorgesehen, z.B. im Rahmen der Angebotsbereinigung.

Solche geschäftsbezogenen Treffen sind nicht *per se* als (verbotene) Veranstaltungen zu qualifizieren; gemäss den Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2 bleiben Sitzungen am Arbeitsplatz grundsätzlich erlaubt. Die öffentliche Verwaltung wie auch die Gesundheitseinrichtungen sind zudem von der Schliessungspflicht ausgenommen (Art. 6 Abs. 3 Bst. j und m. COVID-19-Verordnung 2).

Beides gilt jedoch nur, soweit die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) betreffend Hygiene und sozialer Distanz eingehalten werden können und die

Anzahl der anwesenden Personen entsprechend limitiert wird.

Erwägt die Vergabestelle aufgrund der aktuellen Situation eine Anpassung der Verfahrensmodalitäten, sind das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten.

Auswirkungen der Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren

Um der Justiz die Adaption an die aufgrund der Coronavirus-Pandemie herrschende Notlage zu ermöglichen, hat der Bundesrat am 20. März 2020 eine Verlängerung der für die Ostertage bevorstehenden Gerichtsferien in Zivil- und Verwaltungsverfahren angeordnet (Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus, SR 173.110.4). Die Gerichtsferien dauern demzufolge vom 21. März 2020 bis und mit dem 19. April 2020. Während dieser Zeit stehen sämtliche gesetzlichen und behördlichen bzw. gerichtlichen Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren still, sofern bei diesen gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht die Gerichtsferien zu berücksichtigen sind (Art. 1 Abs. 1 der Ver-

ordnung des Bundesrates vom 20. März 2020). Die Bedeutung dieser Anordnung für Vergabe- und Beschwerdeverfahren werden im Folgenden kurz skizziert.

Fristenlauf im Vergabeverfahren gemäss BöB

Keine Auswirkungen haben die verlängerten Gerichtsferien auf das Vergabeverfahren gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1). Art. 26 Abs. 2 BöB untersagt nämlich für das Vergabeverfahren – welches sich grundsätzlich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) richtet (Art. 26 Abs. 1 BöB) – explizit die Anwendung des Fristenstillstands nach Art. 22a VwVG. Entsprechend nehmen sämtliche Fristen im Vergabeverfahren (wie beispielsweise die Frist zur Einreichung eines Angebotes im offenen Verfahren oder diejenige zur Einreichung des Antrages auf Teilnahme im selektiven Verfahren) ihren normalen Lauf.

Den Behörden steht es allerdings frei, bei der Ansetzung neuer oder bei bereits laufenden Fristen den aktuellen Umständen Rechnung zu tragen und diese zu verlängern. Dabei ist von den Behörden jedoch in jedem Fall das Gleichbehandlungsprinzip zu berücksichtigen, d.h. die Frist muss für alle Anbieter gleichermaßen erstreckt werden.

Fristenlauf im Rechtsmittelverfahren auf Bundesebene (Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht)

Anders verhält es sich in Bezug auf die Fristen im Beschwerdeverfahren gemäss BöB. Nach Art. 27 ff. BöB wird das Beschwerdeverfahren gegen eine Verfügung der Auftraggeberin durch Einreichung der Beschwerde innert 20 Tagen seit Verfügungseröffnung beim Bundesverwaltungsgericht eingeleitet. Dieses streitige Verwaltungsverfahren, das bereits mit dem Fristenlauf gemäss Art. 30 BöB beginnt, richtet sich nach den Be-

stimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32) bzw. denjenigen des VwVG (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

Der Fristenstillstand gemäss Art. 22a VwVG ist somit auf die nach Tagen bestimmten Fristen im Beschwerdeverfahren gemäss BöB anwendbar. Entsprechend fallen diese Fristen auch unter die Verordnung des Bundesrates vom 20. März 2020 über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren.

Dies bedeutet folglich, dass insbesondere die 20-tägige Beschwerdefrist wie auch sämtliche nach Tagen bestimmte, vom Gericht angesetzte Fristen im Beschwerdeverfahren seit dem 21. März 2020 und bis zum 20. April 2020 still.

Unbedingt zu beachten ist jedoch die Ausnahmebestimmung in Art. 22a Abs. 2 VwVG für Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen. Für diese Verfahren gelten keine Gerichtsferien und damit auch kein (verlängerter) Fristenstillstand: So ist das Begehren um aufschiebende Wirkung nach wie vor innert 20 Tagen seit Eröffnung der angefochtenen Verfügung zu stellen.

In Abweichung zu Art. 20a VwVG sieht die Verordnung des Bundesrates vom 20. März 2020 sodann vor, dass der Fristenstillstand auch auf behördliche und gerichtliche Fristen, die ein bestimmtes Enddatum zwischen dem 21. März 2020 und dem 19. April 2020 aufweisen, anzuwenden ist (z.B. bei einer gerichtlich angesetzten Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort; Art. 1 Abs. 3 der Verordnung des Bundesrates vom 20. März 2020). Wie sich der Stillstand einer solchen Frist auf den Fristenlauf auswirkt, geht aus dem Verordnungstext jedoch nicht eindeutig hervor (Verlängerung der Frist um die Dauer des Fristenstillstandes oder Verlängerung der Frist bis zum Tag nach dem Fristenstillstand?). Die Handhabung dieser Fristverlängerung

obliegt demnach den Gerichten und Behörden. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich beschlossen, dass Fristen mit einem bestimmten Enddatum zwischen dem 21. März 2020 und dem 19. April 2020 gesamthaft am 20. April 2020 enden (<https://www.bvger.ch/bvger/de/home/medien/medienmitteilungen-2019/coronagerichtsbetriebundfristen.html>).

In Ergänzung zur Bundesratsverordnung hat das Bundesverwaltungsgericht darüber hinaus entschieden, dass auch in Verfahren, für die der Fristenstillstand gemäss VwVG nicht gilt, bei der Ansetzung neuer richterlicher Fristen den ausserordentlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen sei. Ferner sollen laufende Fristen auf Gesuch hin gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG angemessen erstreckt oder wiedererwägungsweise aufgehoben werden können. Ausgenommen hiervon sind dringliche Verfahren.

Im Verfahren vor Bundesgericht stehen im Normalfall die Fristen während der Gerichtsferien gestützt auf Art. 46 BGG still. Die vom Bundesrat am 20. März 2020 erlassene Verordnung über den verlängerten Fristenstillstand hat demnach in diesem Verfahren dieselben Wirkungen wie im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen hier vor verwiesen werden.

Fristenlauf in kantonalen Beschaffungsverfahren und Beschwerdeverfahren gemäss IVöB

Auf kantonaler Ebene richtet sich das Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen in fast allen Kantonen nach der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SR 172.056.5) sowie nach den in Ausführung derselben erlassenen Submissionserlassen.

Das nichtstreitige Vergabeverfahren ist in der IVöB nicht geregelt. Der Fristenlauf richtet sich daher nach dem kantonalen

Submissions- bzw. Verwaltungsverfahrenrecht. Ein Fristenstillstand während der Gerichtsferien ist zumeist nicht vorgesehen.

Auch im Beschwerdeverfahren gibt es im Anwendungsbereich der IVöB keinen Fristenstillstand während der Gerichtsferien (Art. 15 Abs. 2^{bis} IVöB). Die Verordnung des Bundesrates vom 20. März 2020 betreffend die Verlängerung der Gerichtsferien gelangt folglich in Bezug auf die Fristen im Beschwerdeverfahren gemäss IVöB nicht zur Anwendung. Entsprechend gilt es insbesondere die kurze Beschwerdefrist von 10 Tagen gemäss Art. 15 Abs. 2 IVöB sowie sämtliche gerichtlich angeordneten Fristen – trotz der aktuell erschwerten Umstände – unbedingt einzuhalten.

Freihändige Beschaffungen dringend benötigter Güter und Dienstleistungen

Die SARS Covid-2 Pandemie hat zu einem explosionsartigen Anstieg der weltweiten Nachfrage an bestimmten Medikamenten, Testutensilien und anderen medizinischen Gütern wie Beatmungsgeräte, Schutzausrüstungen und ihren Bestandteilen geführt. Auch die Schweiz sieht sich gezwungen, ihre Bestände laufend und innert kürzester Frist zu ergänzen, um den Ausbruch der Pandemie bewältigen zu können.

Das Vergaberecht des Bundes erlaubt es Vergabestellen, dringliche Beschaffungen im freihändigen Verfahren zu tätigen, auch wenn der Beschaffungswert die massgeblichen Schwellenwerte überschreitet (Art. 13 Abs. 2 Bst. d VöB). Auch die kantonalen Submissionserlasse enthalten in der Regel eine analoge Bestimmung (vgl. Art. 9. Abs. 1 Bst. e VRöB).

Die Ausnahmebestimmungen in VöB und VRöB setzen voraus, dass die Dringlichkeit der Beschaffung auf „unvorhergesehene Ereignisse“ zurückzuführen ist. Vergabestellen sollen bei selbstverschuldeter Dringlichkeit nicht auf das freihändige Verfahren zurückgreifen können.

Dies gilt jedoch nicht absolut. Dem Verwaltungsgericht St. Gallen ist zuzustimmen, dass auch bei selbstverschuldeten Zwangslagen das öffentliche Interesse an der unverzüglichen Beschaffung so gross sein kann, dass es nicht darauf ankommt, wer diese verschuldet hat (VGer SG, Präsidialverfügung vom 15.3.2017, B 2017/40).

Dem Vergaberecht unterstellte Verwaltungseinheiten und Einrichtungen können aktuell für die Bekämpfung der Pandemie daher grundsätzlich freihändig beschaffen. Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass Vergabestellen die Knappheit gewisser Güter und damit die Dringlichkeit der Beschaffung selbst verschuldet haben (etwa durch Verstösse gegen Pflichtlagerbestimmungen), haben sie aus vergaberechtlicher Sicht wenig zu befürchten.

Allerdings hat der Bundesrat offenbar beschlossen, die Beschaffung gewisser für die Bekämpfung der Pandemie dringend benötigter Güter bei der Armeeapotheke als zentraler Beschaffungsstelle zu konzentrieren. Inländische Hersteller von Beatmungsgeräten wurden angewiesen, nur noch Bestellungen der Armeeapotheke entgegenzunehmen (NZZaS vom 29. März 2020).

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.

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, 2020