

Einführung ins Submissionsrecht

Rechtsanwalt Franz Fürst, Chef Legistik und Justiz, Staatskanzlei

Einleitung

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und das Submissionsrecht geben immer und immer wieder zu reden. Manchmal gehen die Emotionen recht hoch: Mehrere Anbieter sind am Auftrag interessiert, den Zuschlag dafür erhält aber nur einer. Spätestens damit gehen regelmässig auch die Spekulationen darüber los, ob im Vergabeverfahren wirklich alles mit rechten Dingen zu und her gegangen sei. Es liegt auf der Hand, dass der unterlegene Anbieter diese Frage für sich anders beantworten kann (und will) als derjenige Anbieter, der den Auftrag erhalten hat. In diesem Zusammenhang kann es nicht schaden, wenn alle an einem Vergabeverfahren Beteiligten und Interessierten die zu beachtenden Spielregeln, also das geltende Submissionsrecht, kennen.

Mit diesem Referat soll auf einfache Art und Weise in das – leider nicht immer ganz einfache - Submissionsrecht eingeführt und damit ein Beitrag zur Versachlichung der Diskussionen und zur Glättung der emotionalen Wogen beigetragen werden. Wir orientieren uns dazu am folgenden Fragenraster:

1. Welche Rechtsquellen bestehen? Welche sind für die Gemeinden überhaupt massgebend?
2. Welche Ziele verfolgt das Submissionsrecht? Welche Grundsätze sind zu beachten?
3. Welche Auftraggeber unterstehen dem Submissionsrecht?
4. Welche Aufträge unterstehen dem Submissionsrecht? Gibt es Ausnahmen?
5. Welche Vergabeverfahren (Arten) und Schwellenwerte gibt es?
6. Wie läuft das Vergabeverfahren im Einzelnen ab? Was ist zu beachten?
7. Wann darf der Vertrag geschlossen werden?
8. Wie ist der Rechtsschutz geregelt?

Bei der Beantwortung dieser Fragen werden wir uns auf das Grundlegendste beschränken und am passenden Ort (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) einige Erfahrungen einflechten.

1. Welche Rechtsquellen bestehen?

Welche sind für die Gemeinden überhaupt massgebend?

Im öffentlichen Beschaffungswesen bestehen Rechtsquellen auf **fünf Ebenen**, nämlich: Völkerrecht, Bundesrecht, Interkantonaies Recht, Kantonales Recht und Kommunales Recht. Konkret geht es um folgende Rechtsquellen:

Völkerrecht:

- a) GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994¹
- b) Bilaterales Abkommen CH / EU vom 26. Februar 1999²

*Bundesrecht:*³

- c) Bundesgesetz über den Binnenmarkt⁴
- d) Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen⁵
- e) Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen⁶

Interkantonales Recht:

- f) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, Konkordat)⁷

Kantonales Recht:

- g) Submissionsgesetz⁸
- h) Submissionsverordnung⁹

Kommunales Recht:

- i) Submissionsreglement der Gemeinde

Mit Ausnahme des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (lit. d und e), die allein für den Bund gelten, sind alle genannten Rechtsquellen für die Gemeinden **massgebend**. Der Geltungsberich dieser Rechtsquellen überschneidet sich teilweise, so dass meistens Bestimmungen mehrerer Rechtsquellen auf die Vergabe eines Auftrages anwendbar sind. Um festzustellen, welchen Bestimmungen ein konkreter Auftrag im Einzelfall untersteht, muss **Klarheit bestehen über** (1.) den Auftraggeber, (2.) die Art des Auftrages, (3.) den Wert des Auftrages und (4.) über mögliche Ausnahmen.

Wir können nicht auf alle Rechtsquellen im Detail eingehen. Wir werden uns deshalb auf das **Konkordat und die kantonale Submissionsgesetzgebung beschränken (s. Broschüre "Gesetzgebung über öffentliche Beschaffungen")**. Wer sich daran hält, sollte in der Regel auch im Einklang mit dem Völker- und Bundesrecht stehen.

Noch kurz ein Wort zu den **Gemeindereglementen**: Seit dem Inkrafttreten der Änderungen des Submissionsgesetzes und der Submissionsverordnung am 1. Mai 2004 haben viele - vielleicht noch nicht ganz alle - Gemeinden ihre Submissionsreglemente überarbeitet. Eine **Genehmigung** dieser Submissionsreglemente durch den Kanton ist *nicht*

¹ WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 (SR 0.632.231.422), in Kraft seit 1.1.1996, wird auch Government Procurement Agreement (GPA) genannt

² Sektorielles Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesen vom 26.2.1999 (Text publiziert im BBl 1999 VI 6128ff.)

³ Weitere spezielle Bundeserlasse: Alpentransit-Beschluss vom 4.10.1991 (SR 742.104), Art. 13; Bundesgesetz über die Nationalstrassen vom 8.3.1960 (NSG, SR 725.11), Art. 41; Verordnung über die Nationalstrassen vom 7.11.2007 (NSV, SR 725.111), Art. 44-47

⁴ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (BGBM, SR 943.02), in Kraft seit 1.7.1996

⁵ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1)

⁶ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11)

⁷ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994 (IVöB), der alle Kantone beigetreten sind. Revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994 / 15.3.2001 (IVöB), der alle Kantone beigetreten sind

⁸ Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 22.9.1996 (Submissionsgesetz, SubG, BGS 721.54), in Kraft seit 1.4.1997

⁹ Verordnung über öffentliche Beschaffungen vom 17.12.1996 (Submissionsverordnung, SubV, BGS 721.55), in Kraft seit 1.4.1997

erforderlich. Eine solche Genehmigung (durch den RR) ist nur erforderlich, wenn eine Gemeinde die Bestimmungen über die Organisation (Zuständigkeiten) in der Gemeindeordnung regelt (§ 209 des Gemeindegesetzes). Aufgrund der Reglementsentwürfe, die uns (dem Kanton Solothurn) freiwillig zur Stellungnahme unterbreitet wurden, kann davon ausgegangen werden, dass die meisten Gemeinden die Organisation in einem separaten Submissionsreglement geregelt haben. Nicht wenige davon haben auch die Schwellenwerte (freiwillig) reduziert (§§ 13 Abs. 1^{bis} und 14 Abs. 2 SubG).

Einmal sind wir noch auf eine wahre Rarität gestossen, auf etwas, dass es seit dem Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes (am 1.7.1996, also seit über 17 Jahren), eigentlich nicht mehr geben dürfte: auf eine **Prozentklausel**. Eine Bestimmung in einem Submissionsreglement, wonach ortsansässige Unternehmungen den Vorzug erhalten, wenn ihr Angebot nicht mehr als 5% über dem günstigen Angebot liegt, widerspricht auch dem SubG (§§ 6 und 26) und ist deshalb aufgrund von **§ 43bis** SubG *aufgehoben*.

2. Welche Ziele verfolgt das Submissionsrecht? Welche Grundsätze sind zu beachten?

Das Submissionsrecht **bezweckt** die Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen der Gemeinwesen und anderer Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 1 Abs. 1 IVöB). Dabei werden insbesondere die folgenden **Ziele** (Art. 1 Abs. 3 IVöB) anvisiert: Es soll der *wirksame Wettbewerb* unter den Anbietern gefördert, die *Gleichbehandlung* aller Anbieter gewährleistet, die *Transparenz* der Vergabeverfahren und die *unparteiische Vergabe* sichergestellt und die – immer knapperen – *öffentlichen Mittel* (Steuern etc.) wirtschaftlich verwendet werden.

Dementsprechend müssen insbesondere auch ein paar **Grundsätze** (Art. 11 IVöB) beachtet werden, wie insbesondere das *Gleichbehandlungsgebot* und *Nichtdiskriminierungsverbot* (§ 6 SubG), die *Vertraulichkeit von Informationen* (§ 7 SubG) sowie Bestimmungen über *Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen* (§ 9 SubG).

Unter diesen Grundsätzen kommt dem Gleichbehandlungsgebot eine besondere Bedeutung zu, u.a. im Zusammenhang mit der sog. **Vorbefassung** eines Anbieters (um was es hier genau geht, werden wir noch sehen: Ziff. 6). Ausserdem widerspricht es nach der Rechtsprechung¹⁰ dem Gleichbehandlungsgebot, wenn **der zweitgünstigste Anbieter** den Zuschlag deshalb erhält, weil er steuerpflichtige Personen mit Wohnsitz in der auftraggebenden Gemeinde beschäftigt.

3. Welche Auftraggeber unterstehen dem Submissionsrecht?

Dem Submissionsrecht unterstehen die im § 1 SubG genannten Auftraggeber, also u.a. auch die **Gemeinden**, ihre Anstalten und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen sie beteiligt sind. Darunter fallen die Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden, ihre unselbständigen Anstalten (z. Bsp. für Wasser-, Gas-, Stromversorgung), ihre selbständigen Anstalten (z. Bsp. Städtische Werke) sowie die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen sie beteiligt sind (z. Bsp. Zweckverbände für Schulen, Wasser- und Abwasserversorgung).

¹⁰ SOG 2001 Nr. 38

4. Welche Aufträge unterstehen dem Submissionsrecht? Gibt es Ausnahmen?

Bei der Beantwortung dieser Frage muss unterschieden werden zwischen dem Staatsvertragsbereich und dem Binnenbereich. Im **Binnenbereich** sind - in Umsetzung des Binnenmarktgesetzes¹¹ - **alle Arten** von Aufträgen dem Konkordat unterstellt worden (Art. 6 Abs. 2 IVöB; § 2^{bis} SubV). D.h. also, dass grundsätzlich alle kommunalen und kantonalen Aufträge unterstellt sind. Insbesondere werden damit auch die Dienstleistungen von Anwälten erfasst.

Anders ist es im **Staatsvertragsbereich**. Im Staatsvertragsbereich findet das Konkordat nur Anwendung auf die in den Staatsverträgen definierten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Nur Aufträge, die in den sogenannten "**CPC-Listen**"¹² aufgeführt sind und die in den Staatsverträgen erwähnt werden (und die entsprechenden Schwellenwerte erreichen), sind den staatsvertraglichen Bestimmungen unterstellt (§ 2 SubV, die Dienstleistungs- und Bauaufträge sind in den Anhängen 1 und 2 der SubV aufgezählt).

In gewissen **Ausnahmefällen** müssen Aufträge nicht nach dem Submissionsrecht vergeben werden (Art. 10 IVöB, § 5 SubG), insbesondere wenn die öffentliche Sicherheit gefährdet ist oder bestehende Schutzrechte des geistigen Eigentums verletzt würden.

5. Welche Vergabeverfahren (Arten) und Schwellenwerte gibt es?

Es gibt **4 Verfahrensarten**, nämlich (1.) das offene Verfahren, (2.) das selektive Verfahren, (3.) das Einladungsverfahren und (4.) das freihändige Verfahren. Die Wahl des Verfahrens hängt dabei vom **Gesamtwert des Auftrages** ab:

Der Auftrag ist (nach § 13 SubG) im **offenen oder selektiven** Verfahren zu vergeben, wenn sein Gesamtwert folgenden Betrag erreicht:

- a) 500'000 Franken bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- b) 250'000 Franken bei Aufträgen des Baunebengewerbes sowie bei Lieferungs- und Dienstleistungsaufträgen.

Im **Einladungsverfahren** ist der Auftrag (nach § 14 SubG) zu vergeben, wenn sein Gesamtwert folgenden Betrag erreicht:

- a) 300'000 Franken bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes
- b) 150'000 Franken bei Aufträgen des Baunebengewerbes und bei Dienstleistungen;
- c) 100'000 Franken bei Lieferungen.

Der Auftrag kann im **freihändigen** Verfahren vergeben werden, wenn sein Gesamtwert die *Schwelle für das Einladungsverfahren nicht erreicht* (§ 15 Abs. 1 SubG) oder ein *Ausnahmefall im Sinne von § 15 Abs. 2 SubG* vorliegt. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise vorliegen, wenn aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt (lit. d) oder wenn der Auftrag ausschliesslich zu Forschungs- oder Studienzwecken vergeben wird (lit. h).

¹¹ Art. 5 i.V.m. Art. 1 und 3 BGBM

¹² als CPC-Listen werden die "Statistical Papers Series M No 77 der Vereinten Nationen mit dem Titel Central Product Classification CPC" bezeichnet

Für den Binnenbereich wird (in Art. 7 Abs. 1^{bis} IVöB, §§ 13 und 14 SubG) bei den Bauaufträgen unterschieden zwischen Aufträgen des **Bauhauptgewerbes** und solchen des **Baunebengewerbes** (mit den erwähnten unterschiedlichen Schwellenwerten). Was darunter zu verstehen ist, wird in der Submissionsverordnung ausgeführt. Nach § 14^{bis} SubV fallen alle *Arbeiten für die tragenden Elemente* eines Bauwerkes unter das Bauhauptgewerbe, alle übrigen Arbeiten unter das Baunebengewerbe. Diese Formulierung lehnt sich an § 3 Abs. 1 der Vergaberichtlinien¹³ an. Auf eine detaillierte Umschreibung in der SubV wurde verzichtet, weil in der Praxis die Definition der beiden Begriffe weitgehend gegeben ist. In der Praxis wird auf den *Landesmantelvertrag für das Schweizerische Baugewerbe (LMV)* abgestellt. Die dem LMV unterstehenden Branchen (also Hochbau- und Tiefbau-, Zimmer-, Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie die Sand- und Kiesgewinnung) gelten als Bauhauptgewerbe. Die übrigen Branchen (beispielsweise Maler, Schreiner, Spengler, Sanitär, etc.) gehören zum Baunebengewerbe.

Noch ein Wort zum **Staatsvertragsbereich**: Nach den einschlägigen Staatsverträgen sind Aufträge, die unter die Staatsverträge fallen, wahlweise im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, in Ausnahmefällen im freihändigen Verfahren. Die im Staatsvertragsbereich geltenden **Schwellenwerte** sind im Konkordat (im Anhang 1) zusammenstellt. Für die Gemeinden beispielsweise gelten dabei nach dem bilateralen Abkommen¹⁴ folgende Schwellenwerte: 8'700'000 Franken für Bauarbeiten und 350'000 Franken für Lieferungen und Dienstleistungen.

Im Zusammenhang mit dem Thema Vergabeverfahren (Arten) und Schwellenwerte haben sich in der **Praxis** insbesondere folgende Fragen gestellt:

- Müssen die geschätzten Summen für die Aufträge „Schliessdienst Schulanlage“ einerseits und „Reinigung Schulanlage“ andererseits zur Bestimmung des Vergabeverfahrens zusammengezählt werden? – Nein, Schliessdienst und Reinigung sind klar verschiedene Dienstleistungen. Nur wenn *gleichartige* Aufträge aufgeteilt werden, ist der **Gesamtwert** nach § 12 Abs. 3 SubV massgebend.
- Zur Bestimmung des Vergabeverfahrens müssen 3 sep. Aufträge für Dachsanierungen (Flachdach A im Jahr 2012, Flachdach B im Jahr 2015, Flachdach C im Jahr 2017) nicht zusammengezählt werden. Die sep. Vergabe von **3 Aufträgen (des Baunebengewerbes)** durch die Gemeinde ist sachlich gerechtfertigt und erscheint nicht als künstliche Aufteilung eines Auftrages, wenn es sich um räumlich abgegrenzte Dächer handelt, die zeitlich gestaffelt saniert werden sollen.
- Die Beschaffung eines neuen EDV-Programmes (Gesamtwert über Fr. 250'000.--) stellt eine Lieferung (§ 4 SubG, § 2 SubV) dar. Eine **Ausnahme nach § 15 Abs. 2** (insb. lit. d oder g) SubG, nach welcher der Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden kann, kommt bei einer grundlegenden Software-Umstellung nicht in Frage.
- Architektur-/Ingenieur-Verpflichtung: Eine in einem privatrechtlichen Vertrag (beispielsweise zur Begründung eines Kaufrechtes) stipulierte **Architektur-/Ingenieur-Verpflichtung** ("die Ingenieurarbeiten werden durch die Ing. AG,... durchgeführt") ist im öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren unbeachtlich (und wäre auch privatrechtlich nicht durchsetzbar, weil Aufträge frei widerruflich sind¹⁵).

¹³ Vergaberichtlinien des öffentlichen Beschaffungswesens zur IVöB (VröB, Fassung vom 2. Mai 2002)

¹⁴ oben Fussnote

¹⁵ BGE 98 II 32

6. Wie läuft das Vergabeverfahren im Einzelnen ab? Was ist zu beachten?

Beim Vergabeverfahren lassen sich folgende **Schritte** unterscheiden: Vorbereitung des Verfahrens, Ausschreibung (Einladung), Angebot (Eingabe), Prüfung, Zuschlag, Vertragsschluss und Rechtsschutz, Archivierung.

Zur 1. Phase: Vorbereitung des Verfahrens

Der Phase **Vorbereitung des Verfahrens** kommt zentrale Bedeutung zu. Die Vergabebehörde muss das Vergabeverfahren zu Ende denken, bevor sie ausschreibt oder einlädt. Die Vergabebehörde muss in dieser Phase

- die Leistung, die sie beschaffen will, genau umschreiben, also einen detaillierten *Leistungsbeschreibung* (Pflichtenheft) erstellen;
- die *Unterlagen* (für die Ausschreibung / Einladung) erstellen, insbesondere auch die *Eignungs- und Zuschlagskriterien* und deren Gewichtung festlegen;
- den *Gesamtwert des Auftrages abschätzen* (§ 4 Abs. 2 und 3 SubG, §§ 12f. SubV) und aufgrund dieser Schätzung und der geltenden Schwellenwerte die erforderliche *Verfahrensart bestimmen*.

Nimmt die Vergabebehörde in dieser Phase die Hilfe von Dritten in Anspruch, besteht die Gefahr der **Vorbefassung**, wenn diese im anschließenden Submissionsverfahren auch ein Angebot einreichen. Im Einzelnen stellen sich dazu folgende Fragen:

- Was ist eine Vorbefassung überhaupt?
Eine Vorbefassung liegt dann vor, wenn ein Anbieter **bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt** hat, sei es durch das *Verfassen von Projektgrundlagen*, durch das *Erstellen von Ausschreibungsunterlagen* oder durch das *Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen* des zu beschaffenden Gutes.
- Wieso kann eine solche Vorbefassung submissionsrechtlich problematisch sein?
Eine solche Vorbefassung kann mit dem **Gebot der Gleichbehandlung** der Anbieter kollidieren. Der vorbefasste Anbieter kann versucht sein, die *bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt* bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung *auszurichten*. Oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen *Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung)*. Ferner besteht die Gefahr der *Beeinflussung der Vergabebehörde*.
- Was ist die Rechtsfolge der Vorbefassung? Unter welchen Voraussetzungen ist eine Beteiligung am Submissionsverfahren trotz Vorbefassung zulässig?
Eine Vorbefassung hat im Grundsatz den **Ausschluss** aus dem Submissionsverfahren zur Folge. Nicht jede Vorbefassung erfordert aber einen solchen Ausschluss. Eine **Beteiligung am Submissionsverfahren** trotz Vorbefassung gilt unter anderem dann als **zulässig**,
 - a) wenn der bestehende *Wissensvorsprung* gegenüber den anderen Anbietern *nur geringfügig* ist,
 - b) oder wenn die *Mitwirkung* des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens *nur untergeordneter Natur* ist,

- c) ferner auch wenn die ausgeschriebene Leistung nur von *wenigen Anbietern erbracht* werden kann,
- d) oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den *übrigen Anbietern offen gelegt* wird.

Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat.

- Wer trägt die Beweislast der unzulässigen Vorbefassung?
Der blosse **Anschein** eines Vorteils (Vorbefassung) genügt nach der Rechtsprechung¹⁶ nicht (mehr¹⁷) zum Ausschluss. Ein Unternehmer muss sich den Ausschluss aus dem Verfahren nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht bewiesen ist. Die **Beweislast** hierfür obliegt im Streitfall, soweit keine gegenteilige Regelung besteht, nach den allg. Grundsätzen *nicht dem vorbefassten Anbieter*, sondern dem *Konkurrenten*, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspricht.

Zur 2. Phase: Ausschreibung

Wird ein Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren vergeben, so hat eine **Ausschreibung** im kantonalen Amtsblatt (§ 16 Abs. 1 SubG) zu erfolgen. Solche Aufträge können (fakultativ) zusätzlich auf der gemeinsamen Plattform von Bund und Kantonen (www.simap.ch) ausgeschrieben werden (§ 16 Abs. 1bis SubV). Aufträge, die in den Staatsvertragsbereich fallen, sind (obligatorisch) zusätzlich auf www.simap.ch auszuschriften, wo zudem eine *Zusammenfassung* der Ausschreibung in deutscher und französischer Sprache zu veröffentlichen ist (§ 16 Abs. 2 SubV). Ausschreibung, Zusammenfassung und *Ausschreibungsunterlagen* müssen bestimmte *Mindestangaben*, die aus den Anhängen 5 - 7 der SubV ersichtlich sind, enthalten.

Zur 3. Phase: Angebot

Im *offenen* Verfahren können alle Anbieter ein **Angebot** einreichen (§ 17 SubG). Im *selektiven* Verfahren können alle Anbieter einen Antrag auf Teilnahme einreichen, wobei aber der Auftraggeber aufgrund der Eignung diejenigen Anbieter bestimmt, die ein Angebot einreichen dürfen. Die Zahl derjenigen, die ein Angebot einreichen dürfen, darf auf mindestens 3 Anbieter beschränkt werden (§ 18 Abs. 1 und 2 SubG, § 15 Abs. 1 SubV). Im *Einladungsverfahren* sind mindestens 3 Anbieter, die vom Auftraggeber bestimmt werden, direkt (ohne Ausschreibung) zur Angebotsabgabe einzuladen (§ 19 SubG). Im *freihändigen* Verfahren lädt der Auftraggeber direkt einen Anbieter zur Angebotsabgabe ein (§ 20 SubG).

Zur 4. Phase: Prüfung

Ist die Eingabefrist abgelaufen, lässt der Auftraggeber die verschlossenen Angebote durch wenigstens 2 Beauftragte öffnen. Über die **Öffnung der Angebote** ist ein *Protokoll* zu erstellen, das durch die Beauftragten zu unterzeichnen ist und in welches alle Anbieter Einsicht nehmen können (§ 23 SubG, § 22 SubV). Die **Prüfung** der Angebote hat nach einheitlichen Kriterien zu erfolgen. Offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler dürfen korrigiert werden (§ 24 SubG), Verhandlungen zwischen Auftraggeber

¹⁶ BGE 2P.164/2004 vom 25.1.2005

¹⁷ SOG 2001 Nr. 39

und Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes (also sogenannte "**Abgebotsrunden**") sind aber unzulässig (§ 25 SubG).

Die Nachträgliche Änderung des Leistungsinhaltes (Muldengrösse, Art der Befüllung) verstösst gegen das Verhandlungsverbot (§ 25 SubG) und das Nichtdiskriminierungsverbot (§ 6 SubG). Im vorliegenden Fall hatte eine Gemeinde nachträglich die gewünschte Muldengrösse (7,5 m³ statt 6,7 m³) und die Art der Befüllung (mit statt ohne Muldengrube) geändert. Die kantonale Schätzungskommission¹⁸ hiess die Beschwerde der nicht berücksichtigten Anbieterin gut.

Zur 5. Phase: Zuschlag

Das Gesetz bestimmt, dass das *günstigste Angebot* den **Zuschlag** erhält. Das günstigste Angebot wird aufgrund der *Zuschlagskriterien* (z. Bsp. Wirtschaftlichkeit, Preis, Qualität, etc.) ermittelt (§ 26 Abs. 1 und 2 SubG). Die Zuschlagskriterien beziehen sich in der Regel auf das Angebot, und nicht - wie die Eignungskriterien - auf den Anbieter (resp. die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Anbieters). Sollen einzelne Zuschlagskriterien *besonders gewichtet* werden, so muss das in der Ausschreibung bekannt gegeben werden (§ 26 Abs. 3 SubG, § 16 Abs. 1 und 2 SubV i.V.m. Anhang 4 Ziffer 10 und Anhang 6 Ziffer 3). Der Zuschlag ist den Anbietern schriftlich mit kurzer Begründung zu *eröffnen* (§ 27 SubG). Für Aufträge, die unter die *Staatsverträge* fallen, ist der Zuschlag auch im Amtsblatt mit gewissen Mindestangaben (gemäss Anhang 8 der SubV) zu veröffentlichen. Den beschwerdeberechtigten Anbietern, die den Zuschlag nicht erhalten haben, erteilt der Auftraggeber auf Gesuch hin die im Gesetz (§ 27 Abs. 3) genannten *Auskünfte*, insbesondere über den Namen des berücksichtigten Anbieters, über den Preis und Vorteile des berücksichtigten Angebotes sowie über die wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung.

Das **Eignungskriterium** "*in den letzten 5 Jahren mindestens 2 Aus-/Rückbauten von Kantonsstrassen im Wert von je mind. 200'000.-- unter Verkehr*" ist nach Auffassung der kantonalen Schätzungskommission¹⁹ höchst problematisch und weist diskriminierende Tendenz auf. Von den Anbietern könne zwar der Nachweis darüber verlangt werden, dass sie bereits Aus- und Rückbauten unter Verkehr von einer gewissen Bedeutung durchgeführt haben. Dass es sich dabei aber um Kantonsstrassen handeln müsse, sei sachlich nicht gerechtfertigt und führe zum ungerechtfertigten Ausschluss all jener Unternehmer, die noch keinen Auftrag des Kantons erhalten hätten.

Beim **Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung"** handelt es sich um ein sog. vergabefremdes Kriterium. Es hat mit der Wirtschaftlichkeit des konkret zu beurteilenden Angebots nichts zu tun, darf aber berücksichtigt werden, weil das Gesetz (§ 26 SubG) es ausdrücklich zulässt (so auch in den Kantonen ZH, AG und FR). Dabei ist aber insbesondere folgendes zu beachten:

- In der Anwendung der verschiedenen Kriterien muss die Vergabebehörde jeweils auf eine angemessene Gewichtung achten, weil sie sonst einen Ermessensfehler und damit eine Rechtsverletzung begehen würde, wenn sie eine sachwidrige Über- oder Unterbewertung einzelner Kriterien vornähme. Es ist anerkannt, dass dem vergabefremden Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" *kein übermässiges Gewicht* zukommen darf, vielmehr muss ihm eine *untergeordnete Bedeutung im Vergleich zu den übrigen Kriterien* (wie z. Bsp. dem Preis) zukommen.

¹⁸ SKSUB.2005.4

¹⁹ SKSUB.2002.6

- Das Bundesgericht hat in einem Fall²⁰ entschieden, dass der Lehrlingsfaktor (gewichtet *mit 10%*) nicht angewendet werden darf, da dieser im Verhältnis zum Preisfaktor (gewichtet mit 20%) *zu stark gewichtet* wurde. In diesem Fall waren die anderen Faktoren übrigens wie folgt gewichtet: Erfahrung 30%, Berufliche Qualifikation 25%, Organisation Anbieter 15%.
- Um eine ungerechte Bevorzugung der grossen Firmen gegenüber den Kleinen zu verhindern, sollte die Vergabebehörde bei der Anwendung dieses Kriteriums auch nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern allenfalls auf das *Verhältnis von Lehrlingen zu übrigen Angestellten* achten.
- *Massgebender Zeitpunkt* ist (gemäss Deklarationsblatt) in der Regel der Zeitpunkt der *Einreichung der Offerte*. Wird auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt, bedeutet dies nach der kantonalen Schätzungskommission²¹ eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien.

Zur Phase Archivierung

Die Bestimmung über die **Archivierung** (§ 40^{bis} SubV) lehnt sich an die VRöB (§ 40)²² an und wurde aufgenommen, weil das Bilaterale Abkommen²³ dies verlangt (in Art. 5 Abs. 2). So sind die Vergabeakten (wie Ausschreibung, Unterlagen, Offertöffnungsprotokoll, Korrespondenz, Verfügungen, berücksichtigtes Angebot) während dreier Jahre nach rechtsgültigem Abschluss des Verfahrens aufzubewahren.

7. Wann darf der Vertrag geschlossen werden?

Der Vertrag mit dem Anbieter darf erst nach dem Zuschlag geschlossen werden und nur wenn die *Beschwerdefrist unbenutzt* abgelaufen ist oder wenn einer allfälligen Beschwerde die *aufschiebende Wirkung nicht erteilt* worden ist (§ 29 SubG).

8. Wie ist der Rechtsschutz geregelt?

Gegen Verfügungen des Auftraggebers, insbesondere über Zuschlag und Ausschluss vom Vergabeverfahren etc., kann **Beschwerde** beim **Verwaltungsgericht**²⁴ erhoben werden (§ 30 SubG). Die Beschwerde ist *schriftlich* innert *10 Tagen* seit Eröffnung einzureichen; sie muss einen *Antrag* und eine *Begründung* enthalten und die *Beweismittel* nennen. Entspricht die Beschwerde diesen Anforderungen nicht, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten (§ 32 SubG).

Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen **keine aufschiebende Wirkung**. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch unter gewissen *Voraussetzungen* erteilt werden (§ 34 SubG), nämlich dann wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

²⁰ BGE 129 I 314

²¹ SKSUB.2005.7

²² oben Fussnote 13

²³ oben Fussnote 2

²⁴ Seit 1. Mai 2013. Vorher war die Schätzungskommission zuständige Beschwerdeinstanz

Erweist sich eine Beschwerde als begründet, ist aber mit dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, so stellt die Schätzungskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene *Verfügung rechtswidrig* ist; sie kann den abgeschlossenen Vertrag nicht aufheben. Der Auftraggeber **haftet** aber dem Anbieter für *Schaden*, den er durch die rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist jedoch *beschränkt* auf die Aufwendungen, die dem Anbieter unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 38 SubG).

In der Praxis haben u.a. auch Fragen zur **Beschwerdelegitimation** (VRG 12 Abs. 1) zu reden gegeben: Die Beschwerdelegitimation *fehlt*

- bei Unternehmungen, die *sich am Submissionsverfahren nicht beteiligt* haben
- oder den *Zuschlag nicht bekommen würden*, wenn der erteilte Zuschlag aufgehoben würde, weil andere Unternehmer bessere Offerten eingereicht haben.

Ein Beschwerdeführer, der noch gar nicht hätte eingeladen werden können, weil er noch nicht selbständig war, hätte Zuschlag nicht bekommen können²⁵.

Das Bundesgericht²⁶ hat ausserdem entschieden, dass die Mitglieder eines übergangenen Konsortiums *nur gemeinschaftlich* gegen den Vergabeentscheid Beschwerde führen können, solange der Vertrag zwischen der Vergabebehörde und dem berücksichtigten Anbieter nicht abgeschlossen ist, weil sie *nur ein unteilbares Recht der Gesellschaft* geltend machen können, d.h. dasjenige, den Zuschlag für die Beschaffung zu erhalten.

Das **Akteneinsichtsrecht** ist im Submissionsverfahren stark eingeschränkt (VRG § 24 Abs. 3). Im Beschwerdeverfahren verweigert die Schätzungskommission²⁷ die Akteneinsicht in solche Akten, die mit grosser Wahrscheinlichkeit Geschäftsgeheimnisse von Konkurrenzfirmen enthalten. Dies trifft in aller Regel für die Offerten zu. Ausnahmen werden etwa gemacht für Offert-Zusammenzüge.

²⁵ SKSUB.2002.10

²⁶ BGE 131 I 154

²⁷ SKSUB.2001.12