

NEOVIUS AKTUELL

ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNGEN

AUSSCHREIBUNG UND VERTRAGSSCHLUSS

von Dr. Christoph Meyer, Advokat, LL.M. (christoph.meyer@neovius.ch)

Wenn Gemeinwesen bzw. öffentlich-rechtliche Organisationen bei privaten Dritten Sachmittel einkaufen und Leistungen beziehen, so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts.

ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNG

Der Begriff der öffentlichen Beschaffung ist interessanterweise auf Gesetzesebene nicht definiert. Praxisgemäss ist von einer öffentlichen Beschaffung auszugehen, wenn

- die öffentliche Hand als Nachfragerin auf dem freien Markt auftritt,
- in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt und
- für ihren Einkauf ein Entgelt leistet.

Bund und Kantone verfügen jeweils über eigene beschaffungsrechtliche Rechtsgrundlagen (Beschaffungs- bzw. Submissionsgesetze und -verordnungen). Sie setzen dabei einerseits staatsvertragliche Vorgaben um. Andererseits sehen sie weitere, darüber hinausgehende Regelungen vor.

Dem öffentlichen Beschaffungsrecht nicht unterstellt sind hingegen Vorgänge, bei denen der öffentliche Auftraggeber selber ein Recht oder eine Konzession verleiht, als Verkäufer auftritt oder ein Baurecht erteilt. Nicht unterstellt sind weiter die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen Privaten, das Ausrichten von Subventionen oder der Kauf bzw. die Miete von Liegenschaften. Dennoch hat das Gemeinwesen auch in diesen Bereichen zumindest mit vergabeähnlichen Verfahren möglichst faire Bedingungen zu gewährleisten.

AUSSCHREIBUNG

Kernpunkt des öffentlichen Beschaffungsrechts ist die Ausschreibungspflicht. Abhängig vom Beschaffungsvorhaben und vom Auftragswert (Schwellenwert) ist die Vergabe im offenen bzw. selektiven oder im Einladungsverfahren durchzuführen.

Nur wenn die Beschaffung einen bestimmten Auftragswert unterschreitet oder (in einem überschwelligen Verfahren) ein gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand vorliegt, können freihändige Vergaben erfolgen. Die Ausnahmetatbestände sind allerdings nur restriktiv anzuwenden.

Der Ausschreibung zugrunde liegen die Ausschreibungsunterlagen. Wesentlichster Bestandteil sind dabei in der Regel die so genannten „**Bestimmungen zum Vergabeverfahren**“. Darin werden die Eignungskriterien für die Anbietenden, die technischen Spezifikationen des Beschaffungsgegenstandes und die leistungsbezogenen Zuschlagskriterien abgebildet.

Als besonders anspruchsvoll stellt sich die möglichst zielführende Bezeichnung der technischen Spezifikationen dar. Mit einer sorgfältigen Definition der Vorgaben kann die Vergabestelle dafür sorgen, dass die Angebote möglichst weitgehend dem tatsächlich gewünschten Leistungsinhalt entsprechen. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass die Kriterien die Produktauswahl nicht unnötig oder allenfalls sogar diskriminierend beschränken.

Ein weiterer wichtiger Teil der Ausschreibungsunterlagen stellt das Leistungsverzeichnis dar. Es soll

den Anbietern als Vorlage dienen, um die wichtigsten Leistungsmerkmale ihres Angebots aufzulisten. Im Leistungsverzeichnis sind zu allen Aspekten Angaben zu machen, die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden. Bei der Auswertung ermöglicht der Vergleich der **Leistungsverzeichnisse** sodann die Punkteverteilung.

VERTRAGSDOKUMENT

Auch die **vorgesehene Vertragsurkunde** soll Eingang in die Ausschreibungsunterlagen finden. So wissen beide Parteien von Beginn an, welche vertraglichen Bedingungen im Falle eines Zuschlags Geltung haben werden. Die Anbieter erhalten damit überdies die Möglichkeit, vertragliche Risiken in der Preisgestaltung ihres Angebots bereits zu widerspiegeln.

Im eigenen Interesse sehen die Vergabestellen bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Vereinbarungstextes Vertragsbedingungen vor, welche die wirtschaftlichen Interessen beider Parteien gleichmässig berücksichtigen.

Einheiten mit grossem Beschaffungsvolumen arbeiten in diesem Sinn regelmässig mit eigenen Allgemeinen Vertragsbedingungen (AGB) oder stützen sich zumindest auf anerkannte Standardverträge. Für den Baubereich kann in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Musterverträge der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) verwiesen werden. Im Informatikbereich können die von der Schweizerischen Informatikkonferenz im Jahre 2015 revidierten AGB Verwendung finden.

EVALUATION

Nachdem die Angebote fristgerecht eingegangen sind, werden sie von der Vergabestelle geöffnet und evaluiert. Dabei sind die Angebote, d.h. insbesondere die Leistungsverzeichnisse gestützt auf das vorgegebene Beurteilungsraster (Zuschlagskriterien) miteinander zu vergleichen. Die Angebote sind dabei unver-

änderbar. Verhandlungen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts sind in den Kantonen (anders als im Bund) unzulässig. Hingegen kann die Vergabestelle Erläuterungen einholen und Angebote bereinigen. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um Klarstellungen von bereits vorhandenen Angaben. Unzulässig wäre, den Inhalt des Angebots auf diesem Weg nachträglich zu ändern.

ZUSCHLAG UND VERTRAGSSCHLUSS

Das Vergabeverfahren wird mit dem Zuschlagsentscheid an den obsiegenden Anbieter abgeschlossen. Der Zuschlagsentscheid erfolgt in Verfügungsform. Abhängig von der kantonalen Rechtsgrundlage ist der Entscheid individuell zu eröffnen bzw. im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen. Die Zuschlagsverfügung ist (zumindest auf Verlangen hin) zu begründen. Die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft kennen die Besonderheit, dass innert fünf Tagen nach dem Zuschlagsentscheid von der Vergabestelle zusätzlich eine begründete Verfügung verlangt werden kann.

Bei grösseren Beschaffungsgeschäften erweisen sich in der Praxis informelle Erläuterungen der Entscheidung im persönlichen Gespräch mit den Anbietern (Debriefing) als sinnvoll. Sie können im besten Fall unnötige Rechtsverfahren verhindern.

Die Vergabestelle darf den Vertrag mit dem obsiegenden Anbieter erst nach Ablauf der unbenutzten Beschwerdefrist abschliessen. Der rechtskräftige Zuschlag ist ausserdem nicht gleichbedeutend mit dem Vertragsschluss. Er vermittelt der Vergabestelle lediglich die Erlaubnis zum Vertragsschluss. Der Anbieter hingegen ist während der von ihm deklarierten Dauer an sein Angebot gebunden.

RECHTSSCHUTZ

Ein unterliegender Anbieter kann gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde führen. In den Kantonen stehen in der Regel die Verwaltungsgerichte als einzige kantonale Instanz zur Verfügung.

Die Rekursfrist liegt in den Kantonen bei 10 Tagen. Für die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft beginnt die Frist, falls der Rekurrent um schriftliche Begründung ersucht hat, nach der Eröffnung der betreffenden Begründung zu laufen.

Mit Blick auf die Begehren unterliegender Anbieter auf Akteneinsicht zur Vorbereitung eines allfälligen Rekursverfahrens üben die Vergabestellen Zurückhaltung. Das Recht auf Akteneinsicht kann praxisgemäss keinen Einblick in die Angebote der Mitbewerbenden, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, gewähren. Hingegen soll ein Anbieter vorprozessual Einblick in die Bewertungsmatrix erhalten, womit er die Detailbewertung des eigenen Angebots nachvollziehen kann.

Im Rechtsmittelverfahren wird dann das Gericht über ein allfälliges Akteneinsichtsgesuch entscheiden. Es wägt dabei die Informationsbedürfnisse des Rekurrenten einerseits gegen die Geheimhaltungsinteressen des obsiegenden Anbieters andererseits ab. Bestehen berechnete Geheimhaltungsinteressen, so werden Dokumente nicht herausgegeben oder entsprechende Informationen zumindest abgedeckt.

FAZIT

Das durch die gesetzlichen Bestimmungen stark formalisierte Ausschreibungsverfahren stellt hohe Anforderungen an die Vergabestelle. Eine vorausschauende und sorgfältige Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen und die möglichst transparente Begründung und Erläuterung der Zuschlagsentscheidung können unnötigen Ärger und Zeitverlust im Anschluss an den Zuschlagsentscheid ersparen.

LINKS

Schwellenwerte für Kantone

<http://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/>

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB

<https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home.html>

Schweizerische Informatikkonferenz

<http://www.sik.ch/>