

Vergabetagung 22

Das neue Rechtsschutzsystem Überblick und ausgewählte Elemente

Dr. iur. Christoph Jäger, Rechtsanwalt, Bern
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht



Agenda

- Einleitung
- Rahmenbedingungen
- System des neuen Rechtsschutzes
- Anfechtungsobjekte
- Beschwerdelegitimation
- Aufschiebende Wirkung
- Sekundärrechtsschutz
- Fazit



Einleitung

GPA

Art. XVIII Interne Überprüfungsverfahren

1. Die Vertragsparteien legen rasche, wirksame, transparente und nichtdiskriminierende Überprüfungsverfahren auf Verwaltungs- oder Gerichtsebene fest, damit die Anbieter Beschwerde erheben können:

- a) gegen eine Verletzung dieses Übereinkommens; oder
- b) falls der Anbieter nach nationalem Recht einer Vertragspartei nicht berechtigt ist, direkt gegen eine Verletzung dieses Übereinkommens Beschwerde zu erheben: gegen die Nichteinhaltung der von einer Vertragspartei getroffenen Massnahmen zur Umsetzung dieses Übereinkommens;

im Zusammenhang mit einer unterstellten Beschaffung, an welcher der Anbieter ein Interesse hat oder hatte. Die Verfahrensregeln für alle Beschwerden werden schriftlich festgehalten und allgemein verfügbar gemacht.

7. Die Vertragsparteien schaffen oder verwenden Verfahren, welche Folgendes vorsehen:

- a) rasch greifende vorsorgliche Massnahmen, um das Recht des Anbieters auf Teilnahme an der Ausschreibung zu wahren. Diese vorsorglichen Massnahmen können zur Aussetzung des Beschaffungsverfahrens führen. Die Verfahren können jedoch vorsehen, dass beim Entscheid über die Verhängung solcher Massnahmen allfällige negative Folgen bedeutenden Ausmasses für die betroffenen Interessen, auch das öffentliche Interesse, zu berücksichtigen sind. Wird kein Verfahren eingeleitet, so ist dies schriftlich zu begründen;
- b) wenn ein Überprüfungsorgan festgestellt hat, dass eine Verletzung oder eine Nichteinhaltung gemäss Absatz 1 vorliegt: Korrekturmassnahmen oder Ersatz für erlittene Verluste oder Schäden. Die Behebung kann sich auf die Kosten für die Vorbereitung der Angebote oder auf diejenigen für die Beschwerde beschränken oder beide umfassen.



Einleitung

Bund:

- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (VöB)
- In Kraft seit 1. Januar 2021



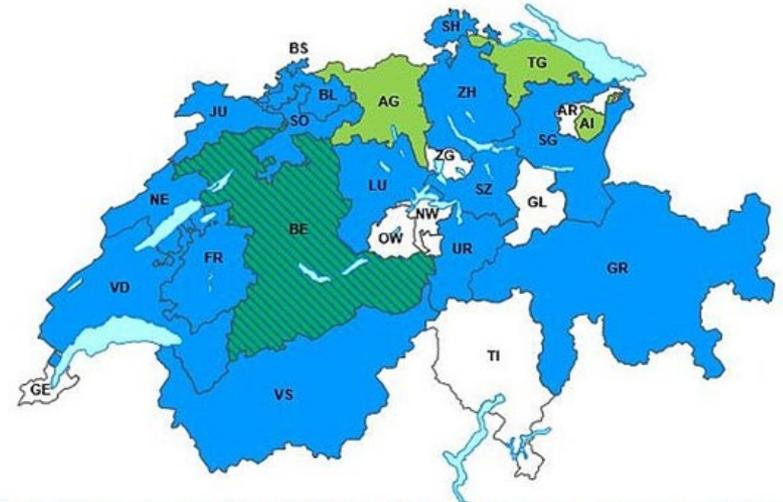
Einleitung

Kantone:

- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019)
- In Kraft seit 1. Juli 2021 (durch Beitritt der Kantone AI und AG)
- Kantonale Beitrittsgesetzgebung
- Stand der Beitritte am 29. April 2022

(Quelle: BPUK, Website)

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 29.04.2022)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

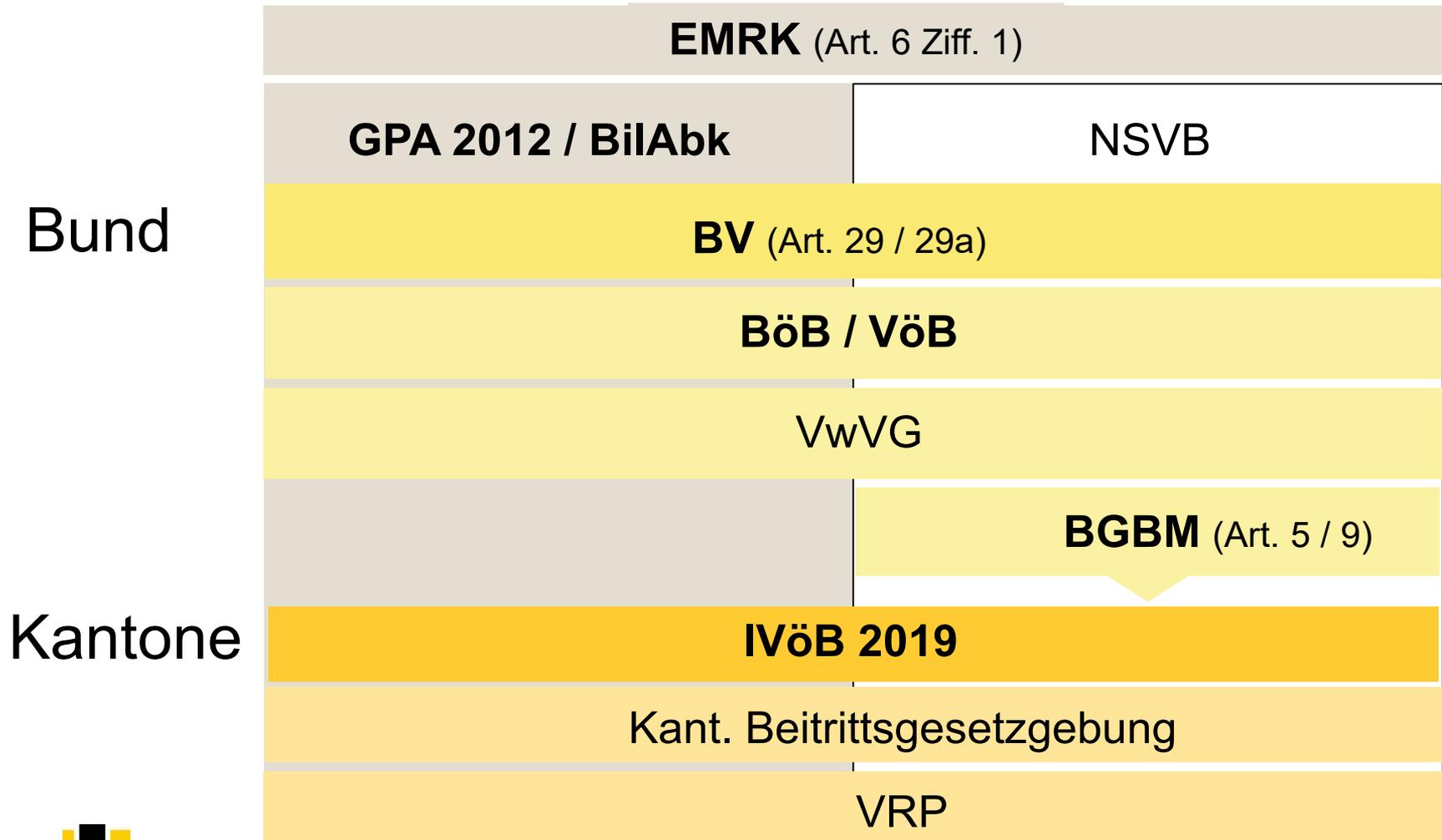
IVöB 2019 in Kraft

Kantonales Beitrittsverfahren läuft

© BFS, ThemaKart - Neuchâtel 2012



Rahmenbedingungen



System: Merkmale + Besonderheiten

- Primärrechtsschutz / Sekundärrechtsschutz
- Mehrstufigkeit: gesetzl. Anfechtungsobjekte
- Auftragswertabhängigkeit (*teilweise*)
- Beschwerdelegitimation: Zuschlagschance
- Dreiparteienverhältnis im Beschwerdeverfahren
- Beschleunigungsgebot
- Akteneinsicht: Vertraulichkeit / Geschäftsgeheimnisse



System: Bund

SVB

Primärrechtsschutz: Aufhebung Vf.

Auftraggeber / Auftrag / Schwellenwert / Ausnahmen

Baufträge: Bauwerksregel (Gesamtbetrachtung + Bagatellklausel)

NSVB

Sekundärrechtsschutz: Feststellung RW + SchE

Liefer-/DL-Aufträge: CHF 150'000 – CHF 230'000 / 640'000 / 700'000

Baufträge: CHF 2 Mio. – CHF 8 bzw. 8,7 Mio. (*Einzelbetrachtung*)

Vertragsschluss während hängigem Beschwerdeverfahren

Kein Rechtsschutz

Liefer-/DL-Aufträge: < CHF 150'000

Baufträge: < CHF 2 Mio. (inkl. Aufträge unter Bagatellklausel SVB)

Ausgenommene Beschaffungen



System: Kantone

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert CHF)	Dienstleistungen (Auftragswert CHF)	Bauleistungen (Auftragswert CHF) Bauneben- gewerbe	Bauleistungen (Auftragswert CHF) Bauhaupt- gewerbe	
U.U. kein Rechtsschutz	unter 150'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000	<i>Kant. BeitrittsG</i>
Einladungsverfahren	unter 250'000	unter 250'000	unter 250'000	unter 500'000	Art. 52-1 IVöB 2019 Art. 9 BGBM
offenes / selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000	

Primärrechtsschutz: Aufhebung Vf.

Sekundärrechtsschutz: Feststellung RW + SchE

(Erlaubter) Abschluss des Vertrags während hängigem Beschwerdeverfahren



System: Rechtsweg

Verfügung Vergabestelle
Ebene Kantone/Gemeinde

Ausnahme: Kt. BE: 2-stufig

20 Tage

Verwaltungsgericht

30 Tage

Bundesgericht

Verfügung Vergabestelle
Ebene Bund

20 Tage

Bundesverwaltungsgericht

30 Tage

— Subsidiäre Verf.beschwerde

- - - Öff.recht. Beschwerde
(Ausnahme)



Anfechtungsobjekte (1)

- Geschlossener **Katalog** anfechtbarer Verfügungen (Art. 53-1 BÖB/IVöB 2019)
- **Ausschreibungsunterlagen:**
Anfechtung der Ausschreibung bei Anordnungen, «deren Bedeutung erkennbar ist» (Art. 53-2 BÖB/IVöB 2019):
 - Gebot von Treu und Glauben
 - Klare, offensichtliche Unregelmässigkeiten bzw. Mängel
 - Keine Pflicht zur vertieften Überprüfung («ohne weiteres erkennbar»)
 - Objektivierter Massstab:
durchschnittliche, fachkundige Anbieterin, pflichtgemässe Sorgfalt
- **Gehörs- und Begründungsanforderungen**



Anfechtungsobjekte (2)

- **Rechtsschutz ausserhalb des Verfügungskatalogs?**
- Denkbare **Anknüpfungspunkte**:
Einladung zur Angebotseinreichung, Parkierungsentscheid, Shortlisting, *Mini-Tender-Vergabe*, *De-facto-Vergabe* ...
- Z.B. Urteil VGer ZH VB.2021.00095 (26.8.2021):
Behördenbeschwerde WEKO gegen die Einladung
- Überprüfbarkeit zumindest der **Verfahrenswahl** bzw. **Nichtunterstellung** unter das Vergaberecht
- Zulässige Einschränkungen bei Aufgabenübertragungen und Konzessionsverleihung (**Art. 9** BöB/IVöB 2019)?
- **Spannungsverhältnis** des teilweisen vergaberechtlichen Rechtsmittelausschlusses zu Art. 29a BV / Art. 6 Ziff. 1 EMRK



Beschwerdelegitimation (1)

- Voraussetzungen des **allgemeinen Beschwerderechts**
- **Art. 48-1 VwVG:** «Zur Beschwerde ist berechtigt, wer: **a.** vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; **b.** durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist; und **c.** ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.»
- **Formelle Beschwer:** v.a. praxisrelevant > fehlende Teilnahmemöglichkeit (freihändiges Verfahren, Ausschreibungsanfechtung)
- **Besonderes Berührtsein:** v.a. praxisrelevant bei Drittbeschwerden
- **Schutzwürdiges Interesse:** praktischer Nutzen der Beschwerde (Zuschlagschance)



Beschwerdelegitimation (2)

- Spezifische Anforderungen für die Anfechtung von Zuschlägen **im freihändigen Verfahren** (vgl. Art. 56-4 BÖB / Art. 56-5 IVöB 2019):
 - Potenzielle Anbieterin der nachgefragten oder damit substituierbarer Leistungen (Marktteilnehmer)
 - Wille zur Leistungserbringung
- **Rügebekchränkung**: Zulässigkeit/Verfahrenswahl, Korruption
- Und im **Einladungsverfahren**?



Beschwerdelegitimation (3)

- BGE 141 II 14 («Ceneri») / BGE 141 II 307
- Reelle Chance auf den Zuschlag oder zumindest auf Verfahrenswiederholung
- Chance ist glaubhaft zu machen (doppelrelevante Tatsache)
- Nicht aber die Erfolgchancen bzw. Begründetheit der Beschwerde!
- Prüfung bezogen auf das jeweilige Beschwerdeobjekt (Verfahrenskonstellation zu beachten)



Beschwerdelegitimation (4)

- Die **teilnehmende Anbieterin**: Antrags-/rügebezogene Prüfung der Beschwerdelegitimation (z.B. BGer 2C_951/2019, 16.7.2020)
- Die **ausgeschlossene Anbieterin**:
 - Doppelbeschwerde gegen den Ausschluss und den Zuschlag
 - Legitimation bezüglich der Zuschlagsbeschwerde im Fall einer verlorenen (oder nicht erhobenen) Ausschlussbeschwerde?
 - VGer TI 52.2019.489, 25.5.2020, und 52.2019.88, 7.8.2019 / BVGer B-4199/2021, 9.11.2021
- Der **nichtteilnehmende Konkurrent**: Nur potenzielle Anbieter (im freihändigen Verfahren, unklar im Einladungsverfahren)
- Der **Verband**: vgl. z.B. BVGer B-3595/2021, 3.1.2022
- **Feststellungsinteresse im Sekundärrechtsschutz**:
VGer SG B 2020/195, 20.7.2021 < > BVGer B-2963/2021, 15.10.2021



Aufschiebende Wirkung

- Nach wie vor: «**Schlüsselstelle**»
- Neu: kodifiziert in Art. 54 BöB/IVöB 2019
- **Kein gesetzlicher Suspensiveffekt:**
 - Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung
 - Nicht: im Sekundärrechtsschutz auf Bundesebene
 - Entscheid: Abschlusserlaubnis oder Abschlussverbot
- **Beurteilungskriterien:** Hauptsachenprognose und Interessenabwägung
- **Zwischenverfahren** (oder nicht)
- Neu: Beschränkung auf i.d.R. **nur einen Schriftenwechsel!**
- Differenzierung: **Interimsverträge**



Sekundärrechtsschutz

- Verfahren auf **Feststellung der Rechtswidrigkeit**
- **Anwendungsbereiche:**
 - Bund: Rechtsschutz «minderen Grades» im Nichtstaatsvertragsbereich
 - Nach (erlaubtem) Vertragsschluss: Umwandlung des Rechtsbegehrens
- Beschaffungsrechtlicher **Schadenersatzanspruch**
(spezialgesetzliche Staatshaftung)
- Gesetzlich **beschränkter Umfang** des Schadenersatzes:
Offertkosten – inkl. Rechtsverfolgungskosten?
- **Einstufiges Verfahren:** Beschwerdeinstanz beurteilt (neu) auch
den Schadenersatzanspruch
- **Zeitpunkt** des Schadenersatzbegehrens?



Fazit

- Ausbau des Rechtsschutzes bei Beschaffungen auf Bundesebene
- Sekundärrechtsschutz mit voraussichtlich wenig Praxisrelevanz
- Kodifikation bisheriger Gerichtspraxis
- Tendenziell: Stärkung der Position der Vergabestellen und der Zuschlagsempfänger
- (Nur) Punktuelle Verbesserungen aus Sicht beschwerdeführender Anbieterinnen
- Vergaben nach Art. 9 BöB/IVöB 2019 mit (nur) vergaberechtlichem Rechtsschutz



Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Christoph Jäger

Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Kellerhals Carrard
Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern
058 200 35 28
christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

