

langt hier Art. 38 Abs. 2 lit. b VE-BöB: An sich können die übrigen Anbieter nach dem Zuschlag nicht mehr berücksichtigt werden. Verändert die geplante Änderung aber die Rangfolge, kann diesem Umstand dadurch Rechnung getragen werden, dass der Zuschlag widerrufen und die Angebote neu gewertet werden, sofern den Anbietern zunächst die Möglichkeit eingeräumt wurde, «ein überarbeitetes Angebot einzureichen» (Art. 38 Abs. 3 VE-BöB). Im Übrigen spielt hier Art. 43a VE-BöB hinein, der die Vertragsnichtigkeit auch in Fällen will, in denen «in wesentlichen Punkten vom Inhalt des Zuschlags» abgewichen wird.

**Art. 43 VE-BöB** Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

<sup>1</sup> Die Beschaffungsstelle darf den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin erst abschliessen, wenn der Zuschlag eröffnet wurde und:

- a. der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt; oder
- b. der Zuschlag formell rechtskräftig ist.

<sup>2</sup> Hat die Beschaffungsstelle einer allfälligen Beschwerde gegen den Zuschlag die aufschiebende Wirkung entzogen, so darf sie den Vertrag erst abschliessen, wenn:

- a. innerhalb der Beschwerdefrist kein Gesuch auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gestellt wurde; oder
- b. im Falle eines Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung
  - 1. die zuständige Beschwerdeinstanz nach Ablauf von 30 Tagen nach Beschwerdeerhebung über dieses Gesuch noch nicht entschieden hat; oder
  - 2. die zuständige Beschwerdeinstanz dieses Gesuch rechtskräftig abgewiesen hat.

*Variante (zusätzlicher Artikel 43a):*

**Art. 43a VE-BöB** Unwirksamer Vertrag

<sup>1</sup> Der Vertrag ist nichtig, wenn er:

- a. entgegen Artikel 43 abgeschlossen worden ist; oder
- b. in wesentlichen Punkten vom Inhalt des Zuschlags abweicht.

<sup>2</sup> Mit dem rechtskräftigen Widerruf eines Zuschlags fällt die Bindung der Parteien an den Vertrag dahin.

Nachdem sich die Bestimmung im Kapitel findet, in dem es um Verfahren mit Ausschreibung geht: Wie steht es mit ihrer Anwendbarkeit auf Einladungs- und auf Freihandverfahren? Hier ist die Eigentümlichkeit des Entwurfes zu beachten, dass Bundesrat und Kantone jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich bestimmen können, dass die Bestimmung auch für diese Verfahren gelten soll (siehe Art. 59 Abs. 2 und 67 Abs. 2 VE-BöB). Eine entsprechende Vorschrift ist in Bezug auf Einladungsverfahren zweckmässig, während sie für Freihandverfahren ohne Sinn bliebe.

**Art. 43 AP-LMP** Moment de la conclusion du contrat

<sup>1</sup> L'adjudicateur ne peut conclure le contrat avec le soumissionnaire retenu qu'après la notification de l'adjudication et dans un des cas suivants:

- a. le recours n'a pas d'effet suspensif en vertu de la loi ;
- b. l'adjudication est formellement définitive.

<sup>2</sup> S'il a retiré l'effet suspensif d'un recours contre l'adjudication, il ne peut conclure le contrat que dans un des cas suivants :

- a. la restitution de l'effet suspensif n'a pas été demandée pendant le délai de recours ;
- b. en cas de demande de restitution de l'effet suspensif :
  - 1. l'autorité de recours ne s'est pas prononcée sur la demande dans les 30 jours suivant le dépôt du recours ;
  - 2. l'autorité de recours a définitivement rejeté la demande.

*Variante (art. 43a supplémentaire):*

**Art. 43a AP-LMP** Contrat sans effet

<sup>1</sup> Le contrat est nul dans un des cas suivants :

- a. il a été conclu contrairement aux dispositions de l'art. 43 ;
- b. il s'écarte substantiellement du contenu de l'adjudication.

<sup>2</sup> La révocation définitive de l'adjudication délie les parties du contrat.

## Art. 43 und 43a VE-BöB: Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nichtigkeitsfolge bei unzulässigem Vertragsschluss

**Prof. Hubert Stöckli**, Professor an der Universität Freiburg, Direktor des Instituts für Baurecht

**1. Der Inhalt des Art. 43 VE-BöB.** Die Bestimmung regelt, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden darf. Die formelle Trennung zwischen öffentlich-rechtlicher Zuschlagsverfügung und privatrechtlichem Vertragsschluss wird also beibehalten. Bedeutsam ist diese Unterscheidung aber ohnehin nur in jenen Fällen, in denen den Anbietern überhaupt Rechtsschutz zukommt. Die Bestimmung nimmt zum einen die sogenannte Standstill-Klausel auf, zum anderen kodifiziert sie die Rechtsprechung, die dazu ergangen ist. Wo die Beschwerde ausgeschlossen ist – und diesen Bereich will der Entwurf erheblich ausweiten –, besteht auch keine Notwendigkeit, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingehend zu regeln.

Rechtstechnisch geht es um die Vollstreckung der Zuschlagsverfügung. Allgemein wird diese Frage (für den Bund!) in Art. 39 VwVG geregelt. Dort ist die Rede davon, dass eine Verfügung vollstreckt werden darf, wenn (Zitat):

- a. die Verfügung nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann;
- b. die Verfügung zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung hat;
- c. die einem Rechtsmittel zukommende aufschiebende Wirkung entzogen wird.

Wie verhält sich die vergaberechtliche Bestimmung zu dieser allgemeinen Ordnung? Zunächst fällt auf, dass ihr eine andere, vergabespezifische Begrifflichkeit unterlegt wurde. Art. 39 VwVG wurde also nicht einfach übernommen oder durch gesetzlichen Verweis integriert (vgl. dazu Art. 8 VE-BöB). Wie mir scheint, sind die Abweichungen in der Sache indes weit geringer als der unterschiedliche Wortlaut vermuten lässt. Der Vertragsschluss ist zulässig, wenn einer Beschwerde von Gesetzes wegen – ergänzend wäre auch auf die Verordnung bundesrätlicher Favoriten zu verweisen (Art. 76 Abs. 4 VE-BöB) – keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zulässig ist er aber auch dann, wenn der Zuschlag in Rechtskraft erwachsen ist.

Ein Novum im vergaberechtlichen Kontext (nicht aber allgemein: Art. 55 Abs. 2 VwVG) ist aber, dass die Vergabestellen befugt sind, einer Beschwerde gegen den Zuschlag die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Damit wird der bisherige Rechtszustand auf den Kopf gedreht und gilt fortan der Grundsatz, dass eine Beschwerde die Vollstreckung hemmt, was der allgemeinen Regel bei Art. 55 Abs. 1 VwVG entspricht. Führt der Entzug der auf-

schiebenden Wirkung zu einem Zeitgewinn? Nicht unbedingt, denn der Streit verlagert sich einfach auf die Frage, ob der Suspensiv-Effekt wiederhergestellt werden soll.

- Macht die Vergabestelle von ihrer neuen Befugnis Gebrauch, ist es am Beschwerdeführer, bei der Beschwerdeinstanz die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu beantragen. Versäumt er dies, hat er also während laufender Beschwerdefrist kein Wiederherstellungsgesuch gestellt, darf der Vertrag abgeschlossen werden. Somit hat die Vergabestelle also zumindest die Beschwerdefrist abzuwarten und nach deren Ablauf Sicherheit darüber zu erlangen, dass kein Gesuch gestellt wurde. Dann aber darf sie den Vertrag so gleich abschliessen.
- Stellt der Beschwerdeführer aber ein Wiederherstellungsgesuch, darf der Vertrag abgeschlossen werden, sofern und sobald das Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde. Der Entwurf treibt die Beschwerdeinstanz dabei zur Eile an und sieht vor, dass über das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung binnen 30 Tagen zu entscheiden ist. Läuft diese Frist entscheidlos ab, darf jetzt der Vertrag abgeschlossen werden. Dies gilt wohl auch dann, wenn der Entscheid zwar verspätet, aber noch vor der Vertragsunterzeichnung erfolgt. In diesem Fall hat der Entscheid über die Wiederherstellung nach der Konzeption des Entwurfs schlicht keine Bedeutung mehr und wird unwiderleglich fingiert, dass das Wiederherstellungsbegehren rechtskräftig (!) abgewiesen wurde. Diese Eile ist auf beiden Stufen des zweistufigen Beschwerdewegs geboten.

Mit dieser Ordnung deutet der Entwurf die allgemeine Regel aus, nach der über Wiederherstellungsbegehren «ohne Verzug zu entscheiden ist» (Art. 33 Abs. 3 VwVG). Ohne Verzug heisst hier jetzt: 30 Tage, wobei aber nur ein Zwischenentscheid, nicht auch vorausgesetzt wird, dass der Entscheid binnen dieser Frist (schriftlich) begründet wird. Eine Frage, die der Entwurf nicht aufgreift, ist jene nach der Staatshaftung. Eine solche Haftung wird in Art. 33 Abs. 4 VwVG (allgemein) für den Fall statuiert, dass die «aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen oder einem Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung willkürlich nicht oder verspätet entsprochen» wurde. Aus meiner Sicht liegt es auf der Hand, diese allgemeine Haftungsregel auch im Vergaberecht anzuwenden. Die Haftung erweist sich so schlicht als Gegenstück zur Befugnis, den Vertrag nach ungenutztem Ablauf der 30-tägigen Entscheidungsfrist abzuschliessen zu dürfen.

**2. Der Inhalt des Art. 43a VE-BöB (Variante).** Art. 43a VE-BöB wird im Entwurf selber als «Variante» bezeichnet. Dazu ist vorab zu bemerken, dass es sich dabei nicht um eine Variante handelt, wie der Entwurf selber sie in seinem Art. 24 VE-BöB definiert: ein Angebot, «mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Beschaffungsstelle vorgesehen erreicht werden kann» (Abs. 1). Bei der Regel, die Art. 43a VE-BöB aufstellt, handelt es sich vielmehr um eine privatrechtliche Sanktionierung bestimmter Fälle, in denen der Vertrag unzulässigerweise abgeschlossen wurde. Ohne die Vorschrift bliebe die Frage ungerregelt. Zwei Fälle sind es, die hier ausdrücklich geregelt werden:

- Im ersten Fall wird der Vertrag «entgegen Art. 43 abgeschlossen». Von dieser Bestimmung, die ausweislich ihres Randtittels den «Zeitpunkt des Vertragsschlusses» regelt, war soeben die Rede. Es geht um den verfrühten Abschluss, der durch Art. 43a VE-BöB mit Vertragsnichtigkeit bedacht wird.
- Der zweite Fall betrifft den Abschluss eines Vertrages, der «in wesentlichen Punkten vom Inhalt des Zuschlags abweicht». Hier hat man zu beachten, dass die Vergabestelle mit dem

Zuschlag lediglich ihre Wahl des besten Anbieters kommuniziert. Einen Inhalt, der darüber hinausgeht, hat die Zuschlagsverfügung nicht. Das ist denn aber in der Bestimmung wohl auch nicht gemeint. Vielmehr dürfte der Inhalt der (unter Umständen verhandelten) Offerte gemeint sein, auf den die Vergabestelle schlussendlich ihren Zuschlag erteilt. Von diesem Offertinhalt darf im Vertrag nur in unwesentlichen Punkten abgewichen werden.

- Nur (allzu) undeutlich geregelt ist der dritte Fall, da der Vertrag abgeschlossen wird, ohne dass zunächst eine Zuschlagsverfügung ausgefällt wurde. Eine Aussage dazu findet sich in Art. 43 Abs. 1 VE-BöB, wonach der Vertrag erst abgeschlossen werden darf, «wenn der Zuschlag eröffnet wurde». Hierzu ist lediglich zu bemerken, dass ein Zuschlag auch dann erforderlich ist, wenn es darum geht, ein Freihandverfahren abzuschliessen. Art. 67 Abs. 1 VE-BöB sieht dies ausdrücklich vor: «Für die Publikation des Zuschlags gilt Artikel 42»! Ob aber die Nichtigkeitsfolge greift, wenn bei einer an sich zulässigen Freihandvergabe der Zuschlags vergessen wurde, hat dereinst der Bundesrat zu entscheiden (Art. 67 Abs. 2 VE-BöB). Sinnvoll wäre es nicht. Zweckmässig aber ist es, diese Sanktion – wenn überhaupt – für die Fälle vorzusehen, in denen die Vergabe unzulässigerweise freihändig erfolgt. Diesen eigentliche De-facto-Vergabe ist ein Problem, das nach einer gesetzlichen Regelung ruft.

Dem Erläuternden Bericht (S. 60) zufolge soll der Vertrag nicht gerade nichtig sein, wenn der Vertrag zwar abgeschlossen, der Zuschlag aber nachher rechtskräftig widerrufen wurde (Art. 43a Abs. 2 VE-BöB). Was aber gilt dann? «Mit dem rechtskräftigen Widerruf des Zuschlags fällt die Bindung der Parteien an den Vertrag dahin.» Die Meinung ist wohl die, dass die Bindung von Gesetzes wegen entfällt – und entschädigungslos. Oder ist der Widerruf als Rücktritt/Kündigung des Vertrages durch die Vergabestelle zu sehen? Diese Sicht ist nicht von vornherein ohne Grundlage, da Fälle denkbar sind, in denen es sich ungeachtet des rechtskräftigen Widerrufs eines Zuschlags nicht rechtfertigt, dem Vertragspartner unabhängig von der privatrechtlichen Ordnung (z.B. Art. 377 oder Art. 404 OR) jegliche Ersatzansprüche abzuschlagen.

**3. Anmerkungen zu Art. 43 f. VE-BöB.** Nicht speziell geregelt wird, welche Bedeutung der in Art. 43a VE-BöB vorgesehenen Nichtigkeit zukommen soll. Dafür ist alsdann das Privatrecht zuständig, das mit Nichtigkeit gemeinhin die Rechtslage bezeichnet, da ein Vertrag ohne Weiteres, von Anfang an (ex tunc) sowie unheilbar ungültig ist und diese Ungültigkeit von Amtes zu beachten ist. Dazu kommt, dass ein jeder Dritter sich auf die Nichtigkeit berufen kann. Der Erläuternde Bericht hat vor allem dieses Merkmal im Auge: «Wird ein Vertrag «verfrüht» abgeschlossen, haben meistens beide Vertragsparteien kein Interesse, den Vertrag anzufechten. Die Beschwerdeführerin muss deshalb die Möglichkeit erhalten, ihrerseits den Vertrag aufzuheben, was die Nichtigkeit als Rechtsfolge rechtfertigt» (S. 60). Das Regelungsziel ist klar erkennbar. Allerdings ist der Griff zum Zweihänder nicht angezeigt, solange sich dieses Ziel auch mit einem milderen Mittel erreichen lässt. So würde es zum Beispiel reichen, bei erfolgreicher Beschwerde gegen den Zuschlag die Ungültigkeit des Vertrages vorzusehen, wenn die Beschwerde aufschiebende Wirkung hatte. Auf diese Weise liesse sich auch der Schwierigkeit Rechnung tragen, die – was den Verfassern des Erläuternden Berichts nicht entgangen ist (S. 60) – sich mit der Nichtigkeit immer dann ergibt, wenn der Vertrag zwar verfrüht abgeschlossen wurde, eine Beschwerde aber überhaupt ausbleibt oder aber abgewiesen wird. Der Umstand allein, dass der Vertragsschluss vorzeitig erfolgte, rechtfertigt jedenfalls keine unheilbare Vertragsnichtigkeit. Noch schlich-

ter wäre eine Regel, nach der ein Vertrag überhaupt erst gültig wird, wenn feststeht, dass er auch aus vergaberechtlicher Sicht abgeschlossen werden durfte. Diese Idee, die nicht neu ist, hätte den Vorteil, dass stets klar ist, ob ein Vertrag nun schon verbind-

lich ist oder noch unverbindlich ist. Und nie hätte man sich mit Verträgen, die einst gültig waren und es nicht länger mehr sind, abzumühen – zumindest nicht aus vergaberechtlicher Optik!

### Art. 45 VE-BöB Wettbewerbe

<sup>1</sup> Zur Erarbeitung eines Lösungswegs oder einer Vorgehensweise, insbesondere bei planerischen Aufgaben, kann die Beschaffungsstelle einen Wettbewerb durchführen.

<sup>2</sup> Die Teilnehmerinnen reichen ihre Beiträge anonym ein.

<sup>3</sup> Die Beiträge werden von einer von der Beschaffungsstelle mehrheitlich unabhängigen und fachkundigen Jury beurteilt.

<sup>4</sup> Die Teilnehmerinnen, deren Beiträge von der Jury ausgezeichnet werden, erhalten ein angemessenes Preisgeld. Sofern ein allfälliger Vergütungsanspruch mit dem Preisgeld abgegolten werden soll, hat die Beschaffungsstelle dies in der Ausschreibung bekannt zu geben.

<sup>5</sup> Der Bundesrat und die Kantone regeln für ihren Zuständigkeitsbereich die Zusammensetzung und die Aufgaben der Juries.

### Art. 45 AP-LMP Concours

<sup>1</sup> L'adjudicateur peut organiser un concours pour l'élaboration d'une solution ou d'un procédé, en particulier pour des travaux d'études ou de planification.

<sup>2</sup> Les participants remettent leur travail de façon anonyme.

<sup>3</sup> Les travaux sont appréciés par un jury spécialisé formé en majorité de personnes indépendantes de l'adjudicateur.

<sup>4</sup> Les participants dont les travaux sont distingués par le jury reçoivent un prix en espèces approprié. Si un droit éventuel à une indemnité doit être compensé par le prix en espèces, l'adjudicateur doit l'annoncer dans l'appel d'offres.

<sup>5</sup> Le Conseil fédéral et les cantons règlent la composition et les tâches du jury dans leur domaine de compétence.

## Art. 45 AP-LMP : Concours

Jacques Dubey, Professeur associé à l'Université de Fribourg (EPFL)

**1. Base et systématique légales.** Le premier constat à propos du traitement du concours dans l'AP-LMP consiste justement à relever qu'il fait désormais l'objet d'une disposition de rang légal, alors que la loi actuelle se borne à une délégation législative aux termes de laquelle le Conseil fédéral «règle le concours de projets et le concours portant sur les études et la réalisation» (art. 13 al. 3 LMP). C'est là une amélioration qu'on peut saluer sous l'angle de la légalité, mais il faut d'emblée regretter qu'en parlant de manière générale de « concours », l'AP-LMP ne distingue plus entre différentes formes de concours et abandonne donc le modique contenu matériel de la LMP. Ce parti qui procède de la volonté de flexibiliser les procédures relativise fortement la portée de l'amélioration.

L'art. 45 fait partie avec les dispositions relatives au « dialogue » (art. 46), à la « négociation » (art. 47) ou aux « enchères électroniques » (art. 48) d'une section 7 consacrée à des « éléments particuliers de la procédure d'appel d'offres » (art. 18 ss). C'est dire que le statut de cette forme de mise en concurrence spéciale n'est pas plus clair dans l'AP-LMP qu'il ne l'est aujourd'hui. Le rapport explicatif renforce ce constat d'incertitude, qui explique que l'AP-LMP ne fait pas du concours « un type de procédure autonome, mais d'avantage l'assemblage de prescriptions spécifiques à appliquer indépendamment du type de procédure »<sup>1</sup>, par quoi il faut comprendre les procédures d'appel d'offres ouverte, sélective ou sur invitation. Il faut se réjouir que l'AP-LMP n'entérine pas la conception de la CRM selon laquelle le concours est une quatrième procédure. Il faut néanmoins déplorer qu'il n'adopte pas clairement la solution du droit communautaire consistant à faire du concours, selon le contenu du marché visé, tantôt une forme de gré à gré, tantôt une forme d'appel d'offres<sup>2</sup>. Faute de vouloir définir divers types de concours, l'AP-LMP aboutit à une *systématique contradictoire* qui consiste à le désigner à la fois comme une « particularité de la procédure d'appel d'offres » (art. 44 ss) et comme une « procédure sans appel d'offres » (art. 58 ss), en tant qu'il permet l'acquisition de gré à gré de prestations subséquentes (art. 66).

**2. Champ d'application.** A l'instar de la loi actuelle, l'AP-LMP ne définit pas le champ d'application du concours, si ce n'est en indi-

quant que l'adjudicateur « peut (en) organiser (un) pour l'élaboration d'une solution ou d'un procédé, en particulier pour des travaux d'études ou de planification ». Cette faculté formulée de manière très large correspond à la situation actuelle, à ceci près qu'elle mentionne le cas où l'adjudicateur ne cherche pas encore une solution pour satisfaire ses besoins (« propositions ») mais seulement une manière d'atteindre ses objectifs (« procédés »). D'un côté, cette formulation a le mérite de laisser subsister la possibilité offerte par le droit actuel de passer à l'issue d'un concours un marché qui ne porte pas exclusivement sur des prestations d'étude, mais également sur des prestations liées à la réalisation de ces études (p. ex. la direction de chantier), ce que l'art. 66 indique d'ailleurs expressément. De l'autre côté, elle laisse cependant aussi subsister la liberté de l'adjudicateur d'adjuger un marché portant sur des prestations de conception à l'issue d'une procédure d'appel d'offres, ce qui est plus critiquable puisque cela revient à appliquer le critère de *l'offre économiquement la plus avantageuse* (art. 32 al. 1) à des prestations dont on ne connaît par définition pas le contenu.

A cette question ancienne de la délimitation entre concours et appel d'offres, l'AP-LMP ajoute celle de la délimitation avec le « dialogue » (art. 46) que l'adjudicateur peut organiser en vue de « développer les solutions et les procédés proposés, en particulier lorsque le marché porte sur des prestations intellectuelles ». La question est d'importance, car le dialogue pourrait être interprété et pratiqué comme un *concours sans anonymat*, c'est-à-dire comme une forme légale de mandats d'études parallèles. Le rapport explicatif semble, certes, réserver cette modalité de procédure aux cas dans lesquels le concours ne répond pas aux besoins de l'adjudicateur, « car les solutions et les procédés possibles doivent être abordés dès le début dans le cadre d'un dialogue entre le soumissionnaire et l'adjudicateur, puis développés en commun »<sup>3</sup>. Il n'empêche que la formulation de la loi en projet n'offre pas toute la sécurité juridique souhaitable, ne serait-ce que parce qu'elle semble autoriser la combinaison d'un concours avec un dialogue, ce qui ne devrait être autorisé que si un dialogue s'impose – a priori – compte tenu de la difficulté du problème à résoudre, ou – a posteriori – au vu des solutions proposées<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> DFF, Rapport explicatif, p. 60 ad art. 45 al. 1.

<sup>2</sup> Cf. DUBEY JACQUES, Le concours en droit des marchés publics, Fribourg 2005, n. 204 ss et 465 ss.

<sup>3</sup> DFF, Rapport explicatif, p. 61 ad art. 46.

<sup>4</sup> Cpr. DFF, Rapport explicatif, p. 60 ad art. 45 al. 2. L'introduction de ce concours partiellement anonyme mériterait d'être plus circonstanciée.