

Arbeitsrecht

Banken & Finanzdienstleister

Bau- & Immobilienrecht

Datenrecht

Energierecht

Erbrecht & Nachlassplanung

Finanzierungen

Finanzmarktinfrastrukturrecht

FinTech

Gesellschafts- & Handelsrecht

Immaterialgüterrecht

Medienrecht

Mergers & Acquisitions

Migrationsrecht

Notariat

Pharma- & Gesundheitsrecht

Prozessführung &
Schiedsgerichtsbarkeit

Restrukturierung & Insolvenz

Steuerrecht

Technologierecht (IT)

Venture Capital & Private Equity

Wettbewerbsrecht

Wirtschaftsstrafrecht

Beschaffungswesen

Sobald der Staat Sachmittel, Dienstleistungen und Bauleistungen, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt, nicht selber herstellt bzw. erbringt, sondern hierfür Private heranzieht, kommt das Beschaffungsrecht zur Anwendung. Die Ausgestaltung des Verfahrens und die Kriterien für den Zuschlag einer solchen Lieferung bzw. Leistungserbringung an Private sind für die entsprechenden Anbieter von erheblicher Bedeutung, weshalb es sich lohnt, die vorgesehenen Abläufe und Kriterien für den Zuschlag im Detail zu kennen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Zuschlagskriterien erhält nach dem revidierten Beschaffungsrecht ab 1. Januar 2021 das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Die Kontrolle, dass die einschlägigen Bestimmungen eingehalten werden, erfolgt zu einem grossen Teil gerichtlich über entsprechende Rechtsmittelverfahren. Häufig muss der unterlegene Anbieter daher abwägen, ob eine Beschwerde im konkreten Fall sinnvoll ist. Die vorliegende Darstellung soll hierzu eine Hilfestellung bieten.

Während laufendem Verfahren

Eine Beschaffung kann trotz der vorhandenen rechtlichen Vorgaben sehr unterschiedlich ablaufen. Gerade betreffend Inhalt und Umfang der Ausschreibung haben die Behörden einen grossen Ermessensspielraum. Entsprechend heterogen gestalten sich die Ausschreibungen auf dem Portal www.simap.ch. Es lohnt sich allerdings folgende Punkte zu kontrollieren:

- Wurde der Beschaffungsgegenstand herstellernneutral beschrieben?
- Verlangt die Ausschreibung eine bestimmte Marke, die rechtlich geschützt ist?
- Sind bestimmte Eignungskriterien gar nicht erfüllbar bzw. können sie nur von einer sehr geringen Zahl von Anbietern erfüllt werden?
- Sind die Eignungskriterien genügend klar formuliert?
- Gibt es allenfalls Mitbewerber, die bereits massgeblich an der Ausschreibung (z.B. am Pflichtenheft oder Kriterienkatalog) mitgewirkt haben?

Ausschluss eines Anbieters

Die Behörden haben grundsätzlich die Möglichkeit, eingereichte Offerten wegen Nichteignung bereits vor Abschluss des Verfahrens auszuschliessen. Bei einem Ausschluss ist folgendes zu beachten:

- Wurde der ausgeschlossene Anbieter in das Präsentationsverfahren einbezogen?
- Wurde dem ausgeschlossenen Anbieter das rechtliche Gehör gewährt?
- Wurde der Ausschluss mittels anfechtbarer Verfügung unter Einschluss einer Rechtsmittelbelehrung mitgeteilt?
- Wurde der Ausschluss aufgrund eines bereits in der Ausschreibung definierten Kriteriums verfügt?

Allenfalls ist eine Beschwerde gegen diese Verfügung zu prüfen. Wichtig zu beachten ist, dass die Beschwerdefristen kurz sind. Auf Bundesebene und in den Konkordatskantonen gilt nach revidiertem Recht ab 1. Januar 2021 eine Frist von 20 Tagen; in Kantonen, welche dem Konkordat nicht beigetreten sind, gilt grundsätzlich eine Frist von nur 10

Wenger & Vieli AG

Dufourstrasse 56
Postfach
CH-8034 Zürich

Büro Zug
Metallstrasse 9
Postfach
CH-6302 Zug

T +41 58 958 58 58
checklist@wengervieli.ch
www.wengervieli.ch

**DR. MICHAEL TSCHUDIN**

Partner

m.tschudin@wengervieli.ch

T. +41 58 958 55 47

**DR. MARCEL BOLLER**

Rechtsanwalt

m.boller@wengervieli.ch

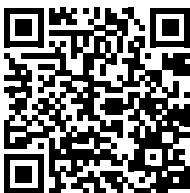
T. +41 58 958 55 63

**NADINE ZANETTI**

Rechtsanwältin

n.zanetti@wengervieli.ch

T. +41 58 958 55 76

**CHECKLIST ALS PDF:**

<https://www.wengervieli.ch/de-eh/publikationen?typ=checklist>

Disclaimer: Die in diesem Schreiben enthaltenen Informationen dienen allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar. Im konkreten Einzelfall kann der vorliegende Inhalt keine individuelle Beratung durch fachkundige Personen ersetzen. © Wenger & Vieli AG, 2020



Tagen ab Eröffnung der Verfügung. Auf Kantonsebene ist daher der Beitritt bzw. Nichtbeitritt zum Konkordat für die Beschwerdefrist von erheblicher Bedeutung.

Zuschlag

Der eigentliche Beschaffungsentscheid ergeht regelmässig mittels anfechtbarer Verfügung. Bei Zustellung der Verfügung sind folgende Punkte zu prüfen:

- Wurde die Verfügung ordnungsgemäss eröffnet?
- Wurde die Verfügung durch die zuständige Stelle ausgestellt?
- Wurde der Zuschlag nach einem Kriterium erteilt, welches bereits in der Ausschreibung als massgebend bezeichnet wurde?
- Falls nicht das günstigste Angebot berücksichtigt wurde: Liegt eine genügende Begründung für die Massgeblichkeit eines anderen Kriteriums bzw. vorteilhafteren Angebots vor?
- Erfüllt der Zuschlagsgewinner die in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien (z.B. Zertifikate)?
- Falls freihändig zugeschlagen wurde, war ein freihändiges Verfahren überhaupt zulässig?

Beschwerdeverfahren

Wurden während des Verfahrens bzw. im Beschaffungsentscheid Unstimmigkeiten entdeckt, ist allenfalls eine Beschwerde an die zuständige Instanz in Erwägung zu ziehen. Folgende Fragen können dabei gestellt werden:

- Auf Bundesebene: Liegt der Auftragswert über CHF 230'000 (Lieferungen), CHF 230'000 (Dienstleistungen) bzw. CHF 8'700'000 (Bauleistungen)?
- Wurde der Vergabeentscheid bereits auf www.si-

map.ch publiziert bzw. als Verfügung zugestellt?

- Bei einer freihändigen Vergabe: Seit wann besteht Kenntnis des Zuschlags?
- Hat der nichtberücksichtigte Teilnehmer bei Aufhebung des Zuschlags realistische Chancen, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen?

Bei einer Beschwerde ist zu beachten, dass die aufschiebende Wirkung beantragt werden muss. Wird diese nicht beantragt oder gewährt die Beschwerdeinstanz die aufschiebende Wirkung nicht, so darf die Vergabestelle den anvisierten Vertrag abschliessen. Das nicht berücksichtigte Unternehmen hat dann allenfalls nur noch Anspruch auf Schadenersatz.

Damit die aufschiebende Wirkung erteilt wird, muss bereits die erste Eingabe den Sachverhalt umfassend darlegen. Bei einem absehbaren negativen Ausgang des Beschaffungsverfahrens lohnt es sich daher, die Aussichten einer Beschwerde frühzeitig zu prüfen.

Bekannte Schwierigkeiten

Neben den bereits erwähnten kurzen Beschwerdefristen von 10 bzw. 20 Tagen besteht meist das Problem einer mangelhaften Informationslage, da die Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und den Mitbewerbern nicht bekannt ist. Dieses Defizit kann in der Regel erst während des Beschwerdeverfahrens mittels Akteneinsicht behoben werden. Gewisse Massnahmen können dieses Problem allerdings minimieren:

- Relevante Informationen allenfalls bereits vor dem Vergabeverfahren zusammentragen
- Präzise Dokumentation des Vergabeverfahrens
- Prüfung der Ausschreibungsunterlagen auf allfällige Unstimmigkeiten