

Submissionsrecht des Kantons Zürich

CHANCE FÜR KMU, CHA

HEINZ KLARER UND MICHAEL AEPLI

Das Submissionsrecht verpflichtet die Behörden der öffentlichen Hand diverse Beschaffungen auszuschreiben. KMU können dadurch lukrative Aufträge von solventen Auftraggebern gewinnen. Aber das Gesetz hat Tücken: Leicht kann aufgrund kleiner (Form-) Fehler ein Auftrag an die Konkurrenz verloren gehen.

Mit der Umsetzung des Gatt/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen in das Binnenmarktgesetz, dem Erlass der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und der Submissionsverordnung (SVO) bestehen seit der zweiten Hälfte der Neunzigerjahre umfassende gesetzliche Regelungen über das öffentliche Beschaffungswesen. Im Jahre 1999 wurden auch die Gemeinden in den Geltungsbereich des Submissionsrechts miteinbezogen.

Seit dem Erlass dieser gesetzlichen Bestimmungen hat sich die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand wesentlich verändert. Insbesondere ortsfremden Unternehmen wurde aufgrund des Wegfalls des «Einheimischenschutzes» die Möglichkeit eröffnet, neue Aufträge zu gewinnen.

IM NETZ AUSGESCHRIEBEN

Mit dem Inkrafttreten der Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union wurde allerdings auch eine Revision der gesetzlichen Bestimmungen nötig. Die neuen Rechtsgrundlagen sind für den Kanton Zürich seit dem 1. Januar 2004 in Kraft. Es wurde die Gelegenheit benutzt, um auch Anliegen auf Änderungen Rechnung zu tragen, die auf ersten Erfahrungen in der Anwendung des Submissionsrechts beruhen. So wurde nicht nur die sogenannten Schwellenwerte erhöht, sondern die Ausschreibung eines zu vergebenden Auftrages muss zum Beispiel neu auch auf der Internetplattform www.simap.ch ausgeschrieben werden.

Auch das Handbuch für Vergabestellen, welchem in der Praxis ei-

ne wichtige Bedeutung zukommt, wurde umfassend überarbeitet.

www.beschaffungswesen.zh.ch bietet zahlreiche Informationen und Publikationen im Zusammenhang mit dem Submissionsrecht.

KRITERIEN FÜR SUBMISSION

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge stehen verschiedene Verfahrensarten zur Verfügung: Die IVöB und die SVO unterscheiden durchwegs zwischen Vergaben im Staatsvertragsbereich und Nicht-Staatsvertragsbereich.

Im Nicht-Staatsvertragsbereich wird zwischen der freihändigen Vergabe, dem Einlassungsverfahren und dem offenen/selektiven Verfahren differenziert.

Massgeblich für die Bestimmung des Verfahrens sind:

- die Schwellenwerte (Auftragswert)
- die Art der Aufträge.

Im Nicht-Staatsvertragsbereich erfolgt bei Bauaufträgen zudem eine Unterscheidung zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe.

Im Staatsvertragsbereich kommt immer das offene oder selektive Verfahren zur Anwendung, nur ausnahmsweise ist auch eine freihändige Vergabe möglich. Die Art der Auftraggeberin kann im Staatsvertragsbereich Auswirkungen auf den massgeblichen Schwellenwert haben.

SCHWELLENWERTE

Für den Schwellenwert ist der geschätzte Wert des Auftrages massgebend. Bei der Berechnung des Auftragswertes wird jede Art der Vergütung, ohne Mehrwertsteuer, berücksichtigt. Die Schwellenwerte wurden zu Beginn dieses Jahres deutlich erhöht.

Unzulässig ist eine Aufteilung des Auftrages in der Absicht, einen

Schwellenwert zu unterschreiten und die Vergabebestimmungen zu umgehen. Zulässig ist jedoch zum Beispiel die Aufteilung einer Beschaffung im Zusammenhang mit Hardware in eine (Waren-) Lieferung (den Computern) und die Supportarbeiten für die Aufschaltung und Integration der Computer.

Die Laufzeit von Daueraufträgen darf nicht so gewählt werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen sind. Dadurch soll verhindert werden, dass für andere Marktteilnehmer diskriminierende Verträge abgeschlossen werden. Die Ausschreibung hat deshalb auch die ungefähre Dauer des Auftrags und weitere diesbezügliche Informationen zu enthalten.

ART DES AUFTRAGES

Die Aufträge werden in Lieferungen, Dienstleistungen und Bauarbeiten unterteilt. Unter Lieferungen fällt die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietverkauf. Unter Bauarbeiten sind solche des Hoch- und Tiefbaus zu verstehen.

Die Bauarbeiten werden weiter in Aufträge des Bauneben- und Bauhauptgewerbes unterteilt, wobei unterschiedliche Schwellenwerte zur Anwendung gelangen.

Unter das Bauhauptgewerbe fallen nach der Submissionsverordnung insbesondere alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Dazu zählen etwa Maurer- und Betonarbeiten, Fas-

sadenisolationen, ferner Aushub-, Bagger- und Traxarbeiten, Gerüstbau, Strassen- und Spezialtiefbau (Pfählungen, Baugrubensicherung, Ankerarbeiten) sowie Steinhauer- und Steinbrucharbeiten. Zum Baunebengewerbe gehören in den meisten Fällen Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner- und Spenglerarbeiten, daneben auch Heizungs-, Klima- und Lüftungsarbeiten.

Massgebend für die Einteilung der Arbeiten in Bauhaupt- und Baunebengewerbe bleiben aber immer die konkreten Umstände der einzelnen Arbeiten. Zum Beispiel können auch Zimmer- und Metallbauarbeiten unter das Bauhauptgewerbe fallen, wenn ihnen eine tragende und hervorragende Funktion für das Bauwerk zukommen.

VERSCHIEDENE VERFAHREN

Im freihändigen Verfahren kann der Auftrag ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens direkt vergeben werden. Es ist nicht erforderlich, dass mehrere Angebote eingeholt werden. Die Einladung zur Einreichung eines Angebots kann formlos erfolgen. Zulässig ist die freihändige Vergabe nicht nur für Aufträge bis zur Höhe des Schwellenwertes, sondern auch in gewissen Ausnahmefällen. Direkt und ohne öffentliche Ausschreibung kann ein Auftrag zum Beispiel vergeben werden, falls aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse die Beschaffung so dringlich wird, dass aus zeitlichen Gründen ein

FORTSETZUNG FOLGT

Demnächst in diesem Medium: Submissionsrecht Folge zwei.

In einem weiteren Beitrag wird auf aktuelle Problembereiche im Submissionsrecht eingegangen. Unter Anderem auf die «Vorbefassung» und das Zuschlagskriterium «Lehrlingsausbildung».

HEINZ KLARER



Heinz Klarer, Dr. iur. Rechtsanwalt (Partner) (Mitarbeiter) arbeiten in der Kanzlei Stiffler & Partner. Heinz.klarer@stn.ch, michael.aepli@stn.ch

CHANCE FÜR ORTSFREMDE

Submissionsverfahren nicht durchgeführt werden kann.

Beim Einladungsverfahren bestimmt der Auftraggeber selbst, wen er zur Einreichung von Angeboten einladen will. Es erfolgt keine Ausschreibung, es sollten jedoch mindestens drei Angebote eingeholt werden.

Werden die Schwellenwerte für das offene oder selektive Verfahren überschritten, kann der Auftraggeber zwischen einem der beiden Verfahren wählen. In beiden Fällen ist eine Ausschreibung im kantonalen Amtsblatt und der Internetplattform www.simap.ch erforderlich. Die Ausschreibung muss Gegenstand, Umfang und weitere Modalitäten des Auftrages nennen. Dazu gehören auch die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung oder zumindest deren Rangordnung.

Beim offenen Verfahren können alle Interessenten innert 40 Tagen Angebote einreichen. Beim selektiven Verfahren ist in einem ersten Schritt innert 25 Tagen das Interesse an der Einreichung eines Angebotes anzumelden. Im Anschluss daran sucht der Auftraggeber diejenigen Interessenten aus, die ein Angebot einreichen können. Auch hier sollten bei genügender Anzahl von Interessenten mindestens drei Angebote eingeholt werden.

OFFERTE DER ANBIETER

Die Anbieter haben ihre Offerten innert angesetzter Frist einzureichen. Es erfolgt eine fachliche und rechnerische Prüfung der Angebote nach einheitlichen Kriterien.

Eine sogenannte «Abgebotsrunde» ist untersagt. Darunter sind die früher üblichen nachträglichen Abmachungen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes zu verstehen.

Wichtig ist, dass die Offerte entsprechend den Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet und sämtliche erforderlichen Angaben enthält. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zu werfen. Oft bestehen bei der Bewertung der Offerten nur geringe Unterschiede. Der «besten» Offerte ist jedoch der Zuschlag zu erteilen. Folglich lohnt es sich, für die Ausarbeitung der Offerte genügend Zeit aufzuwenden und die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung genau zu prüfen.

Die Vergabestelle beantwortet innert kurzer Frist Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen. Bei Unklarheiten ist es sicherlich sinnvoll rückzufragen. Dadurch kann die Einreichung einer fehlerhaften oder unvollständigen Offerte vermieden werden. Wichtige Auskünfte sind aufgrund des Prinzips der Gleichbehandlung allen Anbietern von Amtes wegen weiter zu geben.

ZUSCHLAG

Der Zuschlag erfolgt auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung ist das Preis-Leistungsverhältnis massgebend. Neben dem Preis können zum Beispiel folgende Zuschlagskriterien massgebend sein: Qualität,

Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit (Ökologie), Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung und Infrastruktur. Nur für weitgehend standardisierte Güter kann ausschliesslich auf das Kriterium des niedrigsten Preises abgestellt werden.

Der Zuschlag wird im kantonalen Amtsblatt und der Internetplattform www.simap.ch veröffentlicht.

Anschliessend wird ein Vertrag mit demjenigen Anbieter abgeschlossen, der den Zuschlag erhalten hat. Der Vertrag und das weitere Verfahren zwischen dem Anbieter und dem Auftraggeber unterliegen nun dem Privatrecht.

RECHTSSCHUTZ

Gegen den Zuschlag als auch die weiteren Entscheide im Rahmen des Vergabeverfahrens steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zur Verfügung. Dies gilt unabhängig vom gewählten Verfahren für alle Entscheide.

Zu beachten ist, dass innert einer Frist von zehn Tagen die Beschwerde zu erheben ist. Das Akteneinsichtsrecht vor der Vergabebehörde muss zudem nur in beschränktem Umfang eingeräumt werden. Dies führt regelmässig dazu, dass in einem zeitlichen Engpass zu entscheiden ist: Einerseits muss bei der Vergabebehörde innert Frist Akteneinsicht genommen und daraufhin der Entscheid über das wei-

tere Vorgehen gefällt werden. Andererseits muss eine allfällige Beschwerde auch ausreichend begründet sein.

Die Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Diese kann aber auf Antrag erteilt werden. Wird kein entsprechender Antrag gestellt, erwächst der Zuschlag in Rechtskraft und der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter kann abgeschlossen werden. Dies unabhängig von einer allfälligen Rechtswidrigkeit des Zuschlags.

Der Entscheid des Verwaltungsgerichts unterliegt der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht.

Bei Rechtswidrigkeit des Zuschlags oder eines anderen Entscheides im Rahmen des Submissionsverfahrens besteht eine Haftung des Auftraggebers. Den Betroffenen ist für die Aufwendungen des Vergabe- und Rechtsmittelverfahrens Ersatz zu leisten.

FAZIT

Das Submissionsrecht, insbesondere das Vergabe- und Rechtsmittelverfahren, ist kompliziert und enthält etliche Fallstricke für Anbieter. Andererseits bietet es innovativen Unternehmen auch die Chance, in ein neues Kundensegment vorzustossen. Eine sorgfältig ausgearbeitete und vollständige Offerte und die Kenntnis der Grundlagen des Submissionsrechts sind für ein erfolgreiches Mitmachen im Markt der öffentlichen Aufträge unabdingbar.

MICHAEL AEPLI



und Michael Aepli, Dr. iur. Rechtsanwalt & Nater, Zürich

DIE SCHWELLENWERTE FÜR SUBMISSIONEN

Art der Arbeiten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauarbeiten	
			Baunebengewerbe	Bauhauptgewerbe
Nicht-Staatsvertragsbereich				
Verfahrensarten				
Freihändige Vergabe	bis 100 000	bis 150 000	bis 150 000	bis 300'000
Einladungsverfahren	bis 250 000	bis 250 000	bis 500 000	bis 500'000
offenes/selektives Verfahren	ab 250 000	ab 250 000	ab 250 000	ab 500 000
Staatsvertragsbereich				
offenes/selektives Verfahren	ab 383 000*	ab 383 000*	ab 9 575 000* (Gesamtsumme des Baus)	

*Nur für Kantone, Gemeinden und Gemeindenzusammenschlüsse

Das Submissionsrecht des Kantons Zürich / Teil 2

LEHRLINGSAUSBILDUNG –

HEINZ KLARER UND MICHAEL AEPLI

Die Submissionsverordnung soll gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter gewährleisten. Den Zuschlag erhält das günstigste Angebot. Wer in angemessenem Umfang Lehrlinge ausbildet, kann bevorzugt werden.

Der erste Beitrag zum Submissionsrecht in der Oktoberausgabe des KMU Managers (S. 44 f.) verschaffte einen Überblick über die Grundlagen und das Verfahren. In diesem Beitrag wird auf ausgewählte aktuelle Problembereiche eingegangen, die im Submissionsverfahren immer wieder Anlass zu Diskussionen geben.

VORBEBASSUNG

Die Vorbereitung der Ausschreibung – gerade bei grösseren Vorhaben – erweist sich als eine komplexe und anspruchsvolle Aufgabe. Da oft spezifische Fachkenntnisse für die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich sind, werden von den Behörden spezialisierte Unternehmen beigezogen.

Keine Probleme ergeben sich, soweit sich das beauftragte Unternehmen weder direkt noch indirekt am nachfolgenden Submissionsverfahren beteiligt. Sobald aber das Unternehmen am Ausgang des Verfahrens ein eigenes Interesse hat, stellt sich die Frage der Vorbefassung.

Nach der Submissionsverordnung (SVO) dürfen sich Personen oder Unternehmen an einem Verfahren nicht mehr beteiligen, sofern sie an der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können. Dies soll sicherstellen, dass alle Anbieter den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen und ihre Gleichbehandlung gewährleistet ist.

Wann die Mitwirkung die Gleichbehandlung verletzt, muss im Einzelfall festgestellt werden. Die Ausarbeitung des Leistungsbeschriebes in den Ausschreibungsunterlagen hat grundsätzlich zur Folge, dass man als Anbieter in der betreffenden Submission infolge Vorbefassung nicht mehr offerieren darf. Falls der Wissensvorsprung des betreffenden Unternehmens gegenüber den anderen

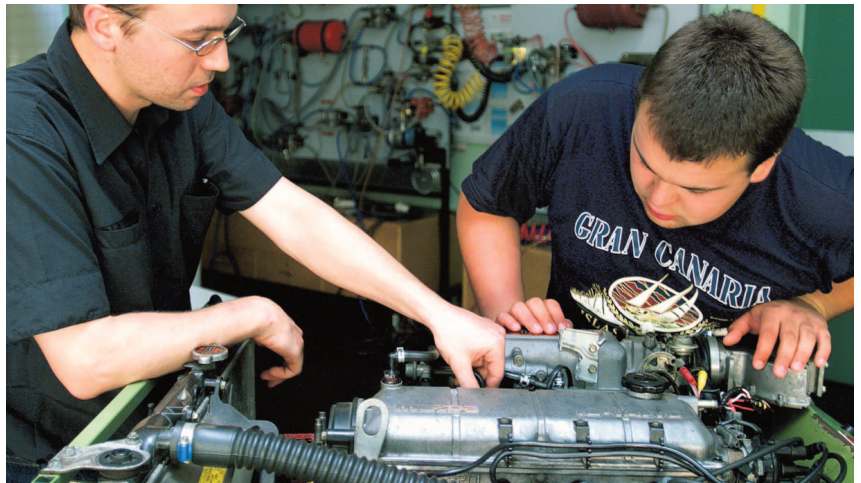
Anbietern wettgemacht werden kann, führt dies nicht zwangsläufig zu einem Ausschluss: Die fraglichen Unterlagen können den anderen Anbietern zur Verfügung gestellt und die Frist für die Einreichung einer Offerte verlängert werden. Die Teilnahme des «vorbefassten» Unternehmens am weiteren Verfahren kann in einem solchen Fall zulässig sein. Der Grundsatz der Transparenz gebietet jedoch, dass auf die Mitwirkung des betreffenden Unternehmens bereits zu Beginn des Verfahrens hingewiesen wird.

Die Einholung von einfachen Auskünften der Behörden – wie es im Vorfeld der Vergabe von Aufträgen in der Praxis oft geschieht – führt hingegen in der Regel nicht zu einem Ausschluss des angefragten Unternehmens. Falls dieses am betreffenden Auftrag selbst Interesse hat, ist jedoch Zurückhaltung geboten. Soweit aus den eingeholten Auskünften den anderen Anbietern nicht bekannte Informationen entnommen werden können, die einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, kann dies zu einem Ausschluss führen.

LEHRLINGSAUSBILDUNG

Die Möglichkeit, die Lehrlingsausbildung zu Gunsten von Anbietenden zu berücksichtigen, gab bereits im Rechtssetzungsverfahren Anlass zu Diskussionen. Obwohl der Zweck des öffentlichen Beschaffungswesens nicht in der Schaffung von – wenn auch verständlichen und nachvollziehbaren – Anreizen liegt, wurde auch anlässlich der letzten Revision der SVO am Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung ausdrücklich festgehalten.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich noch nie konkret zur Zulässigkeit des Kriteriums der Lehrlingsausbildung geäußert. Immerhin hat es jedoch festgehalten, dass die Zulässigkeit umstritten sei und dass es dabei (wenn überhaupt) nicht auf die



absolute Zahl der Lehrlinge ankommen könne, sondern auf das Verhältnis in Bezug auf die Gesamtzahl der Beschäftigten. Nach einigen Entscheiden anderer Verwaltungsgerichte ist das Kriterium zulässig, soweit diesem eine untergeordnete Bedeutung beziehungsweise kein übermässiges Gewicht zukommt.

In der SVO wird denn auch festgehalten, dass bei der Auswahl im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren nach Möglichkeit Unternehmen berücksichtigt werden sollen, die Lehrstellen in einem für die Branche und die Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten.

Mit dieser Umschreibung sollen einerseits Unternehmen, die sich für die Lehrlingsausbildung einsetzen, bevorzugt werden können. Andererseits soll vermieden werden, dass kleinere und vor allem im Aufbau befindliche Unternehmen, die allenfalls noch keine Möglichkeit zur Lehrlingsausbildung haben, zu stark benachteiligt werden.

Zu ergänzen ist, dass bei einem Anbieter beschäftigte Lehrlinge auch auf anderem Weg (positiven) Einfluss auf die Offerte haben können: Insbesondere bei zu offerierenden Stundenansätzen kann durchaus berücksichtigt werden, dass gewisse Arbeiten von Lehrlingen vorgenommen werden können, zu einem wesentlich tieferen Stundenlohn als ausgebildete Arbeitnehmer.

FORMVORSCHRIFTEN

Ein Anbieter kann vom Submissionsverfahren nur ausgeschlossen werden, soweit wesentliche

Formvorschriften verletzt wurden. Die Wesentlichkeit wird deshalb vorausgesetzt, da formelle Vorschriften nicht mit übertriebener Schärfe gehandhabt und an Offerten nicht überspannte Anforderungen gestellt werden sollen. Folglich ist es der Behörde verwehrt, bei unwesentlichen formellen Mängeln einen Anbieter vom Verfahren auszuschliessen. Als wesentliche Formvorschriften, die bei Nichteinhaltung zum Ausschluss des Angebots führen, gelten insbesondere die Einhaltung der Eingabefrist, die Vollständigkeit des Angebotes, das Nichtverändern der Ausschreibungsunterlagen sowie das Vorhandensein der Unterschrift des Anbieters bzw. der zeichnungsberechtigten Person:

- Das Angebot muss schriftlich erfolgen und innerhalb der Frist vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Behörde eingehen. Die Offerte kann per Post oder auch direkt zugestellt werden. Nicht ausreichend ist die Übermittlung der Offerte per Telefon, Fax und grundsätzlich auch per E-Mail. Die Einreichung per E-Mail ist nur zulässig, soweit dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgehalten wird. Zudem muss dabei die Gewähr für die Identität des Anbietenden, die Vertraulichkeit und die Unabänderlichkeit des Angebots bestehen. Wichtig ist, dass für die Fristwahrung nicht der Poststempel der Aufgabe massgebend ist, sondern das Datum des Eingangs bei der Vergabebehörde. Dies ist die Folge internationaler Gebräuche, widerspricht allerdings der schweizerischen Rechtstradition,

EIN ZUSCHLAGSKRITERIUM

nach der das Datum des Poststempels massgebend ist. In den Ausschreibungsunterlagen wird denn auch oft ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen.

- Vergleiche zwischen den verschiedenen Offerten sind nur möglich, soweit vollständige Angebote eingereicht werden. Ein Ausschluss erfolgt, wenn in der Offerte vorausgesetzte Dokumente oder wesentliche Elemente des ausgeschriebenen Auftrages fehlen. Falls dem fehlenden Element im Verhältnis zum gesamten Auftrag nur untergeordnete Bedeutung zukommt, muss dem betroffenen Anbieter Gelegenheit eingeräumt werden, das Angebot in diesem Punkt zu ergänzen.

- Eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen ist grundsätzlich unzulässig. Möglich und oft sinnvoll ist allerdings die (zusätzliche) Einreichung von Varianten. Diese müssen vom Anbieter separat abgegeben und deutlich als solche deklariert werden. Die Einreichung von Varianten schafft die Möglichkeit, von den Ausschreibungsunterlagen abzuweichen und ein vermeintlich besseres und/oder kostengünstigeres Angebot als in der Ausschreibung umschrieben einzubringen. Varianten bilden ein wichtiges Instrument, um allfällige Konzeptverbesserungen einzubringen.

- Das Fehlen der Unterschrift des Anbieters oder der zeichnungsberechtigten Personen des Unternehmens führt zum Ausschluss der Offerte. Ausnahmen sind allenfalls nur möglich, falls nicht alle Kollektivzeichnungsberechtigten unterschrieben haben oder auf ergänzenden Beilagen die Unterschrift(en) fehlen.

OFFERTBEREINIGUNG

Bei der Offertbereinigung stellt sich die Frage, ob ein fehlerhaftes Angebot noch nachträglich korrigiert werden kann.

Nach Einreichung der Offerten hat die Vergabebehörde diese nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch zu prüfen. Dabei können offensichtliche Fehler, zum Beispiel Rechnungsfehler, berichtigt werden. Bei Unklarheiten in der Offerte kann die Behörde bei den Anbietern auch schriftliche Erläuterungen einholen. Hingegen sind sogenannte

«Abgebotsrunden», Verhandlungen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes, unzulässig.

Damit soll der unverfälschte Wettbewerb gewährleistet werden, den man vor allem auch durch die nachträgliche Reduktion der Angebotspreise gefährdet sieht. Eine Offertenbereinigung ist deshalb nur insoweit erlaubt, als ausschliesslich unwesentliche Angebotsmängel, wie etwa Rechnungs- und Schreibfehler, behoben werden. Gerade bei umfangreichen und komplexen Vergaben und entsprechenden Offerten lassen sich solche Fehler wohl nie ganz ausschliessen, weshalb eine Offertbereinigung möglich sein muss. Werden anlässlich der Offertbereinigung jedoch eigentliche Änderungen des Leistungsinhaltes der Ausschreibung vorgenommen, ist dies nicht mehr zulässig. Einzig im freihändigen Verfahren sind nachträgliche Verhandlungen mit den Anbietern zulässig. Der Vergabebehörde ist es jedoch untersagt, die Anbieter in unlauterer Weise zu Preisnachlässen zu bewegen.

Wird ein – im Verhältnis zu den anderen Offerten – preislich ungewöhnlich tiefes Angebot eingereicht, kann sich die Behörde beim betreffenden Anbieter zudem vergewissern, ob dieser die Teilnahmebedingungen auch tatsächlich einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann.

RECHTSWIRKUNG-ZUSCHLAG

Wie bereits im letzten Beitrag ausgeführt, erhält diejenige Offerte den Zuschlag, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot enthält. Bei der Bewertung ist das Preis-/Leistungsverhältnis massgebend, wobei neben dem Preis auch die weiteren Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibung von Bedeutung sind (zum Beispiel Qualität, Zweckmässigkeit, Nachhaltigkeit und Lehrlingsausbildung).

Nach der Erteilung des Zuschlages kann die Behörde mit dem Anbieter, der den Zuschlag erhalten hat, einen Vertrag abschliessen.

Im Submissionsrecht wird zwischen der internen Willensbildung der Behörde, dem Zuschlag und dem Abschluss des privat-

rechtlichen Vertrages unterschieden. Der Zuschlag und der Vertragsschluss sind folglich auseinanderzuhalten: Auf den Zuschlag findet das öffentliche Recht, insbesondere das Submissionsrecht, und auf den abzuschliessenden Vertrag das Privatrecht Anwendung.

Was den zeitlichen Ablauf betrifft, so darf nach erfolgtem Zuschlag der privatrechtliche Vertrag erst nach Ablauf der Beschwerdefrist mit dem berücksichtigten Anbieter abgeschlossen werden. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage ab Zustellung der Zuschlagsverfügung. Der Vertrag kann jedoch nur unter der Voraussetzung abgeschlossen werden, dass einer allfälligen Beschwerde eines nichtberücksichtigten Anbieters keine aufschiebende Wirkung erteilt wird. Dies soll sicherstellen, dass die Behörde den im Submissionsrecht vorgesehenen Rechtsschutz nicht durch einen raschen Abschluss des Vertrages unterlaufen kann. Die Behörde darf den Vertrag somit erst abschliessen, wenn nicht mehr damit gerechnet werden muss, dass gegen den Zuschlag eine Beschwerde erhoben wird oder einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde.

Da einer Beschwerde eines nichtberücksichtigten Anbieters nach Gesetz nicht «automatisch» aufschiebende Wirkung zukommt, muss grundsätzlich ein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt werden. Einem solchen Gesuch wird entsprochen, falls die Beschwerde als ausreichend be-

gründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen, wie zum Beispiel die Dringlichkeit der Beschaffung. Es ist ratsam, auch das Gesuch um aufschiebende Wirkung in der Beschwerde zu begründen.

Wird in der Beschwerde nicht um aufschiebende Wirkung nachgesucht, erwächst der Zuschlag grundsätzlich in Rechtskraft. Unabhängig von der allfälligen Rechtswidrigkeit des Zuschlages kann die Behörde mit dem berücksichtigten Anbieter den Vertrag abschliessen. Mittels der Beschwerde kann nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlages festgestellt werden. In einem gesonderten Verfahren kann allenfalls Schadenersatz für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offerte und dem entgangenen Gewinn aus dem nicht erfolgten Vertragsschluss geltend gemacht werden.

Da es in aller Regel das Ziel einer Beschwerde ist, den Zuschlag trotzdem noch zu erhalten, ist unbedingt ein Gesuch um aufschiebende Wirkung zu stellen.

FAZIT

Für die erfolgreiche Teilnahme an einem Submissionsverfahren ist es unumgänglich, die Ausschreibungsunterlagen gründlich durcharbeiten und sich Zeit für die Ausarbeitung der Offerte samt allfälligen (Offert-) Varianten zu nehmen. Die sorgfältig ausgerichtete und durchdachte Offerte hat bei preislich vergleichbaren Offerten der Konkurrenten gute Chancen, den Zuschlag zu erhalten.

HEINZ KLARER

MICHAEL AEPLI



Heinz Klarer, Dr. iur. Rechtsanwalt (Partner) und Michael Aepli, Dr. iur. Rechtsanwalt (Mitarbeiter) arbeiten in der Kanzlei Stiffler & Nater, Zürich
heinz.klarer@stn.ch, michael.aepli@stn.ch, www.stn.ch