



Kathrin Lanz Kneissler

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Counsel

Telefon +41 58 258 16 00

kathrin.lanz@bratschi.ch

Ausstands- und Vorbefassungsregeln im neuen Beschaffungsrecht

Das neue Beschaffungsrecht sieht ausdrückliche Regeln zum Ausstand und zur Vorbefassung vor, womit frühere Regeln und die dazu entwickelte Praxis normativ umgesetzt werden. Was bedeuten diese Regeln nun in Abgrenzung zu den ähnlichen Regeln der Verfahrensrechte und den politischen Rechten?

1. Vorbemerkung zur Revision

In einem Gemeinschaftsprojekt von Bund und Kantonen wurde ein neues Beschaffungsrecht geschaffen, das weitgehend vereinheitlicht ist. Die Vereinheitlichung wurde erreicht, indem auf Bundesebene der gleiche Gesetzestext (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungsrecht, BÖB) erlassen wurde, wie ihn die Konferenz der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren durch die Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geschaffen hat. Obwohl nicht ein Beschaffungsrecht für die ganze Schweiz gilt, wird im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes und der neuen IVöB je ein praktisch gleicher Normtext angewendet, der dann Vergleiche und gemeinsame Entwicklungen zulässt.

Das BÖB und die dazu gehörige Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) treten am 1. Januar 2021 in Kraft. Die IVöB geht im Moment in verschiedenen Kantonen in die Vernehmlassung und sie tritt in Kraft, sobald sie von zwei Kantonen angenommen wurde. Sie gilt in den Kantonen, welche sie in ihr eigenes Beschaffungsrecht aufgenommen haben.

2. Ausstand und Ablehnung – Worum geht es?

In der gesamten Rechtsordnung gibt es eine ganze Anzahl von Regeln zum Ausstand und zur Ablehnung von Personen, die in einem konkreten Fall einen Entscheid zu fällen haben. Es geht immer darum, eine möglichst objektive und unvoreingenommene Entscheidung sicherzustellen, an denen jene Person, die entscheidet, kein eigenes Interesse haben darf.

In den meisten Verfahrens- bzw. Prozessrechten ist ein Ausstandsgrund in der Regel gegeben, wenn ein «Anschein von Befangenheit» vorliegt. Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt dies bspw. in Art. 47 ZPO mit einer weitgehenden Aufzählung, die über einen Auffangtatbestand noch geöffnet werden kann. Bspw. darf die Person kein persönliches Interesse in der Sache haben,

keine andere Rolle im Prozess eingenommen haben, nicht in einer Beziehung mit einer Partei, ihrer Vertreterin oder einer Person der Vorinstanz sein oder gewesen sein, nur bis zu einem bestimmten Grad verwandt oder verschwägert sein oder eben aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freund- oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein. Jeder Anschein der Befangenheit soll ausgeschlossen werden können.

Bei den politischen Rechten, bspw. für die Fassung von Beschlüssen eines Gemeinderats, sind diese Ausstandsgründe etwas weniger weit gefasst. Dort geht es primär um den Fall, dass jemand an einem Geschäft unmittelbar persönliche Interessen hat oder in einer bestimmten Weise verwandt oder verschwägert ist oder Personen vertritt, die entsprechend verwandt oder verschwägert sind. Ausstandspflichtige müssen in diesen Fällen die Interessenbindungen offenlegen und sie sind in der Regel berechtigt, ihre Meinung zur Sache zu äussern, dürfen an der Beschlussfassung dann aber nicht teilnehmen. Bei politischen Beschlüssen an der Urne oder häufig auch in Parlamenten oder Gemeindeversammlungen gelten diese Ausstandsregeln nicht. Hier geht man davon aus, dass solche Interessen erkannt und allenfalls demokratisch eingeordnet werden, wenn sich eine Mehrheit für oder gegen diese Position entscheidet.

Sowohl bei den Verfahrensgesetzen wie auch den politischen Rechten gibt es jeweils Mittel, diese Ausstandsgründe von dritter Seite her durchzusetzen, hier spricht man häufig von Ablehnung oder Ablehnungsbegehren, die von dritter Seite her gestellt werden.

3. Der Anwendungsfall im Beschaffungsverfahren

Art. 13 rev. BöB/IVöB sind für die Bundesebene sowie die kantonale Ebene gleichlautend. Der Ausstand betrifft das Vergabeverfahren, d.h. jenen Teil des formalisierten Verfahrens, der unter dem öffentlichen Beschaffungsrecht steht. Im Zentrum steht natürlich die Teilnahme einer Person an einem Entscheid des Beschaffungsrechts, bspw. der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, der Teilnahme an Fragerunden, der Offertöffnung, der Auswertung der Angebote, der Begründung des Zuschlags, kurz gesagt, all jenen Aspekten des Verfahrens, welche mit Verfügung abgeschlossen werden. Die per Gesetz definierten Verfügungen werden in Art. 53 rev. BöB/IVöB aufgezählt. Es handelt sich dabei nicht um Verfügungen im Rechtssinn, sondern um Verfügungen kraft Legaldefinition, man spricht auch von Verfügungsfiktion.

In jedem Fall werden dabei aber Entscheidungen gefällt, bei denen von einer Unparteilichkeit ausgegangen werden soll.

4. Ausstand

Wie bereits oben erwähnt, kann die Praxis zur Unabhängigkeit eines Gerichts nicht ohne weiteres auf den Beschaffungsvorgang übertragen werden. Es kommt bspw. immer wieder vor, dass die Beschaffungsstellen mit Leuten arbeiten, die in bestimmten Verfahren auch Anbieter sein können, wechselweise Anbieter und Beschaffungsstellen beraten oder mit Stellenwechseln die Seite gewechselt haben. Deswegen geht auch die neue Regelung davon aus, dass die Unabhängigkeit

nicht abstrakt, sondern vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts beurteilt werden muss. Aus diesem Grund wird nicht eine allgemeine Regel aufgestellt, wonach jeder Grad der Vorbefassung zum Ausstand führt, sondern Art. 13 rev. BöB/IVöB zählt fünf Tatbestände auf, bei denen ein Ausstand gegeben ist. Die Aufzählung ist abschliessend und sie bezieht sich immer auf das konkrete aktuelle Beschaffungsverfahren und nicht auf frühere oder später denkbare Beschaffungen. Neben dem persönlichen Interesse an einem Auftrag werden bestimmte Beziehungs- und Verwandtschaftsverhältnisse angeführt, gleich wie auch die Vertretung eines Anbieters mit Vollmacht. Der fünfte Tatbestand ist ein bisschen offener gefasst, indem dort auf Umstände bezogen wird, welche die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.

Ein Ausstandbegehren muss unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorgebracht werden und die Beschaffungsstelle entscheidet über den Ausschluss der betreffenden Person. Für die kantonale Ebene ist zusätzlich vorgesehen, dass die Beschaffungsstelle in den Ausschreibungsunterlagen Personen auch aufgrund eines Verhältnisses zu einem Jurymitglied bei einem Wettbewerb oder Studienauftrag ausschliessen kann.

5. Vorbefassung

Art. 14 rev. BöB/IVöB bestimmt, dass Anbieter, die an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren, nicht für das Angebot zugelassen werden, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern gefährdet. Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, werden aufgezählt in Art. 14 Abs. 2 rev. BöB/IVöB. Es geht um den Ausgleich des Wissensvorsprungs einerseits und andererseits um genügend lange Mindestfristen. Bei der Vorbefassung gehen die Normgeber also nicht grundsätzlich von einem Ausschluss aus, sondern davon, dass ein solcher Ausschluss nur dann zwingend ist, wenn der wirksame Wettbewerb unter den Anbietern gefährdet wird. Während also die Ausschlussgründe absolut formuliert werden, werden die Vorbefassungstatbestände relativ zu deren Auswirkung im konkreten Verfahren gesehen.

Bemerkenswert ist die Ausnahme von Art. 14 Abs. 3 rev. BöB/IVöB, wonach eine der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Abklärung durch den Auftraggeber nicht zur Vorbefassung des angefragten Anbieters führt. Der Auftraggeber muss die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen aber bekannt geben.

6. Marktabklärung

Der Ausnahmetatbestand von Art 14 Abs. 3 rev. BöB/IVöB der Marktabklärung ist ein neues Element, das bisher auch in der Praxis so selten sichtbar war. Mit ihm soll die Beschaffungsstelle innovative Lösungen am Markt abfragen können. Statt der Ausschreibung eines standardisierten Produkts oder einer standardisierten Dienstleistung kann mit der Marktabklärung abgefragt werden, ob für das Problem innovative und neue Lösungen bekannt sind. Nach Auswertung kann die gewünschte, vielleicht innovative Lösung mittels einer klassischen Ausschreibung nachgefragt

werden. Werden bspw. Trinkwasserleitungen klassischerweise in Metallrohren in einem offenen Graben verlegt, kann vielleicht das Einziehen eines Kunststoffschlauches mit einem Pflug bei den entsprechenden Böden eine innovative Lösung sein. Wenn die Beschaffungsstelle diese Lösung nicht kennt und nicht an diese Lösung denkt, schreibt sie lediglich die deutlich teurere klassische Variante mit Metallrohren aus. Für solche Fälle ist die Marktansprache gedacht.

7. Fazit – Funktion vor Form

Der Begriff des Ausstandes und der Vorbefassung im Beschaffungsrecht unterscheidet sich also deutlich von den sonst gebräuchlichen Tatbeständen in der Juristerei und der Politik, weil die Funktion des Begriffs im Beschaffungsrecht im Zentrum steht. Einer der Grundsätze des Beschaffungsrechts ist das Schaffen eines wirksamen Wettbewerbs zur Beschaffung einer bestimmten Leistung, und dieser wirksame Wettbewerb soll durch Ausstandsgründe oder Vorbefassungstatbestände nicht behindert werden. Umgekehrt sollen die gleichen Gründe das Beschaffungsverfahren aber nicht beeinflussen, wenn ein wirksamer Wettbewerb möglich ist. Wenn Ausstandsbegehren zudem gemäss Art. 13 Abs. 2 rev. BöB/IVöB unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrunds vorgebracht werden müssen, entsteht im Verlauf des Verfahrens auch recht schnell Klarheit darüber, ob der Ausstand überhaupt eine Rolle spielen kann. Wer also den Eindruck hat, sein Wettbewerb werde über einen Mitbewerber verschlechtert, der über eine vorteilhafte Ausgangslage verfügt, muss sofort handeln und die entsprechenden Rügen rasch vorbringen. Gemäss Art. 53 rev. BöB/IVöB ist der Entscheid über Ausstandsbegehren ein Anfechtungsobjekt, so dass auch der Nichtentscheid über ein Ausstandsbegehren das gleiche Anfechtungsobjekt darstellt und innerhalb kurzer Fristen zur Diskussion gestellt werden muss.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
bern@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch