



Nathalie Teuscher

MLaw
Substitutin
Telefon +41 58 258 10 00
nathalie.teuscher@bratschi.ch

Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen auf Bundesebene nach der Revision des BÖB

Nach einem langen Hin und Her tritt am 1. Januar 2021 das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1; BÖB) in Kraft. Was ändert sich in Bezug auf den Rechtsschutz?

Im Staatsvertragsbereich wird mit Art. 42 Abs. 2 rev-BöB, welcher überwiegend Art. 22 Abs. 1 BöB entspricht, neu ausdrücklich festgehalten, dass mit dem Vertragsabschluss bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zugewartet werden muss. Zudem wird in Art. 42 Abs. 3 rev-BöB statuiert, dass der Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden darf, wenn ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht gestellt oder abgelehnt wurde. Damit wird im Ergebnis die heute richterrechtlich festgelegte Standstill-Regel gesetzlich verankert. Es ergibt sich eine Standstill-Periode von maximal 25 Tagen (Übermittlungsfristen der Gesuche und Benachrichtigung durch das zuständige Gericht). Der Weiterzug eines abschlägigen Zwischenentscheidens an das Bundesgericht hat bereits gestützt auf Art. 103 Abs. 1 BGG keine aufschiebende Wirkung. Da aber ein unmittelbarer Vertragsschluss rechtsmissbräuchlich sein könnte, ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Warteperiode von fünf Tagen zu beachten. Diese Praxis wird weiterhin massgeblich sein.

Art. 42 Abs. 1 rev-BöB statuiert neu ausdrücklich, dass ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ein Vertrag nach erfolgtem Zuschlag abgeschlossen werden darf. Damit wird das öffentlich-rechtliche Abschlussverbot beseitigt.

Gleichzeitig soll es neu ausserhalb des Staatsvertragsbereichs möglich sein, eine Beschwerde gegen Verfügungen zu erheben. Indessen kann mit der Beschwerde nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung beantragt werden (Art. 52 Abs. 2 rev-BöB). Adhäsionsweise – dies gilt übrigens auch für den Staatsvertragsbereich – kann Schadenersatz verlangt werden, worüber die Beschwerdeinstanz entscheidet (Art. 58 Abs. 3 rev-BöB). Der praktische Nutzen erscheint jedoch fraglich, denn der Schadenersatzanspruch umfasst wie bisher lediglich die Offertkosten (Kosten im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots). Insgesamt ist die Verbesserung des Rechtsschutzes ausserhalb des Staatsvertragsbereichs somit minim.

Zur Frage der aufschiebenden Wirkung soll in der Regel nur ein Schriftenwechsel stattfinden (Art. 54 Abs. 2 rev-BöB). Mit der Möglichkeit eines ausnahmsweisen zweiten Schriftenwechsels kann komplexen Fällen oder unerwarteten, ausschlaggebenden Noven seitens der Vergabestelle genügend Rechnung getragen werden.

Rechtsmissbräuchliche oder treuwidrige Gesuche um aufschiebende Wirkung sollen nicht geschützt werden. Allfällige Schadenersatzansprüche der Auftraggeberin oder der berücksichtigten Anbieterin wären von den Zivilgerichten zu beurteilen (Art. 54 Abs. 3 rev-BöB). Auf den ersten Blick scheint eine solche Regelung im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot begrüßenswert. Allerdings wird im Rahmen der Prüfung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen sein, ob es nicht als unwahrscheinlich erscheint, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Es müsste sich mit anderen Worten das Rechtsmittel als solches als rechtsmissbräuchlich erweisen, damit auch ein Gesuch um aufschiebende Wirkung rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig ist. Dies wird jedoch gemäss Praxis kaum je bejaht.

Zusammenfassend zeigt sich, dass es Klarstellungen gibt, der Rechtsschutz aber nur geringfügig verbessert wird und dem Beschleunigungsgebot nach wie vor ein hoher Stellenwert zukommt.