



Corina Fuhrer
Dr. iur., Substitutin
Telefon +41 58 258 10 00
corina.fuhrer@bratschi.ch



Ramona Keist
MLaw, Substitutin
Telefon +41 58 258 10 00
ramona.keist@bratschi.ch

Reformatorische Entscheide durch die kantonale Beschwerdeinstanz

Korrigiert die kantonale Beschwerdeinstanz eine fehlerhafte Anwendung der Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde und gelangt sie zur Erkenntnis, dass eine entsprechende Neubewertung der Angebote vorzunehmen ist, darf die Neubewertung nicht nur auf die Angebote der vormaligen Zuschlagsempfängerin und der anfechtenden Anbieterin beschränkt werden. Vielmehr müssen bei der Bewertung anhand des korrigierten Prüfungsmaßstabs die Angebote sämtlicher Anbieterinnen in gleicher Weise berücksichtigt werden.

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde ans Bundesgericht unter anderem nur dann zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, deren Entscheidung für die Praxis wegleitend sein kann.¹ Mit Urteil vom 22. Januar 2020 äusserte sich das oberste Gericht in diesem Sinne zur bislang ungeklärten Frage, ob die kantonale Beschwerdeinstanz im Rahmen eines reformatorischen Urteils das Angebot der zweitplatzierten Anbieterin unberücksichtigt lassen darf, weil diese kein Rechtsmittel ergriffen hat, und den Zuschlag direkt der drittplatzierten, beschwerdeführenden Partei erteilen könne (BGer 2C_979/2018).

In einem früheren Entscheid (BGE 141 II 14) hatte das Bundesgericht zwar bereits geklärt, dass die Aufhebung eines Zuschlags in einem Beschwerdeverfahren ungeteilte Wirkung für sämtliche am Vergabeverfahren beteiligte Anbieterinnen entfalte. Indes noch offen blieb, was dies hinsichtlich der Kompetenz der kantonalen Beschwerdeinstanz bedeutet, wenn jene einen Zuschlag nicht nur aufhebt, sondern in der Sache eigens einen neuen Entscheid (ein sog. reformatorisches Urteil) fällt.

Im konkret zu beurteilenden Fall beanstandete die erstplatzierte Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Zuschlagsverfügung aufgrund fehlerhafter Anwendung der Zuschlagskriterien nicht nur aufgehoben, sondern den Zuschlag mit reformatorischem Urteil gestützt auf eigens korrigierte Bewertungskriterien auch direkt an die im Vergabeverfahren drittplatzierte Anbieterin erteilt hatte. Die weiteren Angebote der nicht am Rechtsmittelverfahren beteiligten Anbieterinnen hatte die Vorinstanz hingegen weitgehend unberücksichtigt gelassen.

¹ Vgl. auch die Publikation auf unserem Blog öffentliches Verfahrensrecht von Patrice Martin Zumsteg, [Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung](#).

Art. 18 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) räumt der Beschwerdeinstanz die Kompetenz ein, die Aufhebung der Zuschlagsverfügung zu beschliessen und in der Sache selbst zu entscheiden, falls der beschaffungsrechtliche Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin noch nicht abgeschlossen ist. Eines entsprechenden Antrags der Vergabebehörde auf die direkte Erteilung des Zuschlags bedarf es nicht. Angesichts des grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörde ist diese Kompetenz durch die Beschwerdeinstanz allerdings nur mit Zurückhaltung wahrzunehmen und die Angelegenheit im Grundsatz an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Nur in Konstellationen, welche hinreichend geklärt sind, kommt ein reformatorischer Entscheid in Frage. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn am Vergabeverfahren nur zwei Anbieterinnen teilnehmen oder aus sonstigen Gründen für den Zuschlag nur die nächstbesser platzierte Anbieterin in Frage kommt. Als Ausfluss des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes hat die Beschwerdeinstanz zudem dem haushälterischen Umgang mit den öffentlichen Mitteln zu beachten und sicherzustellen, dass der Zuschlag der Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wird. Ist zweifelhaft, ob die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat, ist die Angelegenheit zur Neubewertung der Angebote anhand des, von der kantonalen Beschwerdeinstanz korrigierten, Prüfungsmassstabs an die Vergabebehörde zurückzuweisen.

Im vorliegenden Verfahren, in welchem die Vorinstanz diverse Korrekturen bei der Anwendung verschiedener Zuschlagskriterien vornahm, war nicht hinreichend erstellt, welche Anbieterin das wirtschaftlich günstige Angebot offeriert hatte. Mangels der erforderlichen Klarheit bedurfte es daher der Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabebehörde, welche im Rahmen ihrer Neubewertung, anhand des korrigierten Prüfungsmassstabs, die anderen Anbieterinnen wieder ins Vergabeverfahren einbeziehen muss. Mit Blick auf die zweitplatzierte Anbieterin, welche kein Rechtsmittel gegen den Vergabeentscheid der Vergabebehörde ergriffen hatte, hielt das Bundesgericht zudem fest, dass diese Anbieterin dadurch lediglich ihre Akzeptanz des Zuschlags unter dem von der Vergabebehörde angewendeten Prüfungsmassstab ausdrücke. Hingegen nicht zum Ausdruck bringe sie damit, dass sie auch mit einem Zuschlag an eine andere am Vergabeverfahren beteiligte, schlechter platzierte Anbieterin einverstanden sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn sich der Prüfungsmassstab veränderte, weshalb nun wieder sämtliche Anbieterinnen zu berücksichtigen seien, die für den Zuschlag in Frage kommen.

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