

## Einsprachen bei öffentlichen Vergaben

### Ausgangslage

Bei öffentlichen Beschaffungen von Bauleistungen wirkt ein grosser Preis- und Zeitdruck auf die Anbieter. Gleichzeitig bestehen viele Risiken im Zusammenhang mit dem Projekt wie Mengenrisiken, Baugrundrisiken oder Terminrisiken. Es kann vorkommen, dass im Beschaffungsprozess Ungereimtheiten oder sogar Fehler bestehen. Diese können die Ausschreibung oder den Zuschlagsentscheid beeinflussen. Um Klarheit über den Zuschlagsprozess zu erhalten oder einen Zuschlag anzufechten, ist der Weg an das Gericht notwendig.

### Rahmenbedingungen

Das Gesetz über öffentliche Beschaffungen definiert die Schwellenwerte und Verfahren für öffentliche Beschaffungen. Für Bauarbeiten im Bauhauptgewerbe sind diese folgendermassen definiert:

Verfahrensart	Auftragswert im Nicht-Staatsvertragsbereich
Freihändige Vergabe	Unter 300'000 CHF
Einladungsverfahren	Unter 500'000 CHF
Offenes / selektives verfahren	Über 500'000 CHF

Der Schwellenwert für Aufträge im Staatsvertragsbereich GPA beträgt für Kantone und Behörden sowie öffentliche Unternehmen 8,7 Mio. CHF.

Je nach Schwellenwerten und Verfahren ergeben sich unterschiedliche Vorgaben bezüglich Publikation des Zuschlages und der Absageschreiben. Ausserdem gelten je nach Kanton andere Beschwerdeverfahren und sind andere Gerichte zuständig. Grundsätzlich kann eine Beschwerde oder Einsprache nur gegen Mitteilungen mit Verordnungscharakter (Verfügung) eingereicht werden.

Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten insbesondere die Ausschreibung, der Entscheid über Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren, der Ausschluss, der Zuschlag, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens.

Eine Beschwerde oder Einsprache gegen ein Offertöffnungsprotokoll kann also nicht gemacht werden. Kantonale Unterschiede bestehen auch in der Handhabung der Akteneinsicht. Welche Instanz zuständig ist und wie lange man zur Beschwerde oder Einsprache Zeit hat, lässt sich in der Regel direkt aus der Rechtsbelehrung auf der Verfügung entnehmen.

### Gründe für Einsprachen

Gründe für eine Einsprache gegen eine Ausschreibung sind Rechtsverletzungen und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Unter Ermessensmissbrauch sind alle nicht erklärbaren Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben zu verstehen. Beispiele hierfür sind das unbegründete Unterschreiten der 40 tägigen Frist zur Bearbeitung und Einreichung der Angebote oder falsche oder fehlende Angaben zum Rechtsweg.

Grosse Preisunterschiede unter den Angeboten können ein Indiz sein für vage Ausschreibungen und damit unvollständige Feststellung des Sachverhalts und unterschiedliche Interpretationen bezüglich der zu erbringenden Leistungen. Die Lohnkosten haben einen massgebenden Einfluss auf die Preisbildung. Sehr tiefpreisige Angebote können, besonders bei standardisierten Leistungen, auf Nichteinhalten der

Lohnbestimmungen beruhen. Das Informationssystem Allianz Bau bietet hier eine einfache und transparente Möglichkeit zur Prüfung der Anbieter. Ein Verstoss gegen die Arbeitsschutzbestimmungen oder die Arbeitsbedingungen muss als Nichterfüllung der Eignungskriterien verstanden werden und erfordert den Ausschluss eines Anbieters durch die Beschaffungsstelle.

### **Konkretes Vorgehen**

Zur Feststellung des konkreten Sachverhalts und zur Beurteilung, ob ein unrechtmässiger Wettbewerbsvorteil vorliegt oder ob die Submissionsbestimmungen nicht eingehalten wurden, muss die Beschaffungsstelle die Unterlagen zur Einsicht offenlegen. Die Offenlegung erfolgt nach den jeweils geltenden kantonalen oder nationalen Vorgaben aufgrund der kurzen Beschwerdefrist von zehn Tagen häufig erst nach Beschwerde an die zuständige Instanz. Die Beschwerde muss eine Begründung und einen Antrag enthalten.

Als Begründungen können angeführt werden:

- Verdacht auf Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen
- Ungleichbehandlung der Anbieter
- Interessenskonflikte
- Vorbefassung
- Abgebotsrunden
- Wettbewerbsabreden
- Nicht bezahlte Steuern oder Sozialabgaben

Als geforderter Antrag bestehen zwei unterschiedliche Möglichkeiten, je nach Schwere des Sachverhaltes:

- Widerruf der aktuellen Zuschlagsverfügung und Zuschlag an den / die Anbieter, welche die maximale Punktezahl nach dem Beurteilungsverfahren erhalten hat.
- Abbruch des Beschaffungsverfahrens, neue Ausschreibung und Ausschluss des Anbieters, eventuell inkl. der beteiligten Projektleiter und Projektverfasser.

### **Empfehlung von Infra Suisse**

Der Entscheid zur Einsprache gegen eine Vergabe oder gegen eine Ausschreibung, muss sorgfältig abgewogen werden. Die massgebenden Regelwerke sind

- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen BöB
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VöB
- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB
- Kantonale Submissionsgesetze und kantonale Verordnungen

September 2020