

# KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 22/November 2007

## Freihändige Verfahren unter Konkurrenz

Das Bundesgericht hat am 11. Februar 2005 einen Entscheid im Zusammenhang mit der freihändigen Vergabe gefällt, der vielerorts zu Diskussionen geführt hat (2P.189/2004). Die Berner Gemeinde Sigriswil hatte drei Unternehmungen zur Einreichung von Offerten für Kücheneinrichtungen im kommunalen Alters- und Pflegeheim eingeladen. Der bei der Vergabe nicht berücksichtigte Bewerber, der mit rund Fr. 16'000 das günstigste Angebot eingereicht hatte, focht die Vergabeverfügung beim zuständigen Regierungsstatthalter an. Dieser trat auf die Be-

schwerde nicht ein, da gemäss dem kantonalen Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder tieferer kommunaler Schwellenwerte (hier gemäss Beschaffungsreglement der Gemeinde Sigriswil Fr. 50'000) nicht anfechtbar seien. Nachdem eine Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Bern erfolglos geblieben war, führte der nicht berücksichtigte Bewerber staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Er rügte eine Verletzung von Art. 9 des Binnenmarktgesetzes (BGBM),



Lic. iur. Susanne Sieber (links), Firma Publics und lic. iur. Sandra Eberle (rechts), Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen, Stadt Winterthur

### Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Am 11. Februar 2005 hat das Bundesgericht im Fall «Sigriswil» einen Entscheid getroffen, der seither immer wieder zu Diskussionen auch im Kanton Zürich führt. Dieser Bundesgerichtsentscheid behandelt die Handhabung der freihändigen Vergabe im Kanton Bern. Bei der Frage, ob dieser Entscheid auch auf den Kanton Zürich anzuwenden ist, scheiden sich die Geister. Gerade weil für kleine Gemeinden die Limiten bei der freihändigen Vergabe sehr hoch sind, wenden diese oftmals freiwillig das Einladungsverfahren an. Es ist anzunehmen, dass es auch Gemeinden gibt, die im Freihändigen Verfahren ab einem gewissen Betrag mehrere Offerten einholen, obwohl dies gemäss IVöB bislang nicht als zulässig erachtet wurde. Die Frage ist jetzt aber berechtigt, ob dieses Vorgehen, nach dem Urteil des Bundesgerichts, nicht auch ein gangbarer und zulässiger Weg ist.

Um die kontroversen Meinungen dieses Entscheides darzustellen, veröffentlichen wir in dieser Nummer des KRITERIUM ein Streitgespräch zwischen Frau lic. iur. Susanne Sieber und Frau lic. iur. Sandra Eberle. Wir hoffen, mit der Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen einen Beitrag zu Ihrer Meinungsbildung zu leisten. Da noch kein entsprechender Gerichtsentscheid im Kanton Zürich vorliegt, müssen die Vergabebehörden selber entscheiden, nach welchen Kriterien sie eine freihändige Vergabe durchführen. Erst nach Vorliegen eines entsprechenden Entscheides können wir mit Sicherheit sagen, wie weit die «Berner Praxis» Auswirkungen auf den Kanton Zürich hat. Ich möchte die Gerichte ja nicht mit Arbeit belasten, in diesem Fall warte ich aber gespannt auf ein solches Urteil des Verwaltungsgerichts.

Für das Redaktionsteam  
Cyrill Bühler, Gemeinde Thalheim

wonach Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind und das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsehen muss.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass Art. 9 BGBM nicht verlange, dass für jede kleine und kleinste Vergabe der öffentlichen Hand ein förmliches Verfahren durchgeführt und entsprechende Anordnungen unabhängig vom Wert des Auftrages immer in die Form einer anfechtbaren Verfügung gekleidet werden müssen. Soweit der kantonale Gesetzgeber unterhalb der von ihm bestimmten Schwellenwerte die freihändige Vergabe vorsehe, müsse auch grundsätzlich kein förmlicher Vergabeentscheid ergehen, der Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens bilden könne. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der freihändigen Vergabe, die bei niedrigen Beträgen regelmässig auf eine formlose und rasche Abwicklung der betreffenden Beschaffung ausgerichtet sei, wenn vor dem Vollzug der freihändig erfolgten Vergabe das Ergebnis eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens abgewartet werden müsste. Dass die Gemeinde im Rahmen der freihändigen Vergabe mehrere Offerten eingeholt und diese miteinander verglichen hat, hat nach Ansicht des Bundesgerichts nicht zur Folge, dass deswegen eine Anfechtungsmöglichkeit der Offerenten gegen den Zuschlag eröffnet werden müsste. Es wäre sachwidrig, ein solches Vorgehen, das auch bei einer freihändigen Vergabe zweckmässig sein kann, durch das Risiko von Rechtsmittelverfahren zu erschweren.

Dieser BGE hat bei den Vergabestellen zu Diskussionen Anlass gegeben. Im Folgenden äussern sich zwei Expertinnen im Vergabewesen zur Tragweite des Entscheides insbesondere auch für den Kanton Zürich.

Das Gespräch führten  
Cyrill Bühler und Peter Hösli.

*Redaktion: Was leiten Sie aus dem Bundesgerichtsurteil «Sigriswil» für den Kanton Zürich ab?*

■ Susanne Sieber (S.S.): Aus meiner Sicht ist wesentlich, dass das Bundesgericht in diesem Urteil festgestellt hat, dass der Gesetzgeber bewusst für niedrige Vergabewerte ein einfaches und formloses Verfahren definieren und ausgestalten wollte. Ich leite aus dem Urteil ab, dass das freihändige Verfahren – vor allem für die Gemeinden im Kanton Zürich – eine solche einfache Verfahrensart darstellen soll und dass die Gemeinden innerhalb dieser Verfahrensart einen Spielraum nutzen können. Zu diesem Spielraum gehört auch, eine Konkurrenzofferte beizuziehen, wenn es den Gemeinden angezeigt scheint.

■ Sandra Eberle (S.E.): Bei genauer Lektüre des Entscheides zeigt sich, dass das Bundesgericht sehr stark auf die für die Vergabestellen des Bundes geltende Gesetzgebung abstellt, bei der im unterschweligen Bereich kein Rechtsschutz besteht. Gleichzeitig verweist das Bundesgericht immer wieder auch auf das Binnenmarktgesetz, wo der Rechtsschutz wieder verlangt wird. Für das im Kanton Zürich geltende Verfahren lässt sich daher nicht allzu viel ableiten. In Bezug auf die hier geltenden Vorschriften – Submissionsverordnung und Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) – stellt das freihändige Verfahren unter Konkurrenz, wie wir das hier nennen wollen, eine weitere Verfahrensart dar, die es bei uns eigentlich gar nicht gibt.

*Lässt sich ein solches «freihändiges Verfahren unter Konkurrenz» mit den Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen in Einklang bringen?*

■ S.S.: Da ich davon ausgehe, dass das Bundesgerichtsurteil mit seinen Ausführungen den Freiraum der freihändigen Vergabe grosszügig definiert hat, stellt sich für mich kein Widerspruch zur IVöB, die das freihändige Verfahren als eine Vergabeart aufführt (Art. 12). Es ist nicht

anzunehmen, dass ein freihändiges Verfahren dann zu einem Einladungsverfahren wird, wenn Konkurrenzofferten eingeholt werden.

■ S.E.: Das sehe ich anders. Meines Erachtens ist die in Art. 12 IVöB enthaltene Aufzählung der Verfahrensarten abschliessend. Lit. c von Art. 12 besagt ausdrücklich, dass beim freihändigen Verfahren die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt. Das schliesst aus, dass mehrere Offerten eingeholt werden. Dies hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seiner Entscheidung vom 9. Juli 2003 (VB.2002.00044) auch so bestätigt. In diesem Fall ging es darum, dass bei einer freihändigen Vergabe, bei welcher die Offerte als zu hoch erschienen war, zwei weitere Offerten eingeholt wurden. Das Verwaltungsgericht erkannte, dass man sich bei einem solchen Vorgehen im Einladungsverfahren bewege und die entsprechenden Formvorschriften eingehalten werden müssten.

■ S.S.: Da würde mich jetzt das nächste Verwaltungsgerichtsurteil interessieren, das sich mit der Argumentation des Bundesgerichtsentscheides «Sigriswil» auseinandersetzt. Auch in der Lehre ist häufig festgestellt worden, dass es das Bundesgericht eben ausdrücklich zulässt, dass der Bezug weiterer Offerten diesen formlosen Raum der freihändigen Vergabe nicht ändert. Art. 12 IVöB schliesst nicht aus, dass eine Vergabestelle einen Auftrag ohne Ausschreibung vergibt und dabei im Verlaufe des gewählten freihändigen Verfahrens Konkurrenzofferten einholt.

*Lässt sich in diesen freihändigen Verfahren unter Konkurrenz noch eine verlässliche Grenze zum Einladungsverfahren ziehen?*

■ S.S.: Ich halte es für wichtig, diese Grenze zu ziehen. Es ist wichtig, dass die Vergabestellen sich entscheiden, entweder ein freihändiges Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchzuführen. Es ist ein wesentlicher Punkt, die freihändige Vergabe nicht als vereinfachtes Einla-

dungsverfahren zu missbrauchen. Als Abgrenzungskriterium kann beispielsweise darauf abgestellt werden, ob ein detaillierter Leistungsbeschreibung notwendig ist oder nicht. Ist eine detaillierte Beschreibung der nachgefragten Leistung notwendig, würde ich der Vergabestelle empfehlen, ein Einladungsverfahren durchzuführen.

*Ist im Rahmen eines freihändigen Verfahrens unter Konkurrenz eine Abgebotsrunde zulässig? Darf man über die Preise diskutieren?*

■ S.S.: Ich tendiere dazu, ja zu sagen. Gemäss Argumentation des Bundesgerichts soll die Vergabestelle diesen Spielraum haben. Es gibt aber andere, nicht-juristische Gründe, hier doch eine gewisse Zurückhaltung beizubehalten, und zwar aus Sicht der Anbietenden. Ich halte es für problematisch, wenn die Vergabestelle vorerst bei einem Anbieter eine Offerte einholt, um den internen Aufwand für eine detaillierte Leistungsbeschreibung zu sparen. Es wäre unfair, auf die intensive Mitarbeit des entsprechenden Anbieters abzustellen, um alsdann andere Offerten einzuholen und eine Abgebotsrunde durchzuführen. Dies wäre zwar juristisch wohl zulässig, ist aber aus Gründen der Fairness abzulehnen.

■ S.E.: Ich frage mich, wieso man ein solches Vorgehen dann noch «freihändiges Verfahren» nennt, wenn man nicht vom Vorteil der Preisverhandlungen profitieren will. Im freihändigen Verfahren darf man über den Preis mit dem Anbietenden diskutieren. Sobald mehrere Teilnehmende da sind, ist es kein freihändiges Verfahren mehr. Also gibt es auch keine Abgebotsrunden. Wenn die Anbietenden der öffentliche Hand ein Angebot unter Konkurrenz einreichen, müssen sie sich darauf verlassen können, dass es das einzige Angebot ist, das sie machen müssen, und dass sie nicht noch Verhandlungsspielraum einplanen müssen.

*Werden die Anbietenden bei einer Vergabe unter Konkurrenz im freihändigen Verfahren darüber*

*informiert, dass dies unter Konkurrenz erfolgen soll? Weiss die Unternehmerin oder der Unternehmer, dass mehrere Offerten eingeholt werden?*

■ S.S.: Dies wäre ein faires Geschäftsgefahren. Geht ein Anbietender davon aus, dass er den Auftrag erhalten wird, dann wird er bereits bei der Offertstellung weitere Vorarbeiten tätigen, die er nicht tätigen würde, wenn er wüsste, dass er in einer Konkurrenzsituation steht. Es kommt aber immer wieder vor, dass eigentlich eine Direktvergabe angestrebt wird, sich dann aber im Verlaufe des Verfahrens ergibt, dass zum Beispiel der Preis viel höher ist, als veranschlagt wurde, oder dass auf dem Markt noch andere Lösungsvarianten angeboten werden. Hier soll es möglich sein, auch diese zweite Lösung noch anzuschauen.

■ S.E.: In diesem Fall müsste aber dem ersten Anbieter auch Gelegenheit gegeben werden, die zweite Lösung anzubieten. Dies nicht nur, um die Angebote überhaupt vergleichbar zu machen, sondern dies gebieten auch die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz. Diese Grundsätze gelten in allen Vergabearten und müssen somit auch im freihändigen Verfahren unter Konkurrenz beachtet werden.

■ S.S.: Das trifft zu. In Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung ist freilich darauf hinzuweisen, dass dieser im freihändigen Verfahren vor allem bei der Frage, welcher Unternehmer eingeladen wird, bedeutsam ist. Mit der freihändigen Vergabe soll ganz bewusst der Spielraum genutzt werden, unter den Unternehmenden abzuwechseln. Die Gleichbehandlung der Anbietenden muss in der freihändigen Vergabe darin verwirklicht werden, dass sie überhaupt angesprochen werden und in einem gewissen Turnus zum Zuge kommen.

*Bedeutet es für die Vergabestellen nicht einen beträchtlichen Mehraufwand, jedes Mal, wenn eine Konkurrenzofferte eingeholt werden soll, ein förmliches Einla-*

*dungsverfahren durchzuführen?*

■ S.E.: Nicht unbedingt. In einem ersten Schritt wird ohnehin immer gemeindeintern abgeklärt, in wessen Kompetenz der Vergabeentscheid liegt. Es braucht also eine Kostenschätzung nur schon zur Abklärung, ob die Entscheidungskompetenz beim Gemeindeschreiber oder beim Gemeinderat liegt, oder ob es einen weitergehenden Beschluss braucht. Weiter muss ein Leistungsbeschreibung erstellt werden, ob für ein freihändiges Verfahren unter Konkurrenz oder für ein Einladungsverfahren. Es werden sodann geeignete Teilnehmende zur Offertstellung aufgefordert bzw. eingeladen. Ebenso wird eine Eignungsabklärung stattfinden. Dann wird den Teilnehmern auch ein Termin gesetzt. Was man sich spart, ist die Offertöffnung. Das formelle Protokoll braucht es in einem freihändigen Verfahren unter Konkurrenz zwar nicht, doch wird man auch beim letzteren eine Aufstellung machen, um die Offerten vergleichen und die Vergabe vornehmen zu können. Bei den Abgebotsrunden entsteht meiner Meinung nach beim freihändigen Verfahren unter Konkurrenz sogar ein Mehraufwand, weil die Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsätze auch in diesem Fall eingehalten werden müssen. Man darf also auch im freihändigen Verfahren unter Konkurrenz nicht nur mit einem Anbietenden Preisverhandlungen führen. Das ist wesentlich aufwändiger, als wenn man keine Verhandlungen führen muss. Letztendlich verbleibt die Frage des Beschwerderechts. Den Teilnehmenden wird die Beschwerdemöglichkeit genommen, wenn man freihändig unter Konkurrenz vergibt und keine Verfügung erlässt.

■ S.S.: Da sind wir am Punkt, wo wir uns grundsätzlich unterscheiden. Ich denke nicht, dass das Beschwerderecht genommen wird, weil es ursprünglich gar nicht bestanden hat. Ich gehe davon aus, dass es sogar im Sinne des Gesetzgebers war, einen Raum zu schaffen, der diesem Beschwerderecht nicht unterliegt. Beim Aufwand bin ich ganz anderer Ansicht. Wenn sich jemand im Submissionswesen



sehr versiert bewegt – zum Beispiel eine Stadt, die dank vielen Submissionsverfahren über entsprechende Erfahrung verfügt – dann lässt sich auch ein Einladungsverfahren mit relativ kleinem Aufwand bewältigen. Für kleinere Gemeinden hingegen, die nicht über ein solches «Kompetenzzentrum Submission» verfügen, ist es ein gewaltiger Unterschied. Gerade für kleine und mittlere Gemeinden stellt das Submissionsverfahren sehr hohe formale Anforderungen. Nur schon eine saubere Leistungsdefinition vorzunehmen, kann sehr komplex sein für Personen, die das sehr selten machen.

*Sollen die Gemeinden eine eigene, interne Schwelle festlegen, bis zu welcher eine freihändige Vergabe erfolgen darf?*

■ S.S.: Ich würde in jedem Fall den Gemeinden empfehlen, die Frage von Schwellenwerten zu diskutieren, Vor- und Nachteile abzuwägen und eine Schwelle zu

setzen. Wo diese Schwelle anzusetzen ist, hängt von der Grösse der Gemeinde, deren Finanzhaushalt usw. ab und lässt sich deshalb nicht generell-abstrakt festlegen. Auch müssen immer Ausnahmen möglich bleiben. Unterhalb der Schwelle soll dann aber von der Möglichkeit der direkten Vergabe Gebrauch gemacht werden. Ganz grundsätzlich sollen die Gemeinden die freihändige Vergabe im Sinne der konkurrenzlosen Direktvergabe mutiger einsetzen.

*Was empfehlen Sie den Gemeinden im Bereich der freihändigen Vergabe?*

■ S.E.: Keine Gemeinde – weder eine grosse noch eine kleine – vergibt einen Auftrag freihändig ganz knapp unterhalb der Schwellenwerte, wenn sie nicht einen bestimmten Grund dazu hat. Einen Auftrag im Baunebengewerbe für rund 145'000 Franken wird keine Gemeinde ohne Konkurrenzofferte vergeben – freihändig. Obwohl sie es dürf-

te. Ich würde den Gemeinden ebenfalls empfehlen, kommunale Schwellenwerte festzulegen, ab wann sie freiwillige Einladungsverfahren durchführen und bis zu welcher Vergabehöhe sie – etwa zum Sammeln von Erfahrungen mit neu auftretenden Marktteilnehmenden oder aus welchem Grund auch immer – direkt vergeben.

■ S.S.: Wichtig ist, dass sich die Gemeinden überlegen, wo der Spielraum für die freihändige Vergabe sein und wo das freiwillige Einladungsverfahren angewendet werden soll. Diese Grenze ist zu diskutieren und festzusetzen. In einem begründeten Einzelfall kann auch einmal anders vorgegangen werden, aber dann ist dieser Freiraum für die freihändige Vergabe zu nutzen. Innerhalb dieses Spielraums für die freihändige Vergabe halte ich es für zulässig, auch eine Konkurrenzofferte beizuziehen, sei das von Anfang an oder erst im Verlaufe des Beschaffungsverfahrens.

## Neue Bundesrechtsmittel gegen kantonale Vergabeentscheide

Dr. Felix Jost, Baudirektion Kanton Zürich, Hochbauamt



Mit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) am 1. Januar 2007 wurde der bisher komplizierte Beschwerdeweg ans Bundesgericht durch ein deutlich einfacheres Rechtsmittelsystem ersetzt. Dieses besteht im

Wesentlichen aus drei so genannten Einheitsbeschwerden, der Beschwerde in Zivilsachen, der Beschwerde in Strafsachen und der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Es sieht zudem die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vor. Ironischerweise führt das BGG im Bereich des kantonalen Beschaffungswesens jedoch nicht zu einer Vereinfachung, sondern im Gegenteil zu einer erheblichen Verkomplizierung des Rechtsmittelwegs: Während nach altem Recht gegen Entscheide des kantonalen Verwaltungsgerichts einzig und allein die staatsrechtliche Beschwerde in Betracht fiel, ist nach neuem Recht stets zu prüfen, ob gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide die (Einheits-)Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur

Verfügung steht oder ob stattdessen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergriffen werden muss.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) geht der subsidiären Verfassungsbeschwerde vor und ist für die Beschwerdeführerin oder den Beschwerdeführer vorteilhafter. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist im Bereich des Beschaffungswesens jedoch nur dann zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) oder des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über

bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erreicht (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG). Wohlgermerkt: Auch wenn es um kantonale Entscheide in Anwendung des kantonalen (bzw. interkantonalen) Rechts geht, müssen für die Frage des zulässigen Rechtsmittels stets die Schwellenwerte des Bundesrechts bzw. des Staatsvertragsrechts konsultiert werden. Die Schwellenwerte des BoeB bzw. des bilateralen Übereinkommens sind mit jenen der Inter-

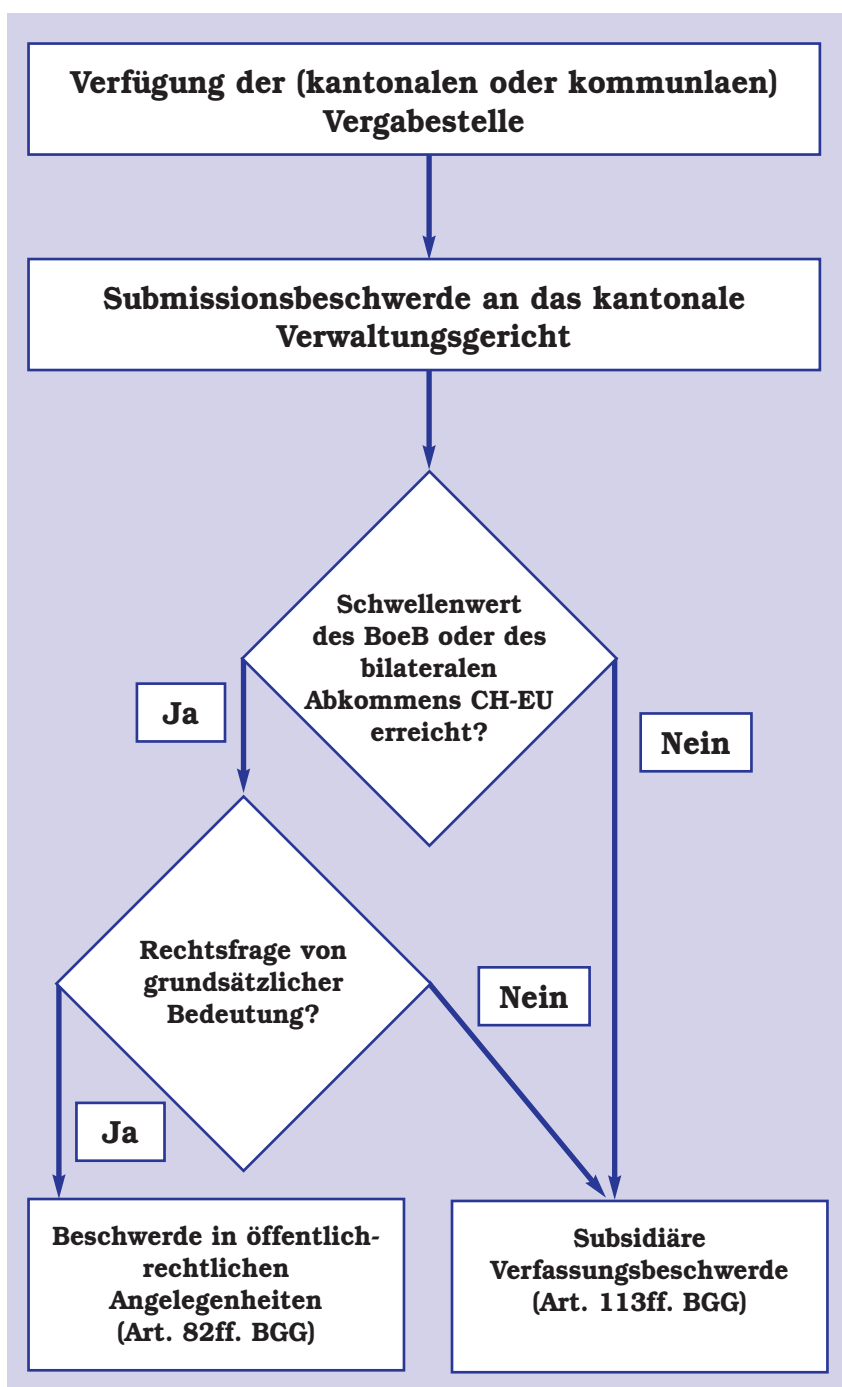
kantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) nicht identisch. Sodann kommt die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nur in Betracht, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG). Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung einigen Interpretationsspielraum offen lässt. Anzumerken ist, dass die Bestimmung von Art. 83 lit. f. BGG so unver-

ständig abgefasst wurde, dass nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden kann, ob die beiden genannten Anforderungen (Schwellenwert, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) kumulativ erfüllt sein müssen oder nicht. Gestützt auf eine grammatikalische Auslegung geht die herrschende Lehre davon aus, dass gleichzeitig beide Voraussetzungen gegeben sein müssen.

Sind die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht erfüllt, kann gegen letztinstanzliche kantonale Vergabeentscheide subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) ergriffen werden. Die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten ist jedoch für den Rechtsuchenden in verschiedener Hinsicht wirkungsvoller als die subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Während bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden kann, sind bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die zulässigen Beschwerdegründe erheblich weiter gefasst: Es kann die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, interkantonalem Recht (d.h. insbesondere der IVöB) sowie von kantonalen verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. In der Regel hat sich somit das Bundesgericht im Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde auf eine reine Willkürprüfung zu beschränken, wohingegen die erweiterte Überprüfungsmöglichkeit bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dazu führen wird, dass die bisher uneinheitliche kantonale Rechtsprechung zur IVöB zumindest teilweise auf einen gemeinsamen Nenner gebracht wird. Rein kantonales Vergaberecht darf auch bei der der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wie bisher vom Bundesgericht nur mit Bezug auf Verfassungsverletzungen überprüft werden.

Sowohl mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wie auch mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann ferner eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung beanstandet werden; der

### Schematische Darstellung über die Bundesrechtsmittel gegen knatonale Vergabeentscheide:



## Projekt simap2 gescheitert

Am 3. September 2007 teilte das Eidgenössische Finanzdepartement mit, dass sich der Bund und die Generalunternehmerin Swisscom IT Services geeinigt hätten, das Projekt simap2 zu beenden. Beide Parteien seien zum Schluss gekommen, dass das Projekt unter den heutigen Umständen und in der vorgesehenen Art nicht realisiert werden könne. Simap2 hatte zum Ziel, eine erweiterte Plattform aufzubauen, auf der Bund, Kantone und Gemeinden ihre Ausschreibungen elektronisch abwickeln können und die Beschaffungsabwicklung umfassend unterstützt. Dem Bund entstehe durch das vorzeitige Projektende kein finanzieller Schaden.

Dieses Ergebnis der Bemühungen für eine webbasierende Vergabepattform für das öffentliche Beschaffungswesen ist enttäuschend; man steht vor einem Scherbenhaufen. In einem ersten Schritt sollen nun umfassende Verbesserungen für simap1 in die Wege geleitet werden. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob und auf welcher Grundlage ein neuer Anlauf für die Weiterentwicklung einer elektronischen Plattform für die Abwicklung von Vergabeprozessen genommen werden kann.

Rechtsschutz dürfte diesbezüglich bei beiden Beschwerden in etwa derselbe sein, auch wenn das Gesetz unterschiedliche Formulierungen verwendet (Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG).

Mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation wird bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde ein so genanntes «rechtlich geschütztes Interesse» verlangt, wohingegen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch derjenige legitimiert ist, der bloss ein rein faktisches Interesse am Verfahrensausgang hat. Allerdings dürfte im Beschaffungswesen diese Unterscheidung keine grosse praktische Rolle spielen. Wie schon bisher sind nur kommunale Vergabestellen, die sich auf die Gemeindeautonomie berufen können, dazu befugt, kantonale Verwaltungsgerichtsentscheide ans Bundesgericht weiter zu ziehen (Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG); kantonale Vergabestellen ist diese Möglichkeit verwehrt, weil das BGG keine allgemeine Behördenbeschwerde kennt.

Aufgrund der regelmässig vorhandenen Unsicherheit über das zulässige Rechtsmittel empfiehlt es sich bisweilen, gleichzeitig Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre

Verfassungsbeschwerde zu erheben. In diesem Fall sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen, und das Bundesgericht behandelt beide Beschwerden in demselben Verfahren (Art. 119 BGG).

Die Beschwerdefrist beträgt bei beiden Beschwerden 30 Tage (Art. 100 Abs. 1 BGG) und ist damit erheblich länger als die 10-tägige Frist für die kantonale Submissionsbeschwerde (Art. 15 Abs. 2 IVöB). Hinzu kommt, dass auf Bundesebene die Beschwerdefrist während den Gerichtsferien stillsteht (Art. 46 Abs. 1 BGG), auch dies im Gegensatz zur kantonalen Regelung (Art. 15 Abs. 2bis IVöB). Wird also ein letztinstanzlicher kantonaler Submissionsentscheid am 15. Juli eröffnet, endet unter Berücksichtigung der Gerichtsferien die Beschwerdefrist erst am 14. September. Trotz dieser Regelung erfahren kantonale Beschaffungen durch die neuen Bundesrechtsmittel keine ungebührliche Verzögerung, weil sowohl der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wie auch der subsidiären Verfassungsbeschwerde in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 BGG).

Nur auf Antrag hin kann das Bundesgericht einer Beschwerde

ganz oder teilweise die aufschiebende Wirkung erteilen, dies allerdings nur, soweit der angefochtene Entscheid nicht bereits vollstreckt ist. Im Ergebnis werden somit Vergabeentscheide des kantonalen Verwaltungsgerichts unmittelbar mit ihrer Eröffnung vollstreckbar. Das heisst: Werden Submissionsbeschwerden vom kantonalen Verwaltungsgericht abgewiesen, darf gleich nach der Urteilseröffnung der Vertrag über die ausgeschriebenen Leistungen abgeschlossen werden und vermag ein allfälliges Bundesrechtsmittel die Gültigkeit dieses Vertrags nicht mehr in Frage zu stellen. Im Fall einer Beschwerdegutheissung kann lediglich die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden. Nur wenn im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch kein Vertrag abgeschlossen ist, hat der Beschwerdeführer überhaupt noch eine theoretische Chance, an den ausgeschriebenen Auftrag heran zu kommen. Damit ist auf Bundesebene ein effektiver Rechtsschutz in Frage gestellt. Allerdings ist das Bundesgericht keine letzte Appellationsinstanz, die von den Parteien mit vollkommenen Rechtsmitteln angerufen werden kann; Hauptaufgabe des Bundesgerichts ist es vielmehr, für die einheitliche Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung und die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung zu sorgen (vgl. Botschaft BGG; BBl 2001 4342). Vor diesem Hintergrund sowie in Anbetracht der regelmässig vorhandenen Dringlichkeit von öffentlichen Beschaffungen ist die im BGG vorgesehene Regelung zu begrüssen.

## Impressum

**Redaktion:** Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösl, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf.

**Layout:** Andreas Walker, BDkom

**Kontaktadresse:**  
E-Mail: [gs-stab@bd.zh.ch](mailto:gs-stab@bd.zh.ch)

**Internet:** [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)

**Bezug:** Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: [fridolin.kern@kdmz.zh.ch](mailto:fridolin.kern@kdmz.zh.ch)