

Kassation von Amtes wegen?

Das BGer hält fest, dass die Beschwerdeinstanz nur dann reformatorisch entscheiden darf, wenn nicht nur feststeht, dass die Zuschlagsempfängerin den Zuschlag nicht verdient, sondern ebenso, dass die Offerte der Beschwerdeführerin im Vergleich mit sämtlichen Offerten die beste ist. Wenn die Beschwerdeinstanz die Bewertung korrigiert, bedeutet dies, dass sie die entsprechenden Auswirkungen in sämtlichen Offerten nachvollziehen muss, nicht nur in denjenigen der Parteien des Beschwerdeverfahrens.

Le Tribunal fédéral arrête que l'instance de recours peut statuer en réforme uniquement lorsqu'elle est non seulement certaine que le soumissionnaire retenu ne mérite pas l'adjudication, mais aussi que l'offre du recourant est la meilleure par rapport à toutes les autres offres. Si l'instance de recours corrige l'évaluation, cela signifie qu'elle doit appliquer les effets correspondants dans toutes les offres, et pas seulement dans celles des parties impliquées dans la procédure de recours.

BGer 2C_979/2018 (22.1.2020; zur Publikation vorgesehen)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(180) 1. Die drittplatzierte Anbieterin hatte den Zuschlag angefochten.

2. In ihrem Beschwerdeurteil korrigierte die kantonale Beschwerdeinstanz die Bewertung der Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin in verschiedenen Punkten. Nach diesen Korrekturen lag das Angebot der Beschwerdeführerin vor jenem der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeinstanz hob den angefochtenen Zuschlag auf und erteilte ihn der Beschwerdeführerin. Sie nahm dabei an, dass die zweitplatzierte Anbieterin durch Verzicht auf Beschwerdeerhebung implizit ihr Desinteresse an der Beschaffung signalisiert hatte.

3. Die vormalige Zuschlagsempfängerin erhob Beschwerde vor dem BGer.

Der Entscheid

1. Das BGer weist die gegen die Korrektur der Bewertung gerichteten Rügen der vormaligen Zuschlagsempfängerin ab; diese Korrekturen verletzten den Ermessensspielraum der Vergabestelle nicht, sondern waren aus rechtlicher Sicht geboten (insbesondere weil der Verlauf der Preiskurve zu flach gewesen war und weil unter dem Zuschlagskriterium «Projektorganisation» diskriminierende Aspekte in die Offertbewertung eingeflossen waren).

2. Demgegenüber heisst das BGer – unter Bejahung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG – die Rüge der vormaligen Zuschlagsempfängerin gut, nach welcher die kantonale Beschwerdeinstanz den Zuschlag nicht ohne Rechtsverletzung qua reformatorisches Urteil der vormaligen drittplatzierten Anbieterin erteilen

konnte, weil sie nicht geprüft hatte, ob nach der Korrektur der Bewertungsmassstäbe eine andere Offerte, namentlich jene der vormaligen zweitplatzierten Anbieterin, am besten zu bewerten gewesen wäre.

a. Das BGer erinnert daran, dass der Zuschlag eine für alle betroffenen Anbieterinnen unteilbare, einheitliche Verfügung darstellt, so dass nach einer Zuschlagsaufhebung grundsätzlich alle nicht ausgeschlossenen Anbieterinnen für die erneute Zuschlagserteilung infrage kommen können.

b. Weil die kantonale Beschwerdeinstanz nicht überprüft hat, wie sich die in Gutheissung der Beschwerde vorgenommenen Korrekturen der Bewertungsmassstäbe auf die Bewertung der Offerten der am Beschwerdeverfahren nicht beteiligten Anbieterinnen auswirken würde, lagen die Voraussetzungen für ein reformatorisches Urteil nicht vor. Denn weil die Beschwerdeinstanz die Offerte der nicht beschwerdeführenden zweitplatzierten Anbieterin zu Unrecht von vornherein als irrelevant erachtete, prüfte sie nicht, ob diese Offerte nach den Korrekturen besser abschnitte als jene der Beschwerdeführerin, so dass zum Urteilszeitpunkt nicht mit Gewissheit feststand, dass nach erfolgter Bewertungskorrektur die Offerte der drittplatzierten Beschwerdeführerin unter allen Offerten den ersten Rang belegen würde.

3. Das BGer bestätigt das vorinstanzliche Urteil demgemäss insoweit, als dieses den Zuschlag aufhebt, hebt es im Weiteren in Gutheissung der vor ihm erhobenen Beschwerde auf und weist die Sache an die Vergabestelle zur erneuten Bewertung der Angebote zurück.

Anmerkungen

1. Der Rechtsauffassung, wonach im Fall der Zuschlagsaufhebung alle Angebote (die nicht ausgeschlossen sind) wieder in die Bewertung einzubeziehen sind (sofern nicht klar ist, dass sie auch angesichts der zur Zuschlagsaufhebung führenden Erwägungen nach wie vor keine Chance haben) und wonach dies auch vor dem allfälligen Erlass eines reformatorischen Beschwerdeurteils zu beachten ist (so dass es nicht

zulässig ist, die Korrektur der Bewertung von vornherein nur auf die Offerten der Beschwerdeverfahrensparteien zu beschränken), ist zuzustimmen. Sie erscheint als direkte Folge der Ansicht, nach welcher der Zuschlag (zusammen mit den in ihm implizierten Nichtzuschlägen) eine einzige, unteilbare Verfügung darstellt.

2. Wie aber ist zu entscheiden, wenn sich im Beschwerdeverfahren herausstellt, dass die Bewertung zwar gemäss den Beschwerderügen zu korrigieren ist, dass in der Folge jedoch mit Gewissheit oder mit nicht zu vernachlässigender Wahrscheinlichkeit eine nicht am Beschwerdeverfahren beteiligte Anbieterin die beste Offerte gelegt hat?

a. Besteht Gewissheit, hat die Beschwerdeinstanz den Zuschlag aufzuheben und der betreffenden Anbieterin direkt zu erteilen (dass diese Anbieterin am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt ist, steht einem solchen Vorgehen nicht entgegen, da infolge der Zuschlagsaufhebung das Vergabeverfahren auch gegenüber dieser Anbieterin reaktiviert wird und die Vergabestelle, deren Entscheid durch das reformatorische Urteil ersetzt wird, den Zuschlag dieser Anbieterin erteilen könnte).

b. Wenn das Obsiegen einer nicht am Beschwerdeverfahren teilnehmenden Anbieterin nur (aber eben) als Möglichkeit erscheint, die ohne weitere Sachverhaltsabklärungen und Ermessensentscheide der Vergabestelle nicht ausgeschlossen werden kann, ist der Zuschlag aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen.

c. Zumindest im ersten Fall (und mitunter auch im zweiten Fall) ist aber klar, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag nicht mehr erhalten kann. Die Gutheissung der Beschwerde dient so nicht mehr ihren (rechtlich schützenswerten) Interessen, sondern nur mehr dem öffentlichen Interesse und jenem der begünstigten Anbieterin bzw. der noch Chancen aufweisenden Anbieterinnen. In diesem Sinn geschieht die Beschwerdegutheissung immer dann, wenn die Beschwerdeführerin danach für den Zuschlag nicht mehr infrage kommen kann, ohne schutzwürdiges Beschwerdeinteresse an dieser Gutheissung.

3. In dem Fall, der dem rapportierten Urteil zugrunde liegt, verhielt es sich in dieser Weise.

a. Die Beschwerdeführerin hatte kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und an der Rückweisung der Sache an die Vergabestelle, als es nur noch um die Rüge ging, die Vorinstanz hätte nicht reformatorisch entscheiden dürfen, weil sie dabei nicht habe ausschliessen können, dass nach den Bewertungskorrekturen eine andere Anbieterin den Zuschlag erhalten hätte. Denn das BGer hat das Urteil der Vorinstanz in all jenen Punkten bestätigt, die dazu führen, dass die Offerte der Beschwerdeführerin weniger gut zu bewerten ist als jene der vormaligen drittplatzierten Anbieterin.

b. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach dem (insoweit nicht aufgehobenen) vorinstanzlichen Urteil (KGer

BL 810 17 297, 18.7.2018, E. 13) bereits die Korrektur der Preiskurve dazu führte, dass die Offerte der drittplatzierten Anbieterin mehr Punkte erhielt als die vormalige Zuschlagsempfängerin, währenddem noch weitere Kriterien bestanden, unter denen der drittplatzierten Anbieterin unrechtmässige Abzüge gemacht worden waren (welche ebenso zu korrigieren waren).

c. Unter diesen Umständen fiel die vormalige Zuschlagsempfängerin für die neue Vergabe ausser Betracht, selbst wenn möglicherweise nicht die vormalige drittplatzierte Anbieterin am Ende gewonnen hätte.

d. Genau genommen verfügte die vormalige Zuschlagsempfängerin schon zum Zeitpunkt der Erhebung ihrer Bundesgerichtsbeschwerde über kein schutzwürdiges Interesse an der Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht reformatorisch entschieden. Schon zu diesem Zeitpunkt stand fest:

aa. Würde das BGer den Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die (behauptete) Rechtswidrigkeit der Bewertungskorrekturen der kantonalen Beschwerdeinstanz insoweit folgen, als das Angebot der drittplatzierten Anbieterin (und erstinstanzlichen Beschwerdeführerin) doch nicht vor jenem der Beschwerdeführerin zu liegen käme, wäre das vorinstanzliche Urteil schon deswegen aufzuheben; auf die Frage, ob dieses Urteil reformatorisch hätte sein dürfen, könnte es dabei nicht ankommen, weil der Zuschlag zu bestätigen sein würde.

bb. Im umgekehrten Fall, wenn das BGer also den Rügen gegen die Bewertungskorrekturen nicht so weit folgte, dass danach wieder das Angebot der vormaligen Zuschlagsempfängerin vor jenem der drittplatzierten Anbieterin läge, stände fest, dass der Zuschlag in keinem Fall der vormaligen Zuschlagsempfängerin zurückzugeben wäre.

e. Auf diese Rüge wäre also nach klassischen Legitimationsregeln nicht einzutreten gewesen.

4. Zur Frage der Legitimation zur Erhebung der Rüge betreffend Rechtsverletzung durch Fällung eines reformatorischen (statt eines kassatorischen) Urteils hält das BGer im rapportierten Urteil (E. 1.3.1) lediglich fest, diese Rüge werde in der Beschwerde genügend glaubhaft dargelegt. Im Rahmen der Legitimation geht es aber nicht um die Glaubhaftigkeit der Rügen, sondern (u.a.) um die Frage, ob deren Gutheissung der Beschwerdeführerin einen praktischen Vorteil eintragen kann.

5. Dass das BGer der Beschwerdeführerin die Legitimation in Bezug auf die Rüge der Rechtswidrigkeit des reformatorischen Urteils nicht abgesprochen und die Beschwerde nicht entsprechend behandelt hat, führt zur Frage, ob daraus zu schliessen ist, dass eine Beschwerde auch dann gutzuheissen ist, wenn feststeht, dass die Zuschlagsempfängerin den Zuschlag nicht hätte erhalten dürfen (weil sie auszuschliessen oder weil eine andere Offerte als die ihre besser zu bewerten ist), zugleich aber auch, dass die Beschwerdeführerin bei der neuen Vergabe nicht berücksichtigt werden wird (weil sie

auszuschliessen ist oder weil ihre Offerte nicht am besten zu bewerten ist). Diese Situation kann mutatis mutandis auch eintreten, wenn nicht klar ist, welcher Offerte der Zuschlag gebührt – solange nur feststeht, dass es nicht jene der Beschwerdeführerin sein wird und dass das Vergabeverfahren nicht abgebrochen werden wird.

a. Herkömmlicherweise müsste auf ein Fehlen an Legitimation der Beschwerdeführerin geschlossen und die Beschwerde abgewiesen werden (weil sich jene Rügen schliesslich als unbegründet erweisen, auf welche zunächst eingetreten wurde, zumal sie die Beschwerdeführerin hätten zum Zuschlag tragen können).

b. Weil aber das BGer im rapportierten Urteil auf eine Rüge eintritt, an der von vornherein kein schutzwürdiges Interesse bestand, und weil es das tut, nachdem es das vorinstanzliche Urteil so bestätigt hat, dass die vormalige Zuschlagsempfän-

gerin bei der neuen Vergabe nicht mehr infrage kommt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewissermassen von Amtes wegen erfolgende Zuschlagsaufhebungen auch in weiteren Fällen erfolgen werden (vgl. auch Nr. 301 auf S. 234 f. im vorliegenden Heft; in jenem Fall geht es jedoch um eine besondere Konstellation).

c. Allerdings sollten die Legitimationsregeln nicht modifiziert und sollte nach wie vor im Eintretensstadium ein schutzwürdiges (insb. praktisches) Interesse verlangt werden. Nur Rügen, die die Beschwerdeführerin bis zum Zuschlag tragen können, sind zu behandeln – und nur wenn sich nach einlässlicher Prüfung dieser Rügen ergibt, dass der Zuschlag rechtswidrig ist, zugleich aber auch nicht der Beschwerdeführerin zu erteilen ist, sollte er von Amtes wegen aufgehoben werden.

SPRECHEN VOR DER KAMERA **Medientraining**

Wollen Sie Ihre Auftrittskompetenz mithilfe von Profis und mittels praktischer Übungen verbessern?

NEU: SPRECHEN VOR DER KAMERA – EIN ZWEITÄGIGES MEDIENTRAINING

Mitwirkende:

Silvia-Maria Jung, Dipl. Journalistin, Schauspielerin, Kommunikationstrainerin
Katharina Ramser, lic. phil. hist., Regisseurin, Kommunikationstrainerin
Christoph Gaugler, Schauspieler, Regisseur, Kommunikationstrainer
Gion-Duri Vincenz, Redaktor und Moderator
Kameramann N.N.

22.–23. Oktober 2020

Weiterbildungszentrum der Universität Freiburg

SPRECHEN VOR PUBLIKUM – FESSELN STATT FASELN

31. Mai und 1. Juni 2021

Anmeldung

www.unifr.ch/weiterbildung
Weiterbildungsstelle der Universität Freiburg
Rue de Rome 6 – 1700 Freiburg
E-Mail: weiterbildung@unifr.ch
Tel. +41 (0)26 300 73 47