Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip

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

I. Rechtsschutz

Nach wie vor regelt das Vergaberecht den Rechtsschutz lediglich unter dem Aspekt des Rechts der Marktgegenseite der öffentlichen Auftraggeberinnen, potenziell vergaberechtswidrige Entscheide betreffend ein Vergabeverfahren mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gerichtlicher Überprüfung zuzuführen (dazu kommt – nach wie vor – die Regulierung des öffentlich-rechtlichen Schadenersatzanspruchs, der sich aus dieser Überprüfung ergeben kann). Im entsprechenden Beschwerdeverfahren geht es um die Frage der Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften. Der Schutz privater Rechte (sei es aus Vertrag, aus culpa in contrahendo oder aus Gesetz), die im Zusammenhang mit öffentlichen Beschaffungen bedroht oder verletzt werden, wird auch[1] nach der Totalrevision nicht in den Vergaberechtserlassen geregelt und bildet daher auch nicht den Gegenstand vergaberechtlicher Beschwerdeverfahren.

Der Rechtsschutz oder seine Wirksamkeit gehören nicht zu den ausdrücklich in Art. 2 genannten Gesetzeszwecken. Das ist insofern zu beklagen, als der Vergaberechtsschutz entgegen verbreiteter Annahme nicht primär den Anbieterinteressen zu dienen bezweckt, sondern dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Durchsetzung der Regeln und Prinzipien des Vergaberechts, welches die Anbieterinnen im Beschwerdeverfahren nebst ihren Eigeninteressen notgedrungen mitvertreten.[2] Ohne effektiven Rechtsschutz (der erfahrungsgemäss in der Breite einen Präventiveffekt erzeugt) ist bzw. wäre es, wenn vielleicht nicht unmöglich, so doch ungleich viel schwieriger, die in der Präambel des GPA 2012 genannten Ziele, namentlich die Korruptionsbekämpfung, die Vermeidung von Interessenkonflikten sowie die Integrität und Vorhersehbarkeit des öffentlichen Beschaffungswesens, zu erreichen. Zudem kann nicht gesagt werden, für das GPA 2012 sei die Wirksamkeit des Rechtsschutzes kein wichtiges Thema (Art. XVIII:1 GPA 2012).

A Übersicht

Die Bestimmungen betreffend das Beschwerdeverfahren (und den Schadenersatz) finden sich im 8. Kapitel von BöB 2019 und IVöB 2019. Zu beachten ist jedoch auch der für die Bestimmung der Art des Rechtsschutzes durchaus entscheidende Art. 42 betreffend den Zeitpunkt nach dem Zuschlag, ab dem der Vertrag abgeschlossen werden darf. Ferner wird auch Art. 45 Abs. 1 den Rechtsschutz beeinflussen, weil diese Bestimmung (u.a.) die Sanktionierung von Subunternehmerinnen vorsieht, womit diesen (erstmals im schweizerischen Vergaberecht) die Befugnis zur Beschwerdeführung (in dieser Hinsicht) zuzugestehen ist (vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. i und Art. 56 Abs. 5 a contrario).

Soweit BöB 2019 und IVöB 2019 nichts anderes vorsehen, unterliegt der Vergaberechtsschutz gemäss Art. 55 im Übrigen dem VwVG (Bund) oder dem jeweils anwendbaren kantonalen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege.

Neuerungen sind insbesondere in Bezug auf den Anwendungsbereich des Rechtsschutzsystems, den Rechtsweg, die Begründung der Verfügungen, bestimmte Eintretensvoraussetzungen und den Schadenersatz zu vermelden.

B Anwendungsbereich

Bis anhin stand das Vergaberechtsschutzsystem für Entscheide von Vergabestellen der Bundesebene ausschliesslich bei jenen Beschaffungen zur Verfügung, die den Staatsverträgen unterstellt sind (vgl. Art. 2 Abs. 3 BöB 1994 und Art. 39 VöB 1995). In den übrigen Fällen konnten Anbieterinnen sich nur per Aufsichtsbeschwerde oder allenfalls zivilrechtlich zur Wehr setzen.

Künftig wird auf der *Bundesebene* die Beschwerde nicht nur im Anwendungsbereich der Staatsverträge, sondern darüber hinaus auch dann offenstehen, wenn es um Lieferungen und Dienstleistungen oberhalb des Schwellenwerts des Einladungsverfahrens oder um Bauarbeiten im Umfang von mehr als CHF 2 Mio.[3] geht (Art. 52 Abs. 1 lit. a und lit. b i.V.m. Ziff. 2 Anhang 4 BöB 2019).[4] Allerdings kann mit dieser Beschwerde ausserhalb des Staatsvertragsbereichs von

[1] Vgl. BVGer B-6588/2018, Zwischenentscheid vom 4.2.2019, E. 7.

[2] Vgl. M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg, Zürich 2004, Rz. 396 ff.

[3] Für diesen Schwellenwert ist nicht der Wert des Bauwerks (i.S.v. Art. 16 Abs. 4 BöB 2019) massgeblich, sondern jener des einzelnen Bauauftrags, selbst wenn dieser einem Bauwerk zugehört. Ist dieses von geringerem Umfang als der staatsvertragliche Schwellenwert, wendet sich Art. 16 Abs. 4 BöB 2019 nicht an; der Einzelauftrag unterliegt aber dem Rechtsschutz des Nichtstaatsvertragsbereichs (Art. 52 Abs. 2 BöB 2019). Ist es von grösserem Umfang, ist der Auftrag als innerhalb des Staatsvertragsbereichs stehend zu behandeln (und ist entsprechender Rechtsschutz zu gewähren), und dies auch dann, wenn er den Schwellenwert des offenen oder des selektiven Verfahrens (Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB 2019) nicht erreicht, es sei denn, er könne im Rahmen der Bagatellklausel (Art. 16 Abs. 4 S. 2 BöB 2019) vom Staatsvertragsbereich ausgenommen werden.

[4] Gänzlich ausgenommen vom Rechtsschutz bleiben allerdings nach wie vor die äussere und die innere Sicherheit sowie gewisse Bereiche der Entwicklungshilfe (Art. 52 Abs. 5 BöB 2019).

vornherein kein Primärrechtsschutz (Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung) beantragt werden; möglich sind nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung und die Leistung von Schadenersatz (Art. 52 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 1 BöB 2019). Faktisch dürfte die Ausweitung des Rechtsschutzes aus diesem Grund nahezu wirkungslos bleiben. Dazu wird nicht nur die verschärfte Begrenzung des Schadenersatzes beitragen (vgl. Art. 58 Abs. 4 BöB 2019), sondern vor allem der Umstand, dass Anbieterinnen erfahrungsgemäss nur äusserst selten Beschwerde führen wollen, wenn es um die Feststellung einer Rechtswidrigkeit und daraus folgenden Schadenersatz geht – die meisten Unternehmen wollen höchstens so lange kämpfen, wie sie den Auftrag noch erhalten können. Und wenn kaum je Beschwerden erhoben werden, wird auch kaum ein Präventiveffekt spürbar sein.

Im Übrigen betrifft (auch) das Bundesbeschwerderecht im Nichtstaatsvertragsbereich von vornherein nur Geschäfte (Art. 8 f. BöB 2019), die von unterstellten Auftraggeberinnen (Art. 4 BöB 2019) vergeben werden.

Auf der *kantonalen Ebene* wurde bisher bei allen öffentlichen Aufträgen je nach anwendbarem Recht zumindest oberhalb des Schwellenwerts für das Einladungsverfahren[5] voller Rechtsschutz gewährt (vgl. Art. 15 Abs. 1 IVöB 2001). Das wird künftig gleich bleiben. BGBM und IVöB schreiben ab diesem Schwellenwert den Rechtsschutz vor (Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019; Art. 9 Abs. 2 lit. a BGBM 2019), und die Musterbotschaft IVöB führt dazu aus, dass es den Kantonen freisteht, den Beschwerdeweg auch für geringere Auftragswerte zu öffnen.[6]

C Rechtsweg

Währenddem Entscheide von Bundesvergabebehörden nach wie vor erstinstanzlich vor dem BVGer anzufechten sind (Art. 52 Abs. 1 BöB 2019),[7] statuiert die IVöB 2019 neu ausdrücklich, dass die Beschwerde gegen Entscheide von dem Konkordat unterworfenen Auftraggeberinnen direkt beim kantonalen Verwaltungsgericht (das als «einzige kantonale Instanz» amtiert; Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019) zu erheben ist.[8]

Als zweite Instanz agiert auch zukünftig das BGer, dessen Verfahren dem BGG unterworfen bleibt und durch das BöB 2019 nur insoweit verändert wird, als bei «Vergabeverfahren nach dem vorliegenden Gesetz [d.h. BöB 2019]» auch vor dem BGer kein Fristenstillstand zu beachten ist (Art. 56 Abs. 2 BöB 2019). Das bedeutet, dass der Fristenstillstand gemäss Art. 46 Abs. 1 BGG in Verfahren, in denen es um dem kantonalen Recht unterworfene Beschaffungen geht, durchaus zu beachten sein wird. Diese Verfahren scheinen im Gesetzgebungsprozess vergessen worden zu sein.[9]

D Begründung der Verfügungen

Nach Art. 51 Abs. 2 sind «beschwerdefähige Verfügungen […] summarisch zu begründen».[10] Das entspricht im Wesentlichen dem heutigen Recht (Art. 23 Abs. 1 BöB 1994 und Art. 13 lit. h IVöB 2001). Neu ist jedoch, dass die Erlasse keine weitergehende Informationspflicht mehr vorsehen als die summarische, in der Verfügung enthaltene Sofortbegründung (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB 1994). Hier ist zwar zu beachten, dass die summarische Begründung des Zuschlags neu bereits jene Elemente enthalten muss (Art. 51 Abs. 3 BöB 2019), die nach Art. 23 Abs. 2 BöB 1994 im Rahmen der nachgeforderten, erweiterten Begründung erhältlich waren. Unzutreffend wäre aber die Annahme, dass damit das bisherige Niveau an vorgeschriebener Begründung fortgeführt würde – tatsächlich wird es abgebaut.

Abgesehen davon, dass sich das Zuschlags-Begründungselement der «wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung» (Art. 23 Abs. 2 lit. d BöB 1994) in den neuen Erlassen trotz staatsvertraglich expliziter Vorgabe (Art. XVI:1 GPA 2012) nicht mehr wiederfindet (Art. 51 Abs. 3), lässt die neue Regelung den Eindruck entstehen, dass nachträgliche Begründungen, die insbesondere die Angaben gemäss Art. XVI:1 GPA 2012 vertiefen (sog. «Debriefings») nicht mehr verlangt werden könnten oder künftig gar verboten wären. Dieser Eindruck ist zwar falsch,[11] doch bleibt zu hoffen, dass er sich in der Praxis nicht festsetzt und auch nicht zum Anlass für eine Einschränkung der bisherigen Begründungspraxis genommen wird.

E Eintretensvoraussetzungen

Die bisherigen Kataloge der anfechtbaren Objekte werden um Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen (deren Bedeutung umgehend erkennbar ist), die Entscheidungen über Ausstandsbegehren (vgl. dazu Art. 13 Abs. 3) und die Entscheide über Sanktionen nach Art. 45 erweitert (Art. 53 Abs. 2 und Abs. 1 lit. d und lit. i).

Beschwerden gegen Sanktionen nach Art. 45 unterliegen zwar grundsätzlich den vergaberechtlichen Bestimmungen,

---

[5] Vgl. BGE 131 I 137, E. 2.

[6] Musterbotschaft IVöB, S. 95.

[7] Das gilt auch für Beschaffungen des Bundesstraf- und des Bundespatentgerichts (Art. 52 Abs. 3 e contrario BöB 2019; Botschaft BöB, S. 1978), nicht jedoch für solche des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 52 Abs. 3 BöB 2019: Bundesgericht) und des Bundesgerichts (Art. 52 Abs. 4 BöB 2019: interne Rekurskommission).

[8] Gemäss Musterbotschaft IVöB (S. 94) ist Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 auch in dieser Hinsicht als zwingend (für die Konkordatskantone) zu verstehen.

[9] Vgl. Botschaft BöB, S. 1983.

[10] Nicht beschwerdefähige Entscheide sind daher nach Art. 35 VwVG bzw. allgemeinem Verfahrensrecht zu begründen (Art. 55 BöB 2019/IVöB 2019), es sei denn, die zitierte Bestimmung wäre in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV so zu verstehen, dass diese Entscheide überhaupt nicht zu begründen sind.

[11] Es ist der Vergabestelle auch künftig nicht verboten, schon während der Beschwerdefrist all das offenzulegen, was sie in einem Beschwerdeverfahren offenlegen müsste. Vgl. zudem Botschaft BöB, S. 1976 (hier wird das «Debriefing» erwähnt, wohingegen der entsprechende Passus nicht in die Musterbotschaft IVöB übernommen worden ist, was jedoch an der Zulässigkeit von «Debriefings» auch in den Kantonen und Gemeinden nichts ändert).

dies jedoch immerhin unter Ausnahme der hier ansonsten geltenden Beschränkungen betreffend den Schwellenwert (Art. 53 Abs. 4), das rechtliche Gehör, die aufschiebende Wirkung, die Kognition (Art. 53 Abs. 3) sowie die Entscheidungsbefugnis (Art. 52 Abs. 2). Das heisst insbesondere, dass diese Beschwerden ex lege aufschiebende Wirkung entfalten und dass mit ihnen auch Ermessensfragen gerügt werden können.

Neu gilt auf der Bundesebene und in den Konkordatskantonen eine einheitliche Beschwerdefrist von 20 Tagen (Art. 56 Abs. 1). Auf der Bundesebene gibt es überhaupt keinen Fristenstillstand mehr (Art. 56 Abs. 2 BöB 2019); im kantonale Beschaffungen betreffenden Beschwerdeverfahren jedoch gelten vor BGer die Stillstände gemäss Art. 46 Abs. 1 BGG (Art. 56 Abs. 2 BöB 2019 e contrario; interkantonales Recht wie etwa der Art. 56 Abs. 2 IVöB 2019 vermag das BGG im Übrigen nicht zu beeinflussen).

F Schadenersatz

Ohne nachvollziehbar dargelegten Grund[12] hat die Gesetz- bzw. Konkordatsgebung den schon bisher beschränkten (vgl. Art. 34 Abs. 2 BöB 1994) vergaberechtlichen Schadenersatz im Umfang weiter beschränkt. Waren bis jetzt nebst den Offertkosten auch die (im Rahmen der Parteientschädigung ungedeckt gebliebenen) Aufwendungen für das Rechtsmittelverfahren ersatzfähig, sind es künftig nur noch die Ersteren, jedenfalls nach dem Wortlaut der anwendbaren Norm (Art. 58 Abs. 3).

Für die Beschwerdeführenden potenziell günstig ist wiederum die neue Regelung des Art. 58 Abs. 3, wonach die Beschwerdeinstanz in den Fällen der blossen Feststellung der Rechtswidrigkeit (vgl. Art. 52 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2) im Beschwerdeverfahren direkt auch über Schadenersatzbegehren entscheidet. Das ist prozessökonomisch und nicht zu beanstanden, sofern die Praxis die Beschwerdeführenden nicht dazu anhält, ihre Schadenersatzbegehren binnen der kurzen Beschwerdefrist zu beziffern und zu belegen. Derartige Anforderungen kämen m.E. materieller Rechtsverweigerung zumindest nahe und wären jedenfalls immer dann überzogen, wenn es gar nicht zum Feststellungsentscheid (sondern zu einer Kassation oder Reformation) kommt.

II. Beschaffungsvertrag

Nach Art. 42 Abs. 2 BöB 2019 und Art. 42 Abs. 1 IVöB 2019 darf der Vertrag «nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, [die Beschwerdeinstanz] habe einer Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung erteilt». Diese Vorschrift entspricht in ihrer Essenz dem Art. 14 Abs. 1 IVöB 2001 und stellt für die Bundesebene den Nachvollzug der zu Art. 22 Abs. 1 BöB 1994 ergangenen Rechtsprechung[13] dar. Zu bedauern ist, dass die durch Art. 14 Abs. 1 IVöB 2001 geschaffene textliche Unklarheit nicht beseitigt worden ist – nach wie vor muss man gestützt auf den Normzweck zum Normtext hinzudenken, dass der Vertragsschluss im Fall einer Beschwerde mit Gesuch um aufschiebende Wirkung über den Zeitpunkt des Ablaufs der Beschwerdefrist hinaus verboten bleibt, zumindest bis die Beschwerdeinstanz das Gesuch beurteilt hat.

Im Unterschied zur europäischen Gesetzgebung verzichtet die schweizerische darauf, das Verhältnis zwischen dem Zuschlag und allfälligen Vertragsänderungen zu klären (vgl. dagegen Art. 72 RL 2014/24/EU). Dass aber nach Rechtskraft des Zuschlags wesentliche inhaltliche Abweichungen von demselben zulässig wären, lässt sich weder aus dem Text noch aus dem Geist der neuen Erlasse schliessen. Damit bleibt einstweilen unklar, welche Vertragsänderungen unter welchen Umständen zulässig sind. Klar ist nur, aber immerhin, dass jede unzulässige Vertragsänderung ein Beschwerdeobjekt bilden kann, weil es sich dabei faktisch um einen freihändig erteilten Zuschlag handelt und das Fehlen an Förmlichkeit das Beschwerderecht nicht verhindern kann. Das gilt im Übrigen ungeachtet des Art. 53 Abs. 6 auch für jegliche Zuschlagsüberschreitungen im Rahmenvertragsverhältnis.

III. Öffentlichkeit

Am 2. Dezember 2015 hiess das BGer eine auf das BGÖ (Öffentlichkeitsgesetz; SR 152.3) gestützte Beschwerde gut, so dass das Bundesamt für Bauten und Logistik verpflichtet wurde, bestimmte Dokumente betreffend das öffentliche Beschaffungswesen zu veröffentlichen.[14] Am 15. Februar 2017 veröffentlichte der Bundesrat den E-BöB. Darin war ein Art. 49 Abs. 3 enthalten, der im VE-BöB (vom 30. März 2015) noch nicht vorhanden war. Nach dieser 2017 dazugekommenen Bestimmung sollten sämtliche Vergabeakten (auch) nach Abschluss des Verfahrens gegenüber der Öffentlichkeit absoluter Geheimhaltung unterliegen.[15]

---

[12] Die Botschaft BöB (S. 1985) geht in Verkennung des Art. 34 Abs. 2 BöB 1994 davon aus, der Art. 58 Abs. 3 BöB 2019 schreibe die bisherige Rechtslage fort. Analoges gilt für die Musterbotschaft IVöB (S. 100), die den Wortlaut der bisherigen kantonalen Bestimmungen nicht zutreffend voraussetzt.

[13] Vgl. BVGE 2009/19, E. 7.1. – Zur Praxis der früheren Eidg. Rekurskommission M. Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 256 ff.

[14] BGer 1C_50/2015, 2.12.2015, Dispositiv Ziff. 1.

[15] Bemerkenswert ist m.E. nicht nur, dass der Vorentwurf von Anfang 2015 das BGÖ noch nicht ansprach, sondern vor allem, dass die Botschaft BöB (S. 1971 f.) nicht ausführt, warum der Entwurf in diesem Punkt eine im Vorentwurf noch nicht enthaltene Bestimmung aufgenommen hat – insbesondere wird nicht behauptet, eine beachtliche Anzahl von Vernehmlassungsteilnehmenden hätte dies gefordert (soweit ersichtlich, gab es nur eine einzige Meldung (des ETH-Rats) zu diesem Thema; vgl. Vernehmlassungsbericht BöB, S. 23). Zugleich werden in der Botschaft BöB (S. 1971 f.) für die Ausserkraftsetzung unzutreffende Gründe angeführt: Die vergaberechtliche Transparenz betrifft das Vergabeverfahren und nicht die Frage, welche Transparenz nach dessen Abschluss geschaffen wird, und sie kann daher keinen Ersatz für das BGÖ darstellen und sich

Das BöB 2019 enthält diese Bestimmung dank dem Bundesparlament nicht mehr (vgl. Art. 49 BöB 2019); auf der Ebene der Kantone war von einer solchen Regelung nie die Rede.

Die Geltung des jeweils anwendbaren Öffentlichkeitsgesetzes bezüglich der Akten abgeschlossener Vergabeverfahren auf der Bundes- wie auf der Kantonsebene bedeutet nicht, dass jegliche Akten deswegen zwingend zu veröffentlichen wären.[16] Umso weniger hätte sich eine absolute Geheimhaltung gerechtfertigt.

ebenso wenig mit dem BGÖ überlappen (vgl. Art. 4 lit. b und Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Zudem gefährdet die Anwendung des BGÖ weder Geschäftsgeheimnisse noch den künftigen Wettbewerb (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ). Schliesslich ist eine Beschaffungsstatistik kein äquivalenter Ersatz für das Öffentlichkeitsprinzip. Bemerkenswert ist überdies der Hinweis des Bundesrats auf den durch ein BGÖ-Verfahren ausgelösten Aufwand (Botschaft BöB, S. 1972): Dieser wird zwar womöglich tatsächlich als mühsam empfunden, doch gilt das, wenn schon, für alle dem BGÖ unterstellten Bereiche; dies wurde von der Gesetzgebung in Kauf genommen und ist ein schwaches Argument für die Ausserkraftsetzung des BGÖ im Beschaffungswesen.

[16] Vgl. jedoch das Votum von Bundesrat U. Maurer im Nationalrat (AB 2018 N 1045): Auch im Parlament (vgl. bereits Botschaft BöB, S. 1971 f.) hielt der Bundesrat an seiner auf einer Verkennung des Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ basierenden Auffassung fest, das BGÖ gefährde Geschäftsgeheimnisse. – Umso mehr ist hier zu betonen, dass das nicht stimmt (vgl. z.B. auch BGer 1C_665/2017, 16.1.2019, E. 3–5).

Nouveauté de Schulthess Éditions Romandes

octobre 2019
978-3-7255-8063-7
476 pages, broché
89.00 CHF

Lex Koller: acquisitions indirectes

SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust

Travaux de la faculté de droit de l'université de Fribourg, volume 396

Etienne Trandafir

Cette thèse de l'Université de Fribourg analyse l'application du régime d'autorisation de la LFAIE aux acquisitions indirectes d'immeubles, c'est-à-dire celles qui s'effectuent à travers des véhicules d'investissement. L'accent est mis sur les placements collectifs de capitaux, les sociétés immobilières et les trusts. Cette étude examine l'assujettissement de ces différents véhicules à la LFAIE, d'une part, et l'assujettissement d'une prise de participation par des personnes à l'étranger au sein de ces véhicules, d'autre part. Elle analyse les pratiques des autorités cantonales de première instance dans ce domaine. Enfin, elle étudie les fondements de l'assujettissement et formule des propositions de révision qui visent à améliorer la cohérence du régime applicable aux acquisitions indirectes.

Schulthess Médias Juridiques SA
Zwingliplatz 2, Case postale 2218, CH-8021 Zurich
Téléphone +41 44 200 29 29, Fax +41 44 200 29 28
service@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES