



in medias res Eine offene Kultur
als Voraussetzung für erfolgreiches
Wissensmanagement

der fall Feuer und Flamme

Beschaffung – professionelle Unterstützung im Rechtsmittelverfahren durch Paralegals

Barbara Korp*

I. Worum geht's?

Häufigster Fall für Beschwerden im Beschaffungsverfahren ist die Anfechtung des vergaberechtlichen Zuschlags. Anhand des Zuschlags entscheidet die Vergabestelle, welcher Anbieter den in Frage stehenden Auftrag im konkreten Beschaffungsverfahren erhält. Dabei kann insbesondere gerügt werden, dass der Zuschlagsempfänger unbegründet obsiegt hat, und dass der Zuschlag aufgrund des falsch gewählten Beschaffungsverfahrens erfolgt ist.

Nachfolgend wird aufgezeigt, wie Paralegals solche Beschwerdeverfahren professionell unterstützen können. Im Vordergrund steht die Unterstützung von Rechtsanwälten bei der rechtlichen Beurteilung der formellen und materiellen Voraussetzungen für Beschwerden.

II. Formelle Voraussetzungen

Nur wenn die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, erhält der Beschwerdeführer Zugang zum Beschwerdeverfahren und damit Anspruch auf materielle Prüfung seines Begehrens. Besondere Schwierigkeiten bereiten in der Praxis die unterschiedlichen Beschwerdeinstanzen, die kurzen Beschwerdefristen und die Beschwerdelegitimation.

A. Grundlagen

1. Beschwerdeinstanzen

Mit Bezug auf die Bestimmung der zuständigen Beschwerdeinstanz im konkreten Beschaffungsver-

fahren stellen sich regelmässig Fragen, weil auf Bundesebene und in den Kantonen unterschiedliche rechtliche Grundlagen bestehen. Sind beispielsweise mehrere Auftraggeber involviert, auf die sowohl Bundesrecht als auch unterschiedliches kantonales Recht anwendbar ist, muss vorab geklärt werden, welches Recht in Bezug auf die einzureichende Beschwerde zur Anwendung gelangt:

- **Auf Bundesebene** sind Submissionsbeschwerden direkt beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen.¹
- **Auf kantonaler Ebene** bestimmt sich die kantonale Beschwerdeinstanz nach dem jeweiligen kantonalen Recht. Entweder gelangt der Beschwerdeführer direkt ans kantonale Verwaltungsgericht oder es ist eine zusätzliche Instanz vorgelagert.

2. Beschwerdefristen

Beschwerdeverfahren in vergaberechtlichen Angelegenheiten sind an kurze Fristen gebunden. Das heisst, die Beratung von Klienten, insbesondere hinsichtlich Erfolgchancen und die Redaktion der Beschwerdeschrift müssen meist innert weniger Tage erfolgen:

* Barbara Korp, Paralegal IP bei Frei Patentanwaltsbüro, Zürich.

¹ Art. 27 Abs. 1 BöB (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1).

- **Auf Bundesebene** müssen Zuschlagsentscheide innert 20 Tagen ab Eröffnung angefochten werden.²
- **Auf kantonaler Ebene** beträgt die Frist 10 Tage.³

3. Beschwerdelegitimation

Mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation muss der Beschwerdeführer darlegen, dass er bei korrekter Bewertung der Angebote durch die Vergabestelle gemäss den zuvor festgelegten Eignungs- und Zuschlagskriterien den Zuschlag erhalten hätte. Dabei legitimiert jedoch das Erlangen eines anderen Rangs als desjenigen des Erstplatzierten nicht zur Beschwerde.

Je nach Beschaffungsverfahren gelten unterschiedliche Anforderungen an die Beschwerdelegitimation:

- **Offenes Vergabeverfahren: Ablauf.** Im offenen Vergabeverfahren reicht jeder geeignete Marktteilnehmer ein Angebot ein. **Aktivlegitimation.** Die Aktivlegitimation setzt voraus, dass der nicht berücksichtigte oder ausgeschlossene Anbieter bei Gutheissung seiner Beschwerde die reelle Chance hätte, für sein Angebot den Zuschlag zu erhalten.⁴ Das Aufzeigen einer blossen Konkurrenzstellung im Markt reicht nicht aus.⁵

² Art. 30 BöB unter Berücksichtigung der Gerichtsferien nach Art. 22a Abs. 1 VwVG (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021); PLÜSS KASPAR, in: GRIFFEL ALAIN, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Auflage, Zürich 2014, (Zit.: PLÜSS).

³ Art. 15 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 2^{bis} IVöB (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, IVöB, SR 172.056.5); PLÜSS, § 11 N. 8.

⁴ GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Auflage, Zürich 2013 (Zit.: GALLI/MOSER/LANG), N. 1304 mit weiteren Hinweisen; Urteil des VGr AG vom 20. August 1999, Nr. 99/3/0 66.

⁵ Vgl. zur Konkurrentenbeschwerde BGE 139 II 328 E. 3.3.

⁶ Vgl. GALLI/MOSER/LANG, N. 1301; vgl. Art. 24 Abs. 2 IVöB: Der Entscheid des Auftraggebers über die ausgewählten Anbieter ist auch eine eigenständig anfechtbare Verfügung, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen wird.

⁷ VGr BE, Entscheid vom 14. Juli 1997, veröffentlicht in BVR (Bernische Verwaltungsrechtssprechung) 1998, 72 ff.

- **Selektives Vergabeverfahren: Ablauf.** Im selektiven Verfahren reichen die Anbieter zuerst einen Antrag auf Teilnahme am Vergabeverfahren ein. Anhand vorbestimmter Eignungskriterien selektiert die Vergabestelle die Antragsteller und entscheidet anschliessend, welche Antragsteller ein Angebot einreichen dürfen. **Aktivlegitimation.** Jene Anbieter, die ein Angebot eingereicht haben, sind legitimiert, den Entscheid der Vergabestelle anzufechten.⁶
- **Freihändiges Vergabeverfahren: Ablauf.** Freihändige Verfahren erfolgen ohne öffentliche Ausschreibung. Die Vergabestelle geht direkt auf die Anbieter zu. **Aktivlegitimation.** Alle möglichen Anbieter sind zur Beschwerde legitimiert, mit der Rüge, dass zu Unrecht keine Ausschreibung und damit auch kein Wettbewerb stattgefunden hat.⁷

B. Was tun Paralegals?

1. Ziel: Der Rechtsanwalt wird durch Paralegals in seinen Mandatsverpflichtungen unterstützt bei der

- **Beratung des Klienten** hinsichtlich der Eintretensvoraussetzungen, unter Wahrung der kurzen Beschwerdefrist.
- **Beurteilung der Erfolgchancen** im Beschwerdeverfahren zu obsiegen.

2. Mitwirkung von Paralegals: Paralegals unterstützen die mandatsführenden Anwälte insbesondere beim Legal Research, Legal Writing sowie bei der Case Administration. Dabei geht es bei Beschwerdeverfahren insbesondere um Folgendes:

- **Klärung anwendbares Recht.** Anwendbarkeit von Bundesrecht oder kantonalem Recht.
- **Prüfung zuständige Beschwerdeinstanz und Kontrolle der Beschwerdefrist**, die je nach rechtlicher Grundlage von unterschiedlicher Dauer ist.
- **Darlegung Aktivlegitimation**, die einer ausführlichen Argumentation bedarf.

III. Materielle Voraussetzungen

Sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt, müssen die materiellen Ansprüche des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift substantiiert dargelegt werden. Der Beschwerdeführer muss in rechtlicher

und technischer Hinsicht begründen können, warum die Vergabestelle ihm den Zuschlag hätte erteilen müssen.⁸

A. Grundlagen

1. Rechtsbegehren

Das Rechtsbegehren setzt sich grundsätzlich aus Hauptanträgen und prozessualen Anträgen zusammen. Je nachdem ob zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger bereits ein Vertrag abgeschlossen wurde, ist das Ziel der Hauptbegehren der Beschwerde ein anderes:

- **Vor Vertragsabschluss** wird die Aufhebung des Zuschlags begehrt.
- **Nach Vertragsabschluss** kann nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung begehrt werden.

Um zu verhindern, dass der Richter nur noch die Rechtswidrigkeit der Verfügung feststellen kann, muss der prozessuale Antrag auf aufschiebende Wirkung gestellt werden: Die aufschiebende Wirkung verhindert den privatrechtlichen Vertragsschluss zwischen Vergabebehörde und Zuschlagsempfänger, der dem Zuschlag nachgelagert ist, und stellt die Wirksamkeit der Beschwerde sicher.⁹

2. Rechtliche Vorbringen

Die rechtlichen Argumente müssen vor dem Zweck und den Prinzipien des Beschaffungsrechts standhalten. Unter anderem ist Folgendes zu beachten:

- **Wirtschaftlich günstigstes Angebot:** Der Zuschlag wird grundsätzlich dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt und nicht dem preislich günstigsten Angebot.¹⁰ Das Vergaberecht verfolgt – neben der Gleichbehandlung aller Anbieter, der Transparenz des Verfahrens und der Stärkung des Bieterwettbewerbs – das Ziel, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel sicherzustellen.¹¹
- **Rechtsschutzinteresse:** Vom Beschwerdeführer können nur Rügen vorgebracht werden, die den Vergabeentscheid so beeinflussen, dass der Beschwerdeführer den ersten Rang erzielt.¹²

- **Ermessen der Vergabestelle:** Die Vergabestelle verfügt bei Festlegung, Gewichtung und Bewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien über einen weiten Ermessensspielraum.¹³ Die Unangemessenheit der Beurteilung durch die Vergabestelle kann nur gerügt werden, wenn eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessensspielraums vorliegt.¹⁴

3. Technische Vorbringen

Zur rechtlichen Argumentation gehören auch Ausführungen zum Beschaffungsobjekt in technischer Hinsicht. Insbesondere aufgrund des grossen Ermessensspielraums der Vergabestelle bei der Bewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien muss der Beschwerdeführer konkret aufzeigen, warum der Entscheid der Vergabestelle rechtswidrig ist. Dies gelingt insbesondere dann, wenn folgende Punkte dargelegt werden können:

- **Überschreitung des Ermessensspielraums.** Aufzeigen, welche Kriterien die Vergabestelle rechtswidrig umgesetzt hat, sodass es zum ungerechtfertigten Zuschlag kam.
- **Eignungs- und Zuschlagskriterien.** Detailliert darlegen, wie das Angebot des Beschwerdeführers korrekt hätte bewertet werden müssen.

⁸ Diese Begründung wird sowohl von Art. 15 Abs. 2 IVöB als auch Art. 52 Abs. 1 VwVG verlangt.

⁹ Rechtlich gestützt wird dies auf Art. XX Ziff. 7 lit. a GPA, wonach eine «Sistierung» des Beschaffungsverfahrens möglich sein soll.

¹⁰ § 5 Abs. 1 ÖBG (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11.06.2002, ÖBG, BSG 731.2); so auch Art. 21 Abs. 1 BöB, Art. 13 lit. f IVöB oder Art. 37 VöB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, VöB, SR 172.056.11).

¹¹ Art. 1 BöB.

¹² Vgl. WOLF ROBERT, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 104, 2003, 1–31 (Zit.: WOLF), 13 f. m.w.H.

¹³ Vgl. etwa BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3; vgl. Entscheid BVE vom 25. Juni 2008: Der grosse Ermessensspielraum der Beschaffungsstelle betrifft nicht nur die Gewichtung des Preises, sondern auch die Wahl und Ausgestaltung des Bewertungsmodells.

¹⁴ Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB.

B. Was tun Paralegals?

1. Ziel: Der Rechtsanwalt wird durch Paralegals im Rahmen der Redaktion der Beschwerdeschrift unterstützt, bei der

- **Festlegung des Rechtsbegehrens** hinsichtlich der Hauptbegehren und der prozessualen Anträge.
- **Darlegung der rechtlichen und technischen Argumentation** zugunsten des gestellten Rechtsbegehrens.

2. Mitwirkung des Paralegals: Paralegals unterstützen die mandatsführenden Anwälte insbesondere beim Legal Research, beim Legal Writing sowie bei technischen Abklärungen. Dabei geht es bei Beschwerdeverfahren insbesondere um:

- **Aufarbeitung der rechtlichen Argumente**, die im konkreten Beschwerdeverfahren vorzubringen sind.
- **Auseinandersetzung mit technischen Fragen zum Beschwerdeobjekt, insbesondere** durch Aufarbeitung von Akten und Einholen technischer Auskünfte.

IV. Fazit

Im Rahmen von submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren muss innert kürzester Zeit eine umfassende Auseinandersetzung mit den formellen und materiellen Voraussetzungen einer Beschwerde erfolgen. Bei der Redaktion der Beschwerdeschrift kann es im Einzelfall von Vorteil sein, dass Paralegals bestimmte unterstützende Tätigkeiten übernehmen. Hierunter fallen neben allgemeinen rechtlichen Abklärungen und Recherchen insbesondere auch technische Feststellungen zum Beschaffungsobjekt.

Die Fachzeitschrift für Ihr erfolgreiches Jus-Studium



ius.full

Die fünfmal jährlich erscheinende ius.full ist der ideale Begleiter durch das juristische Studium – vom 1. Semester über die Bachelorprüfung bis hin zum Master. Sie hilft bei der schnellen und sicheren Orientierung zu Beginn des Studiums, bei der umfassenden Auseinandersetzung mit dem Vertiefungsstoff sowie bei der effizienten Vorbereitung auf die Prüfungen. Im Rahmen der **Kooperation mit der Swiss Paralegal Association** enthält die ius.full in einer **eigenen Rubrik «Paralegal»** regelmässig Beiträge, die Themen aus dem Blickwinkel der Paralegalarbeit beleuchten.

■ Ausgewählte Prüfungsfälle

Aus dem Privat- und Strafrecht sowie aus dem Öffentlichen Recht.

■ Didaktisch aufbereitete Aufsätze

Fundierte Fachbeiträge vermitteln Grundlagen sowie prüfungsrelevantes Vertiefungswissen.

■ Rechtsprechungsübersichten

Zusammenfassungen der jüngsten bundesgerichtlichen Entscheide verhelfen, in der Rechtsprechung à jour zu bleiben.

■ Praktische Tipps

Für ein erfolgreiches Jus-Studium sowie für die spätere praktische Arbeit bietet die ius.full hilfreiche Tipps.



Herausgeber:

Prof. Dr. iur. Marc Amstutz
Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini
Prof. Dr. iur. Andreas Furrer
Prof. Dr. iur. Anne Peters
Prof. Dr. iur. Lukas Gschwend

Sprache: deutsch

www.schulthess.com

Fax-Bestelltalon

ius.full



Fax +41 (0)44 200 29 28

Online-Shop: www.schulthess.com

Vorname/Name

Firma

Strasse/Nr.

PLZ/Ort

E-Mail

Datum/Unterschrift

JA, ich will die ius.full kennenlernen und erhalte **1 Gratis-Ausgabe**.

Abonnement-Bedingungen*

Jahresabonnement für Studenten: 5 Printausgaben zum Preis von CHF 70.00 (inkl. MWST, zzgl. CHF 8.00 Versandkosten). Für Mitglieder der **Swiss Paralegal Association** (www.swissparalegal.ch) ist der Bezug der ius.full im Mitgliedsbeitrag enthalten.