

Der Widerruf im neuen Beschaffungsrecht

Submissionschränzli St. Gallen, 3. Juli 2024

Agenda

1. Ausgangslage
2. Widerruf im allgemeinen Verwaltungsrecht
3. Widerruf im Beschaffungsrecht als *lex specialis*
4. Rechtsprechung
5. Prozessuale Fragen
6. Kernthese
7. Bisherige Recherche

1. Ausgangslage

Dissertationsprojekt

- Große praktische Relevanz!
- Theoretische Grundlagen, Rechtsvergleich, empirische Befragung

Der Widerruf als "Blackbox" des Vergaberechts mit wenig Gerichtspraxis, weil:

- gleichlaufende Interessen der Verfahrensbeteiligten (Drittinteresse!)
- Machtgefälle (Interessen der Zuschlagsempfängerin)
- Vertragsabschluss nicht anfechtbar

Drei Praxisbeispiele:

- «Bahngleis», unwahre Angaben (Zwischenentscheid BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023)
- «Schulhaus», zerrüttetes Vertrauensverhältnis (Urteil des BGer 2C_29/2022 vom 6. Mai 2022)
- «Nachforderungen», Wesentlichkeit (Urteil des Berner VG BVR 2018 S. 206 ff.)

2. Widerruf einer formell rechtskräftigen Verfügung im allg. Verwaltungsrecht

*Fehlen positivrechtliche Bestimmungen über die Möglichkeit einer Änderung einer Verfügung, ist darüber anhand einer **Interessenabwägung** zu befinden, bei welcher das Interesse an der **richtigen Anwendung des objektiven Rechts** dem Interesse am **Vertrauensschutz** gegenüberzustellen ist (statt vieler: BGE 141 IV 55 E. 3.4.2; Urteil BGer 2C_515/2022 vom 12. September 2023 E. 3.3.1).*

Gegen ein Widerruf spricht:

- durch die Verfügung ein subjektives Recht begründet,
- im Verfahren bereits eine Interessensabwägung vorgenommen und/oder
- von der Befugnis bereits Gebrauch gemacht wurde.

Für ein Widerruf spricht:

- die richtige Anwendung des objektiven Rechts und/oder
- besonders gewichtige öffentliche Interessen

3. Lex Specialis: Der Widerruf im Beschaffungsrecht, Art. 44 BÖB

Art. 44 Abs. 1 BÖB:

Die Auftraggeberin kann eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft: [fehlende Teilnahmevoraussetzung, wesentlicher Formfehler, wesentliche Abweichung, Pfändungs- oder Konkursverfahren, mangelhafte Erfüllung in früheren Verfahren, keine verlässliche oder vertrauensvolle Vertragspartnerin]

Art. 44 Abs. 2 BÖB:

Die Auftraggeberin kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft: [Unwahre oder irreführende Angaben, Wettbewerbsabreden, Verstoss gegen anerkannte Berufsregeln, Insolvenz].

Entstehungsgeschichte:

- Widerruf bereits in Art. 11 aBöB (Ausschluss und Widerruf) erwähnt, nichtabschliessende Aufzählung
- Art. VIII Abs. 4 GPA 2012 zählt nichtabschliessend weitere Ausschlussgründe auf, Widerruf analog
- Art. 44 BöB: Bisherige Regelung ergänzt durch Rechtsprechung und GPA 2012.

Verwaltungsmassnahme mit restitutorischem Charakter vs. Sanktion:

- Ausschluss, Widerruf und Möglichkeit, Streichung aus dem Verzeichnis geeigneter Anbieter (vgl. Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, Diebold/Keller/Kreis/Tanner, Aktuelles Vergaberecht, 2020, S. 315 bis 349)
- im Gegensatz zur Sanktion nach Art. 45 BöB/IVöB, mit Verwarnung, Sperrlisten und (kantonalen) Bussen.

4. Rechtsprechung:

- Die Vergabestelle kann ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abbrechen und einen allfällig bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (BGE 134 II 194 E. 2.3, bestätigt in Urteil des BGer 2C_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 6.5).
- Zulässigkeit eines Widerrufs unzulässig bzw. fraglich, wenn er sich auf Umstände stützt, die der Vergabestelle bereits beim Zuschlag bekannt waren (BGE 134 II 194 E. 2.3, Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.4.2).
- Ein Widerruf soll nur möglich sein, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid geführt hätten (VG Zürich: VB2005.00068 E. 3.4).
- **Wesentlichkeit:** Bieterreihenfolgesturz, 10 % gemäss Art. 72 der EU-Richtlinie, kantonale Einführungsgesetze und Verordnungen zur IVöB? Faktor Zeit?
- **Widerrufsgründe im Einzelnen:** Keine abschliessende Aufzählung.
- **Fun Fact:** Kein vergaberechtlichen Schadenersatz bei sachlichem Abbruch (Art. 43 Abs. 2 BöB, als Reaktion auf Zwischenentscheid und Urteil des BVGer 998/2014 vom 21. Mai 2014 bzw. 8. Juli 2016). Jedoch keine (neue) beschaffungsrechtliche Regelung zum Schadenersatz beim Widerruf.

5. Verfahrensrechtliche Aspekte:

Gibt es überhaupt Vertragsverhandlungen?

- Laborbedingungen vs. Realität

Unterschiedliches Beweismass?

- Art. 44 Abs. 1 "wenn festgestellt wird", Art. 44 Abs. 2 "wenn hinreichend Anhaltspunkte vorliegen", Art. VIII Abs. 4 GPA "sofern Beweise dafür vorliegen" ("supporting evidence«)
- Ausschluss/Widerruf muss auch vor Abschluss einer Untersuchung der WEKO möglich sein (Botschaft BÖB, 2017 1851, 1963).

Widerrufsrecht oder -pflicht:

- Ermessen der Vergabestelle (Botschaft BÖB BBl 2017 1851, 1961), vs.
- Liegt ein Widerrufsgrund vor, muss widerrufen werden (Handkommentar BÖB, Laura Locher, Rz. 6 zu Art. 44 BÖB)

Weitere Kriterien:

- Willkürverbot (Urteil des BVGer B-307/2016 E. 4.1)
- Dokumentationspflicht/Transparenz ex post (Urteil des BVGer B-307/2016 E. 4.3)
- Handeln nach Treu und Glauben für beide Parteien (Zwischenentscheid B-3374/2023 E. 6.2)
- «Letztes Angebot» während Vertragsverhandlungen (Zwischenentscheid B-3374/2023 E. 7.3.8)
- Verwirkung des Widerrufs?

Exkurs: Obwohl Widerrufsgründe vorliegen, wird nicht widerrufen. Quid iuris??

- Gleichlaufende Interessen, kein Anfechtungsobjekt gemäss Art. 53 BÖB
- Aber: Konkurrent hat Anspruch auf anfechtbare Verfügung, weil es anders keinen Rechtsschutz gibt (Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 553, 1377).
- Problem der «Blackbox» damit gelöst?

Zwischenfazit:

- Widerruf ist der kleine Bruder des Ausschlusses, nicht des Abbruchs
- Widerruf, wenn Bieterreihenfolgesturz, Abbruch, wenn sich Anbieterkreis verändert
- Nach dem Widerruf steht das Vergabeverfahren wieder vor dem Zuschlag
- Macht den Weg frei für erneuten Zuschlag (erneute Ausschreibung nicht nötig)
- Blackbox: Interesse der Konkurrenten und «Verhandlungen auf Augenhöhe» sind besonders zu beachten.

6. Kernthese

Widerruf muss losgelöst vom Abbruch gedacht werden (Unterschied zu BGE 134 II 192 Insieme)!

*Der Widerruf **bietet ein grosses Potential**, in der letzten Phase des Beschaffungsprozesses (nach dem Zuschlag, vor dem Vertragsschluss) **Rechtssicherheit zu schaffen**, insbesondere **durch die Vereinbarung von vertraglichen Widerrufsgründen**.*

Den vertraglichen Widerruf bei der Ausschreibung mitzudenken schont Ressourcen, Zeit und Geld.

Beispiele:

- **Zuschlag an Zweitplatzierten ermöglichen:** *Angebotsfrist bis nach Prüfung von Widerrufsgründen, sofern ich diese antizipieren kann. Spezialfall «Bahngleis»*
- **Wesentlichkeit vertraglich definieren:** *«Nachzahlungen» (mehrere zu unrecht gestellte Nachforderungen sind noch kein Widerrufsgrund [sic]), ev. auch «Schulhaus».*
- **Transparenz und Gleichbehandlung, keine Diskriminierung:** *In dem ich im Vorfeld bekannt gibt, über was **nicht** verhandelt wird.*

7. Bisherige Recherche

Erst am Anfang

Bisherige Widerrufskategorien der Praxis

Widerruf, weil:

- Weil etwas verschwiegen wurde (ursprünglich/nachträglich fehlerhafte Verfügung, Vertrauensschutz)
- Weil sich die Umständen geändert haben, Widerruf analog einer «Wiedererwägung»
- Weil die Vertragsverhandlungen scheitern, Vertrauensverlust

Weitere Kategorisierungen

- Ursprünglich/nachträglich rechtsfehlerhafte Zuschlagsverfügung
- Verschulden (Vergabestelle, Anbieterin, Dritte)

Noch ausstehend: Expertengespräche für das Sammeln von weiterem «Widerrufspotential».

Ziel: Best Practice, mehr Beschwerden gegen Widerrufe ohne Abbruch 😊

Vielen Dank!

Reto Finger
JuS Rechtsanwälte
Schloms und Partner
Augsburg