

Der Dringlichkeit Rechnung tragen

Zur aufschiebenden Wirkung von Vergabebeschwerden

Von Peter Galli, Rechtsanwalt, Zürich

Im Zuge der Beschwerden gegen Baulose der Gotthard-Neat ist Kritik an den geltenden Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen laut geworden. Der Bundesrat will die Zulässigkeit der aufschiebenden Wirkung gesetzlich präziser umschreiben. Der Autor, der auf Fragen des öffentlichen Vergaberechts spezialisiert ist, plädiert seinerseits für eine höhere Gewichtung des Aspekts der Dringlichkeit des jeweiligen Beschaffungsgeschäfts.

Die Vergabe der Baulose Erstfeld und Bahntechnik der neuen Eisenbahn-Alpentransversale (Neat) durch den Gotthard hat zu einem lebhaften Presseecho geführt. Gleich wie auch bei vielen anderen Beschaffungsgeschäften spielte dabei die Frage eine wichtige Rolle, ob der vom unterlegenen Anbietenden erhobenen Submissionsbeschwerde trotz der von der Vergabebehörde geltend gemachten Dringlichkeit der Beschaffung und dem bei Verzögerung entstehenden Schaden die aufschiebende Wirkung zu gewähren sei. Die nachfolgenden Überlegungen zeigen, dass die bestehenden gesetzlichen Regelungen revisionsbedürftig sind.

Konsequenzen geltenden Rechts

Submissionsbeschwerden haben in der Schweiz nicht von Gesetzes wegen, sondern nur auf richterliche Anordnung hin aufschiebende Wirkung. Wird diese nicht erteilt, kann die Vergabebehörde den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger schon vor dem Ergehen eines Urteils in der Sache abschliessen, womit der Beschwerdeführer bei Gutheissung nur noch einen Schadenersatz erhalten kann, der vom Gesetzgeber auf die Aufwendungen für die Offertstellung und das Rechtsmittelverfahren beschränkt wurde und der somit den effektiven Schaden des rechtswidrig nicht berücksichtigten Anbietenden bei weitem nicht deckt. Die Schweiz hält sich mit dieser Regelung des Rechtsschutzes an den Minimalstandard des Gatt/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen. Weil sich die Inkaufnahme des Risikos und der Kosten eines Beschwerdeverfahrens bei der dargestellten Beschränkung des Schadenersatzes nicht lohnt, werden die Beschwerden regelmässig zurückgezogen, wenn die aufschiebende Wirkung nicht gewährt worden ist, selbst wenn der Beschwerdeführer weiterhin davon überzeugt ist, dass seine Beschwerde materiell begründet ist.

Wird ein Zuschlagsentscheid mit aufschiebender Wirkung angefochten, kann die Vergabebehörde den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger einstweilen nicht abschliessen. Bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Zuschlags kann das Beschaffungsgeschäft von der Vergabebehörde nicht weitergeführt werden. Aus diesem Grund wird die aufschiebende Wirkung bei Dringlichkeit des Beschaffungsgeschäfts nach der Gerichtspraxis verweigert, wenn der Vergabebehörde durch eine Verzögerung Schaden entstehen würde.

Diese Regelung veranlasst die Vergabebehörden, aus taktischen Gründen in Beschwerdeverfahren stets Dringlichkeit geltend zu machen und diesen Prozessstandpunkt mit möglichst dramati-

schon Ausführungen über die enormen Schäden zu ergänzen, die dem Gemeinwesen bei Verzögerung der Beschaffung durch Gewährung der aufschiebenden Wirkung entstehen würden. Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ergeht sodann durch einen einzelnen Richter prima facie – auf erste Durchsicht des Dossiers ohne eingehende Prüfung des Falles mit Beweisverfahren, ja ohne die Möglichkeit der Stellungnahme des Beschwerdeführenden zu den Ausführungen der Vergabebehörde.

Ob die aufschiebende Wirkung dann letztlich gewährt wird, hängt massgeblich von der Frage ab, welches Verwaltungsgericht im konkreten Fall zuständig ist, denn die verschiedenen Gerichte haben trotz identischen Rechtsgrundlagen teilweise sehr unterschiedliche Praxen zu ein- und derselben Problematik. Einzelne Gerichte prüfen auch nicht, ob die behauptete Dringlichkeit etwa durch eine mangelhafte Terminplanung der Vergabebehörde als selbstverschuldet zu gelten hat. Gegen eine zu Unrecht erfolgte Verweigerung der aufschiebenden Wirkung besteht sodann faktisch kaum eine wirksame Korrekturmöglichkeit, da das dafür zuständige Bundesgericht insbesondere angesichts von dessen stark eingeschränkter Kognition im hier zur Debatte stehenden Bereich – soweit ersichtlich – noch nie eine nicht gewährte aufschiebende Wirkung auf Beschwerde hin nachträglich zugestand; jedenfalls ist bei den öffentlich zugänglichen Präjudizien kein einziger entsprechender Fall zu finden.

Aufschiebende Wirkung verweigern

Bei Dringlichkeit eines Beschaffungsgeschäfts mit erheblichen Schadenfolgen für das Gemeinwesen bei Verzögerung muss es möglich sein, einer Submissionsbeschwerde die aufschiebende Wirkung verweigern zu können. Das heisst allerdings nicht, dass in einem solchen Fall kein legitimes Rechtsschutzinteresse des beschwerdeführenden Anbietenden besteht; denn es ist sehr wohl denkbar, dass das betreffende Beschaffungsgeschäft zwar dringlich ist, der Zuschlag aber gleichwohl rechtswidrig an den Zuschlagsempfänger erging, weil in Wirklichkeit der Beschwerdeführer das wirtschaftlich günstigste Angebot einreichte. Bei der heutigen Rechtslage wird dem betreffenden Anbietenden bei Verweigerung der aufschiebenden Wirkung infolge Dringlichkeit der Beschaffung aber faktisch der Rechtsschutz als solcher abgeschnitten.

Das oben erwähnte Gatt/WTO-Übereinkommen verpflichtet die Mitgliedstaaten, in Vergabesachen «wirksame» Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen, mit denen die «wirtschaftlichen Chancen» des Submissionsverfahrens sollen gewahrt werden können. Wird die aufschiebende Wirkung infolge Dringlichkeit der Beschaffung, für die der Beschwerdeführer nicht verantwortlich ist, nicht gewährt, so sollte ihm im Falle seines Obsiegens im Prozess in einem revidierten Vergaberecht sein voller Schaden tatsächlich ersetzt werden. Dies würde auch dazu beitragen, dass nur noch bei ernsthafter Dringlichkeit eine Berufung auf diese erfolgen würde.