

# Kein Verzicht auf aufschiebende Wirkung

*Staatsvertragsrechtlich problematische Neuordnung bei Submissionen. Von Peter Galli*

Der Autor kritisiert die Absicht des Bundesrats, Beschwerden unterlegener Firmen gegen gewisse Beschaffungen des Bundes die aufschiebende Wirkung vorweg zu entziehen. Er plädiert im Minimum für einen angemessenen Schadenersatz.

Die vom Bundesrat im Mai beschlossene Vorlage zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen verlangt, dass der Richter bei gewissen Beschaffungsgeschäften keine aufschiebende Wirkung mehr gewähren darf. Dabei würde es sich um den Abbau eines Rechtsschutzes handeln, der im genauen Gegensatz zum Vorgehen in der EU und in den Kantonen steht, welche ihrerseits die Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung weiterhin beibehalten.

Auch bei krassen Fehlvergaben könnte der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger ohne Rücksicht auf eine allfällige Beschwerde sofort abgeschlossen werden. Da die Revisionsvorlage bezüglich der als bekannt vorauszusetzenden Schadenersatzregelung keinerlei Verbesserung gegenüber der heutigen Regelung vorsieht, könnte mit einer Beschwerde auch bei Gutheissung praktisch nichts mehr erreicht werden. Der Rechtsschutz in den von der Revisionsvorlage betroffenen Beschaffungsgeschäften wäre faktisch abgeschafft.

Dabei dürften ausgerechnet die bedeutendsten Submissionen von der faktischen Abschaffung des Rechtsschutzes betroffen sein, sollen diese nach dem Wortlaut der Vorlage doch «im Interesse des Landes oder eines grossen Teils desselben» liegen. Der Bundesrat – als vorgesetzte Behörde von Vergabestellen – soll sogar die Kompetenz erhalten, unter anderem auch für die eigenen Vergabestellen eine Liste der öffentlichen Werke und Bundesaufgaben zu führen, bei deren Beschaffungen der Richter keine aufschiebende Wirkung mehr gewähren darf. Die Frage, ob es rechtmässig ist, den Primärrechtsschutz, also

## SINN DES BESCHAFFUNGSRECHTS

*P. G.* · Im Interesse des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel fördert das Beschaffungsrecht den Leistungswettbewerb der Anbieter. Andererseits bezweckt es, die Anbieter vor Diskriminierung, Willkür und Ungleichbehandlung zu schützen. Angesichts der hohen wirtschaftlichen Bedeutung öffentlicher Beschaffungen sind diese auch korruptionsgefährdet. Wissenschaftliche Untersuchungen belegen, dass Missbräuche auf Auftragnehmer- und/oder Auftraggeberseite auch in der Schweiz vorkommen. Ein wirksamer vergaberechtlicher Rechtsschutz und ein transparentes Vergabeverfahren tragen entscheidend dazu bei, die erwähnten Zielsetzungen zu erreichen und Missbräuche zu verhindern.

die Aufhebung des Zuschlags, – wie in der Revisionsvorlage vorgeschlagen – zumindest für einzelne Geschäfte generell-abstrakt aufzuheben, ist entgegen den Angaben in der Botschaft des Bundesrates keineswegs geklärt.

Immerhin schreibt das Gatt/WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vor, dass die Beschwerdeverfahren der Mitgliedstaaten «rasch greifende Übergangsmassnahmen» vorsehen müssen, «um Verletzungen dieses Übereinkommens zu beheben und wirtschaftliche Chancen zu wahren». Dabei ist nicht einzusehen, weshalb der Richter völkerrechtlich berechtigt sein soll, «Übergangsmassnahmen» anzuordnen, um Rechtsverletzungen zu beheben, was dem Anbieter ermöglichen soll, «wirtschaftliche Chancen» (des Vergabeverfahrens) «zu wahren», wenn es diesem andererseits nach schweizerischem Beschaffungsrecht nicht gestattet wäre, die aufschiebende Wirkung und damit Primärrechtsschutz zu gewähren. – Bei diesem Ergebnis läge es in der Kompetenz des Richters, ob in einem konkreten Beschwerdeverfahren Primärrechtsschutz erteilt wird, und ein Abweichen davon wäre staatsvertragswidrig. Verzögerungen von Beschaffungen sind selbstverständlich so weit wie möglich zu vermeiden. Zu berücksichtigen ist aber, dass Verzögerungen nicht nur aufgrund von Beschwerden mit aufschiebender Wirkung entstehen, sondern auch aus anderen Gründen. Zu denken ist an Verzögerungen im Planungsverfahren und allgemein an

solche im Rahmen der administrativen bzw. politischen Vorbereitung.

Zur Beschleunigung von Beschwerdeverfahren in Submissionssachen können gesetzgeberische Massnahmen wie Dringlichkeitsverfahren bei den Gerichten und die Abschaffung der Gerichtsferien einen Beitrag leisten. Weitere Beschleunigungsmassnahmen sind zu prüfen. Bei vorhandener Möglichkeit sind die Vergabestellen auch verpflichtet, für ihre Beschaffungen eine Terminplanung vorzusehen, die es ermöglicht, eine Beschwerde in den Verfahrensablauf zu integrieren. Dies ist bei entsprechendem Willen gerade bei Grossprojekten, denen eine langfristige Planung vorausgeht, in der Regel möglich.

Der wirksame Rechtsschutz liegt im öffentlichen Interesse. Soll dieser bestehen, darf nicht für bestimmte Kategorien von besonders bedeutenden Vergaben der Primärrechtsschutz ausgeschlossen werden und schon gar nicht zugleich das Mass des zu ersetzenden Schadenersatzes auf einem für den Beschwerdeführer uninteressanten Niveau belassen werden. Wenn die aufschiebende Wirkung aus überwiegenden Gründen verweigert und daher kein Primärrechtsschutz gewährt wird, muss es dem Opfer von Rechtsverletzungen wenigstens möglich sein, einen angemessenen Schadenersatz zu erlangen.

**Peter Galli** ist Rechtsanwalt in Zürich; er war unter anderem von 1996 bis 2006 nebenamtliches Mitglied der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen.