

# Vergabetagung 20

---

## **Aufsichtsinstrumente im neuen Beschaffungsrecht**

Prof. Dr. Nicolas Diebold, Universität Luzern



# Überblick

---

1

Rechtsgrundlagen der Aufsichtsinstrumente

2

Verwaltungsrechtliche/Grundrechtliche Einordnung

3

Massnahmen nach Art. 44

4

Sanktionen nach Art. 45

5

Fokus: Sperre als Ausschlussgrund



# Rechtsgrundlagen

Art. 44 BöB / IVöB	Art. 45 BöB / IVöB
<b>Tatbestände</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Verstoss gegen Beschaffungsrecht</li><li>• Verstoss gegen Strafrecht</li><li>• Verstoss gegen Steuerrecht</li><li>• Verstoss gegen Kartellrecht</li><li>• Verstoss gegen Lauterkeitsrecht</li><li>• Verstoss gegen Berufsregeln</li><li>• Verstoss gegen Arbeitsschutzrecht</li></ul>	<b>Tatbestände</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Verstoss gegen Strafrecht</li><li>• Verstoss gegen Kartellrecht</li><li>• Verstoss gegen Arbeitsschutzrecht</li></ul>
<b>Rechtsfolge</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Ausschluss</li><li>• Widerruf des Zuschlags</li><li>• Streichung von Liste der geeigneten Anbieterinnen</li></ul>	<b>Rechtsfolge</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Verweis</li><li>• IVöB: Geldbusse (gemessen am Auftragswert)</li><li>• Vergabesperre bis 5 Jahre</li></ul>



# Verwaltungsrechtliche Einordnung

## Vollzug von Verwaltungsrecht

Verwaltungsmassnahme	Verwaltungssanktionen
<b>Definition:</b> Massnahmen zur Vermeidung eines rechtswidrigen bzw. zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands	<b>Definition:</b> Reaktion auf Rechtsverletzung mit pönalem Charakter; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands oft nicht mehr möglich
<b>Beispiele:</b> Widerruf (Bewilligung, Konzession etc.), Restitutionspflichten, Ersatzvornahme, Polizeimassnahmen	<b>Beispiele:</b> Belastungen, Geldbusse, administrativer Rechtsnachteil, u.a. → <b>Abgrenzung</b> zu Verwaltungsstrafen
<b>Ziel:</b> Verwirklichung des öff. Interesses	<b>Ziel:</b> General-/Spezialprävention
→ Massnahmen nach BöB 44	→ Sanktionen nach BöB 45



# Grundrechtliche Einordnung

## Wirtschaftsfreiheit BV 27

Verwaltungsmassnahme (BöB 44)	Verwaltungssanktionen (BöB 45)
<b>Ausschluss/Widerruf/Streichung:</b> Erhalt von öff. Aufträgen fällt nicht in Schutzbereich von BV 27 <ul style="list-style-type: none"><li>• kein rechtlicher Eingriff</li><li>• wohl kein faktischer Eingriff</li></ul>	<b>Vergabesperre:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Erhalt von öff. Aufträgen fällt nicht in Schutzbereich von BV 27</li><li>• kein rechtlicher Eingriff</li><li>• evtl. faktischer Eingriff?<ul style="list-style-type: none"><li>• Strassenbauunternehmen vs.</li><li>• Lieferant von Büromaterial</li></ul></li></ul>
	<b>Gelbusse:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Grundrechtseingriff bei «prohibitiven Sanktionen»</li><li>• Umsatzbezogene Belastungen?</li></ul>
	<b>Verwarnung:</b> kein Eingriff



# Massnahme Art. 44

---

**These:** Ausschluss zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands = rechtmässige Vergabe von öffentlichen Aufträgen

**Pflichtverletzung** (Ausschlussgrund):

- Pflichtverletzung nach Art. 44
  - beschaffungsrechtliche Pflicht
  - keine beschaffungsrechtliche Pflicht → Konnex zum laufenden Verfahren
    - Einhaltung beschaffungsrechtlich verlangt (Verweis)
    - Einhaltung implizit verlangt
- Pflichtverletzung nicht in Art. 44 aufgeführt?
  - Herstellung des rechtmässigen Zustands auch ohne explizite gesetzliche Grundlage möglich → keine abschliessende Liste
  - Ausschluss bei Verstößen gegen beschaffungsrechtliche Grundsätze



# Massnahme Art. 44

---

## **Ermessensausübung:**

- „kann“-Bestimmung → Verhältnismässigkeit (BV 5) und Grundsatz der Gleichbehandlung (BV 8, BöB 2)
- bei schweren Verstößen Ausschlusspflicht
- bei leichten Verstößen Ausschlussverbot

## **Verschulden:**

- Ist bei Verwaltungsmassnahmen nicht vorausgesetzt

## **Beweismass:**

- Abs. 1 → Vollbeweis
- Abs. 2 → „hinreichende Anhaltspunkte“



# Massnahme Art. 44

---

## **Rechtsschutz:**

- voller Rechtsschutz
- individuelle Verfügung an ausgeschlossene Anbietern
- zusammen mit Zuschlagsverfügung → für Verfügungsadressatin muss klar sein, ob sie den Zuschlag infolge Ausschluss oder Bewertung nicht erhält

**Wichtig:** Ausschluss ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern gewährleistet die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe im betroffenen Verfahren



# Sanktion Art. 45

---

**These:** Verwarnung, Busse und Sperre sind Sanktionen mit pönalem Charakter

**Pflichtverletzung** (Sanktionsgrund):

- Pflichtverletzung nach Art. 45
  - keine beschaffungsrechtliche Pflicht
    - Einhaltung beschaffungsrechtlich verlangt (Verweis)
    - Einhaltung implizit verlangt
  - Pflichtverletzung nicht in Art. 45 aufgeführt?
    - Sanktion braucht explizite gesetzliche Grundlage → abschliessende Liste

**„Schwerwiegende“ Pflichtverletzung:**

- Bedeutung der verletzten Pflicht
- Verschulden



# Sanktion Art. 45

---

## **Ermessensausübung:**

- Verhältnismässigkeit
  - Verschulden
  - erstmaliger Verstoss / wiederholter Verstoss
- Grundsatz der Gleichbehandlung

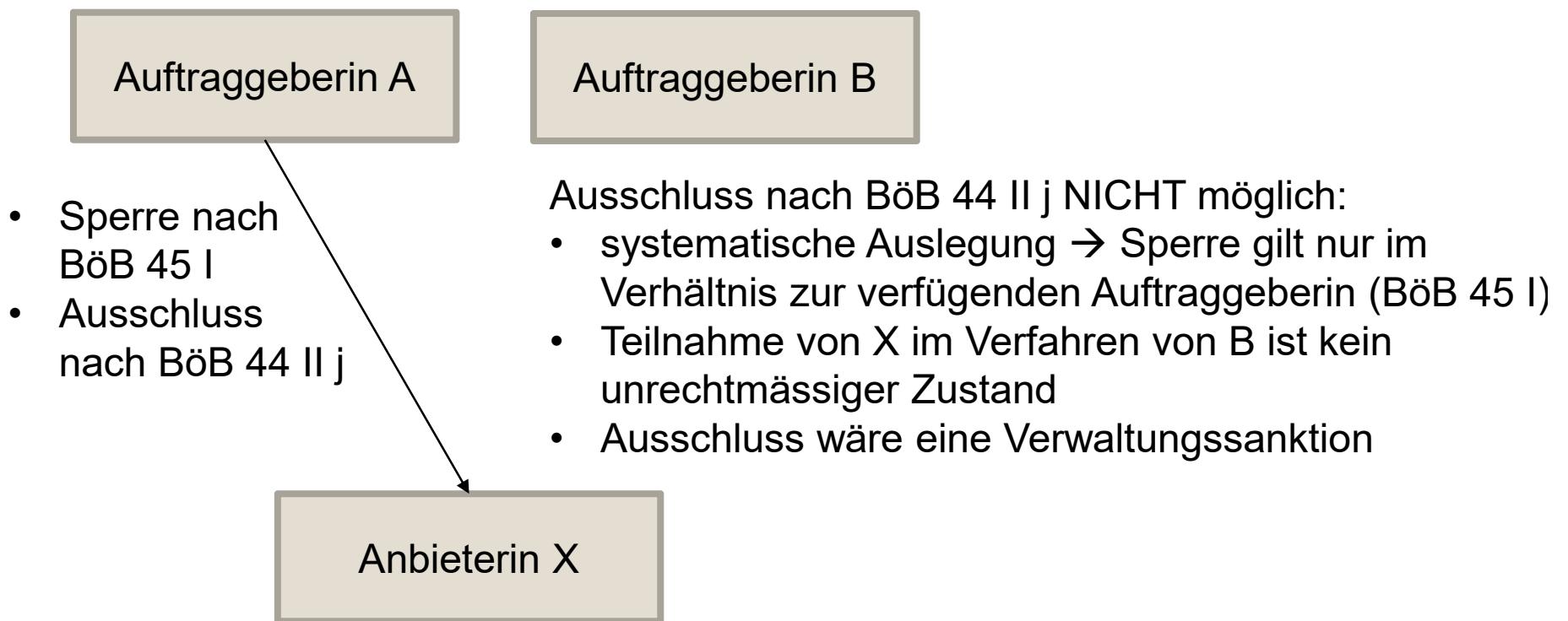
## **Beweismass:**

- Verweis auf Art. 44 bezieht sich auf Tatbestände, nicht aber auf das herabgesetzte Beweismass von Art. 44 Abs. 2 BöB
  - Legalitätsprinzip
  - kein Zeitdruck



# Fokus: Sperre als Ausschlussgrund

**BöB 44 II j:** Ausschluss einer Anbieterin, die nach Artikel 45 Absatz 1 von künftigen öffentlichen Aufträgen rechtskräftig ausgeschlossen ist



# Vergabetagung 20

---

## **Aufsichtsinstrumente im neuen Beschaffungsrecht**

[nicolas.diebold@unilu.ch](mailto:nicolas.diebold@unilu.ch)

