

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



Verwaltungsrechtliche Einordnung

Vollzug von Verwaltungsrecht

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



Grundrechtliche Einordnung

Wirtschaftsfreiheit BV 27

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

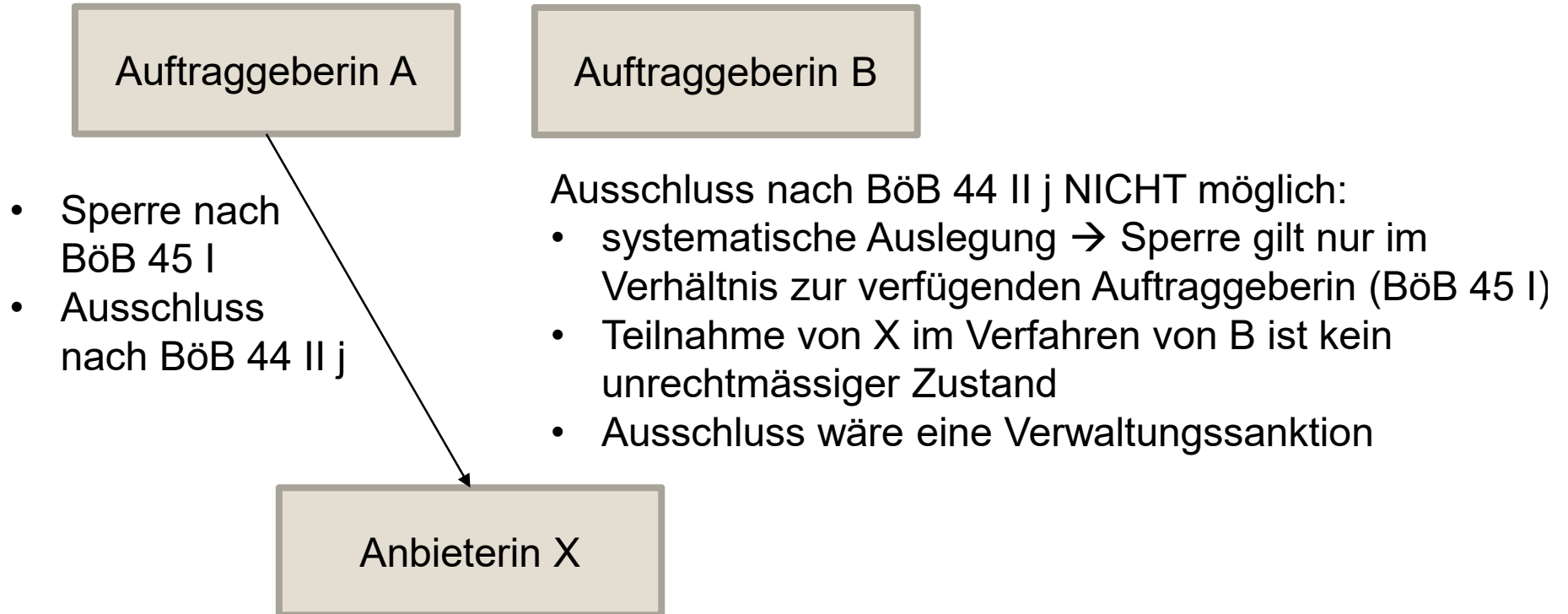
Beweismass:

- 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

