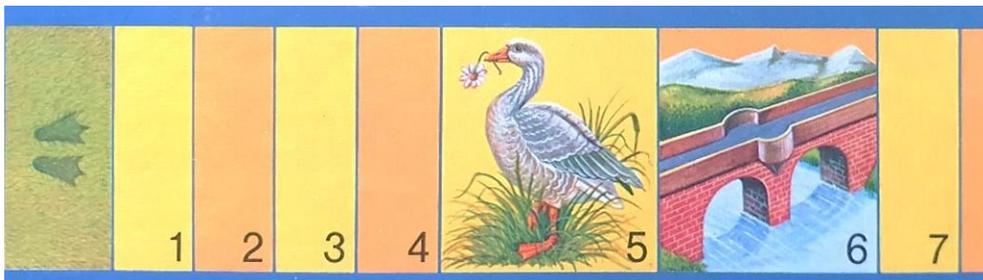


Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte,  
Mai 2023

### Beschaffungsrecht – Folgen des unzulässigen Verfahrensabbruchs

Nach dem alten Submissionsdekret (SubmD) war eine Vergabestelle nicht zum Zuschlag verpflichtet (§ 22 Abs. 1 SubmD). Daraus entwickelte sich die Praxis, dass eine Vergabestelle, welche ein Verfahren ohne wichtigen Grund abgebrochen hatte, nicht zur Fortsetzung des Verfahrens gezwungen werden konnte. Die seit dem 1. Juli 2021 geltende Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) regelt dies anders: Bricht eine Vergabestelle ein Verfahren ab um es zu wiederholen oder neu zu beginnen und erweist sich dies als sachlich unbegründet, ist das Vergabeverfahren fortzuführen (Art. 58 Abs. 1 IVöB). In einem neueren Urteil schickte das Verwaltungsgericht Aargau eine Vergabestelle daher zurück auf «Feld 1».



Wenn Kanton, Gemeinden oder generell die öffentliche Hand Beschaffungen tätigen, müssen sie in einem geregelten Verfahren Offerten einholen und diese bewerten. Das vorteilhafteste Angebot erhält schliesslich den Zuschlag (Art. 41 und Art. 42 IVöB). Es ist jedoch auch zulässig, das Verfahren aus sachlichen Gründen abzubrechen. Der Abbruch kann *definitiv* sein (als endgültiger Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft, Art. 43 Abs. 1 lit. a IVöB) oder *provisorisch* erfolgen (zur Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts; Art. 43 Abs. 1 lit. b - f IVöB). Ein Abbruch ist insbesondere zulässig, wenn kein Angebot einget, das die

Anforderungen erfüllt, unzulässige Absprachen unter den Anbietenden erfolgt sind, oder anderes.

Im Gegensatz zum früheren § 22 Abs. 2 SubmD, der für die Zulässigkeit des Abbruchs einen *wichtigen* Grund verlangte, reicht nach Art. 43 IVöB neu ein *sachlicher* Grund, mit anderen Worten muss der Abbruch sachlich nachvollziehbar sein. Das reicht aus.

Die Vergabestelle muss den Entscheid zum Abbruch (Abbruchverfügung) begründen. Daraus müssen der Grund oder die Gründe für den Abbruch direkt hervorgehen. Ebenso muss die Vergabestelle mitteilen, ob der Abbruch definitiv ist oder provisorisch, also ob eine Wiederholung in Betracht gezogen wird. Erweist sich ein Abbruch mangels sachlichen Grundes auf Beschwerde hin als vergaberechtswidrig, weist das Gericht die Sache zurück an die Vergabestelle zur Fortführung des Verfahrens (Art. 58 Abs. 1 IVöB). Das ist eine entscheidende Änderung zum bisherigen Recht. Gemäss dem früheren Submissionsdekret konnte die Vergabestelle auch bei einem widerrechtlichen Verfahrensabbruch nicht zur Fortsetzung des laufenden Verfahrens gezwungen werden. Das Gericht konnte lediglich den unrechtmässigen Abbruch feststellen (vgl. AGVE 2015, S. 195, E. 2.1).

In einem neueren Anwendungsfall vor Verwaltungsgericht ([Urteil WBE.2022.283, Art. 6, vom 19. Januar 2023](#)) berief sich die Vergabestelle für den Abbruch auf von ihr begangene Verfahrensfehler bei der Ausschreibung und der Bewertung der Angebote. Das Verwaltungsgericht beurteilte diese als sachlich ungenügend für einen Abbruch. Denn anders als zum Beispiel eine falsche Verfahrenswahl oder grundlegende Mängel in der Ausschreibung berechtigt die allfällige Korrektur schwerwiegender Fehler bei der Prüfung, Bereinigung und Bewertung der Angebote grundsätzlich nur zur Wiedererwägung bzw. zum Widerruf eines bereits erteilten Zuschlags, also zu dessen Aufhebung (mit anschliessender Neuvergabe aufgrund der gleichen Unterlagen), nicht aber zum Abbruch des gesamten Vergabeverfahrens und zur Neuausschreibung. Eine Ausnahme kann sich dann ergeben, wenn lediglich ein einziges Angebot im Verfahren verbleibt und keine wirtschaftliche Beschaffung möglich ist (Art. 43 Abs. 1 lit. d IVöB). Das war hier nicht der Fall.

Der Abbruch erwies sich somit als unrechtmässig. Das Gericht verpflichtete die Vergabestelle das Verfahren wieder aufzunehmen und entweder durch einen neuen Zuschlag oder durch einen hinreichend begründeten Abbruch zu beenden.

Neu gilt also eine Fortführungspflicht. Allerdings ist damit noch nicht entschieden, wie das Verfahren dann wirklich endet. Denn die Vergabestelle kann das Verfahren entweder durch einen Zuschlag ordentlich abschliessen. Oder sie bricht das Verfahren erneut ab, diesmal jedoch aus einem zureichenden Grund. Das vorgenannte Urteil ist also nur ein «halber» Sieg.

---