

VergabeNews Nr.

25

---

**Aufhebung des Vergabeentscheids und Neuerteilung des Zuschlags durch die Beschwerdeinstanz: Unter welche Voraussetzungen kann der Zuschlag direkt an eine andere Anbieterin des Vergabeverfahrens erteilt werden?** Urteil des Bundesgerichts 2C\_979/2018 vom 22. Januar 2020

---

**walderwyss** rechtsanwälte



**Regula Fellner**  
lic. iur., Rechtsanwältin  
Senior Associate  
Telefon +41 58 658 51 98  
regula.fellner@walderwyss.com



**Martin Zobl**  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Managing Associate  
Telefon +41 58 658 55 35  
martin.zobl@walderwyss.com

Das Bundesgericht hatte sich in diesem (zur Publikation vorgesehenen) Urteil mit der bisher ungeklärten Rechtsfrage zu befassen, ob die Beschwerdeinstanz berechtigt ist, die Zuschlagsverfügung einer Vergabebehörde aufzuheben und – da die zweitplatzierte Anbieterin kein Rechtsmittel gegen die Zuschlagserteilung ergriffen hat – den Zuschlag direkt an die drittplatzierte, beschwerdeführende Anbieterin zu erteilen. Insbesondere unter Bezugnahme auf die eigenständige und zentrale Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes im Beschaffungsrecht kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine Neubewertung der Angebote nicht nur auf die Angebote der vormaligen Zuschlagsempfängerin und der anfechtenden Anbieterinnen beschränkt werden dürfe, sondern sämtliche (zu berücksichtigenden) Anbieterinnen in die neue Beurteilung einzubeziehen seien.

#### Hintergrund

Das Verfahren betraf die von der Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons Basel-Landschaft durchgeführte Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im offenen Verfahren. Der ausgeschriebene Auftrag umfasste die Bearbeitung von Gesuchen um Finanzhilfen für energetische Massnahmen im Gebäudebereich, welche im Rahmen des als «Baselbieter Energiepaket» bezeichneten Förderprogramms für beitragsberechtigte Projekte eingereicht werden können. Der Zuschlag wurde an die A. AG erteilt, welche mit dieser Aufgabe seit 1. Januar 2012 beauftragt gewesen war.

Gegen die Zuschlagserteilung erhob die drittplatzierte Anbieterin (B. AG) Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, welches die Zuschlagsverfügung in Gutheissung der Beschwerde aufhob und den Zuschlag direkt an die B. AG erteilte.

Daraufhin gelangte die A. AG als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin an das Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Bestätigung des Zuschlags. Im Eventualantrag ersuchte sie um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz bzw. Vergabebehörde zur Wiederholung der

Angebotsbewertung und einer neuen Zuschlagserteilung.

#### Das Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bestätigte das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, soweit die Zuschlagsverfügung aufgehoben wurde. Indes hob es das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf die direkte Zuschlagserteilung an die B. AG auf und wies die Sache zur Neubeurteilung der Angelegenheit an die Vergabebehörde zurück.

Mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe ihre Kognitionsbefugnisse willkürlich ausgeübt, indem sie in den Ermessensspielraum der Vergabebehörde eingegriffen und einen vertretbaren Vergabeentscheid über eine blosser Rechtskontrolle hinaus korrigiert habe, drang die A. AG nicht durch. Hierzu führte das Bundesgericht insbesondere aus, das Kantonsgericht sei zu Recht zum Schluss gelangt, dass das Preiskriterium aufgrund einer zu flachen Preiskurve zu gering gewichtet worden sei, und es habe dabei ausführlich dargelegt, weshalb die Vergabebehörde ihr Ermessen missbraucht habe. Mit Blick auf die Kognition sei nicht zu beanstanden, dass das Kantonsgericht die Zuschlagsverfügung nicht als rechtmässig beur-

teilt, die Preiskurve neu festgelegt und gestützt darauf eine erneute Bewertung vorgenommen habe (E. 5, insb. E. 5.3.1).

Zur Beanstandung der A. AG in Bezug auf die direkte Zuschlagserteilung an die B. AG konstatierte das Bundesgericht, dass es grundsätzlich in der Kompetenz der kantonalen Beschwerdeinstanz stehe, in der Sache selbst zu entscheiden und – trotz Fehlen eines entsprechenden Antrag seitens der Vergabebehörde – ein reformatorisches Urteil zu erlassen, solange der beschaffungsrechtliche Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin des erstinstanzlichen Vergabeverfahrens noch nicht abgeschlossen sei. Laut Bundesgericht hat die kantonale Beschwerdeinstanz jedoch den Ermessensspielraum der Vergabebehörde zu beachten und darf ihre Kompetenz, reformatorisch zu urteilen, nur mit Zurückhaltung und ausschliesslich in Konstellationen, die hinreichend geklärt sind, wahrnehmen. Eine solche Konstellation liegt nach Ansicht des Bundesgerichts beispielsweise vor, wenn am Vergabeverfahren lediglich zwei Anbieterinnen teilnehmen oder der Zuschlag ohne Weiteres – da keine weiteren Anbieterinnen für den Zuschlag in Frage kommen – an die nächstbesser platzierte Anbieterin erteilt werden kann. Gemäss Bundesgericht mangelt es indes unter anderem an der erforderlichen Klarheit, wenn zweifelhaft ist, ob die beschwerdeführende Anbieterin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat (E. 6.2).

In diesem Sinne stützte das Bundesgericht die Rüge der A. AG, wonach der direkte Zuschlag an die B. AG mit dem im Vergabeverfahren drittbesten bewerteten Angebot unhaltbar sei. Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass die Aufhebung der Zuschlagsverfügung nicht nur *inter partes* wirke, sondern eine ungeteilte Wirkung für sämtliche am Vergabeverfahren beteiligten Anbieterinnen entfalte. Die ungeteilte Wirkung der Aufhebung eines Vergabeentscheids als Eigenheit des Vergabeverfahrens sei Ausfluss aus dem

Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (nach Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB und Art. 13 Abs. 1 lit. f IVöB), welcher namentlich die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel bezwecke. Das Bundesgericht erwog, dass die Vorinstanz, soweit diese (unter den Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1 IVöB) ein reformatorisches Urteil fälle, dem öffentlichen Interesse an einem möglichst guten Angebot und dem haushälterischen Umgang mit den öffentlichen Mitteln massgeblich Beachtung zu schenken habe. Dies beinhalte insbesondere, dass die Anbieterin mit dem potenziell bestplatzierten Angebot effektiv zum Zuge kommen könne. Dabei betonte das Bundesgericht die zentrale und eigenständige Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes als Optimierungsprinzip im Beschaffungsrecht (E. 6.3.2).

Ausgehend hiervon kam das Bundesgericht zu dieser Folgerung: Korrigiert die Vorinstanz eine fehlerhafte Anwendung der Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde und gelangt sie zur Erkenntnis, dass eine entsprechende Neubewertung der Angebote vorzunehmen ist, darf die Neubewertung anhand des korrigierten Prüfungsmassstabs nicht nur auf die Angebote der vormaligen Zuschlagsempfängerin und der anfechtenden Anbieterinnen beschränkt werden (E. 6.3.3).

Nach Auffassung des Bundesgerichts liegt hier eine Konstellation vor, in der nicht hinreichend erstellt ist, welche Anbieterin das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert hat, nachdem die Vorinstanz – zu Recht – diverse Korrekturen bei der Anwendung der Zuschlagskriterien Preis und Qualität sowie deren Teilkriterien vornehmen musste. Mangels der erforderlichen Klarheit schliesst das Bundesgericht ein reformatorisches Urteil aus und erachtet die Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabebehörde unter Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Vornahme einer Neubewertung als erforderlich (E. 6.3.4).

### Anmerkungen

Das Bundesgericht spricht den kantonalen Beschwerdeinstanzen in vergaberechtlichen Verfahren die Kompetenz zur Fällung von reformatorischen Urteilen nur in Konstellationen zu, die hinreichend geklärt sind. Sobald neben der Zuschlagsempfängerin und der beschwerdeführenden Anbieterin noch weitere Anbieterinnen eine realistische Chance auf den Zuschlag haben, dürfte dies regelmässig nicht mehr der Fall sein. Dies gilt zumindest für Situationen, in denen der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum bei der (neuen) Angebotsbewertung verbleibt, etwa bei komplexeren Beschaffungen mit mehreren Zuschlagskriterien. In diesen Ermessensspielraum dürfen die Rechtsmittelbehörden nicht eingreifen.

Mangelt es an der erforderlichen Klarheit, soll die Beschwerdeinstanz die Angelegenheit – unter Umständen mit einer verbindlichen Anordnung – zur Neubewertung dieser Angebote an die Vergabebehörde anhand des von der Beschwerdeinstanz korrigierten Prüfungsmassstabs zurückweisen. Die Vergabebehörde ihrerseits ist im Fall einer Rückweisung gehalten, alle Anbieterinnen ins Vergabeverfahren einzubeziehen, soweit dem keine verfahrensrechtlichen Hindernisse (wie ein rechtskräftiger Verfahrensausschluss mangels Erfüllung der Eignungskriterien) entgegenstehen (vgl. E. 6.3.4). Weder die Vergabebehörde noch die Beschwerdeinstanz dürfen ihre Prüfung auf die Verfahrensparteien beschränken.

Die Berücksichtigung aller Angebote erscheint unter den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen als angezeigt und notwendig: Eine Beschränkung der Neubewertung auf die Angebote der vormaligen Zuschlagsempfängerin und der anfechtenden Anbieterin(nen) stünde im Widerspruch mit dem Prinzip der ungeteilten Wirkung der Aufhebung des Vergabeentscheids, liefe dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zuwi-

der und verletzte die Gebote der Transparenz sowie der Gleichbehandlung, wonach die Angebote sämtlicher Anbieterinnen in gleicher Weise zu bewerten sind. Allerdings kann dies zum für eine unterlegene Anbieterin unbefriedigenden Ergebnis führen, dass sie zwar mit ihrer Beschwerde (teilweise) durchdringt und der Zuschlag aufgehoben wird, im Zuge der Neubewertung der Angebote jedoch eine andere Anbieterin, die sich gar nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt hat, den Zuschlag erhält. Da zu Beginn eines Beschwerdeverfahrens mangels Akteneinsicht regelmässig nicht klar ist, wie die Angebote der anderen Anbieterinnen bewertet wurden, bleibt einer unterlegenen Anbieterin oftmals nichts anderes übrig, als dennoch (vorsorglich) Beschwerde zu führen – im Wissen um die Möglichkeit, dass sie damit weniger sich selbst als vielmehr einer anderen Anbieterin einen Gefallen tun könnte.

Aus Sicht der beschwerdeführenden Anbieterin, welche die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Zuschlagserteilung an sich selber beantragt, ist in prozessualer Hinsicht empfehlenswert, zu begründen, dass und inwieweit eine hinreichend klare Konstellation vorliegt, welche es der Beschwerdeinstanz erlaubt, ein reformatorisches Urteil zu fällen. Im Hinblick auf eine Rückweisung kann sodann ratsam sein, bereits im Verfahren vor der Beschwerdeinstanz darzulegen, dass und aus welchen Gründen die Vergabestelle im Rahmen der Neubewertung einzelne Angebote aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht berücksichtigen darf. Vor dem Hintergrund, dass eine Rückweisung an die Vergabestelle mit verbindlichen Anordnungen ergehen kann, vermag die Anbieterin dadurch bestenfalls (indirekt) Einfluss auf die vergabebehördliche Neubewertung zu nehmen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://www.beschaffungswesen.ch) finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020