



# Merkblatt

## Ausstand

Stand 24.09.2021

**Die Unbefangenheit (Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit) der Verfahrensbeteiligten seitens Vergabestelle ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Verwirklichung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze (Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterin, Verfahrenstransparenz, Wettbewerbsstärkung, und Nachhaltiger wirtschaftlicher sowie ökologischer und sozialer Einsatz öffentlicher Mittel). Gerade auf Märkten mit wenigen Anbietern kann der Eindruck entstehen, die Vergabestelle bevorzuge einzelne Anbieterinnen. Die strikte Einhaltung der Ausstandsregeln ist daher auch eine wichtige Voraussetzung zur Reduktion von Beschwerderisiken.**

### A Ausstand Art. 13 BöB<sup>1</sup>

1. Am Vergabeverfahren dürfen auf Seiten der Auftraggeberin oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die:
  - a. an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben;
  - b. mit einer Anbieterin oder mit einem Mitglied eines ihrer Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
  - c. mit einer Anbieterin oder mit einem Mitglied eines ihrer Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
  - d. Vertreterinnen oder Vertreter einer Anbieterin sind oder für eine Anbieterin in der gleichen Sache tätig waren; oder
  - e. aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.
2. Ein Ausstandsbegehren ist unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorzubringen.

Über Ausstandsbegehren entscheidet die Auftraggeberin oder das Expertengremium unter Ausschluss der betreffenden Person.

### B Grundsätzliches

#### 1. Adressat und Zweck der Ausstandspflicht

Die Pflicht bei Vorliegen eines Ausstandsgrundes, d.h. bei Befangenheit im Beschaffungsverfahren von sich aus nicht mitzuwirken (Ausstandspflicht), betrifft alle an einem Vergabeverfahren beteiligten Personen (auch beigezogene Externe/ Dritte) die geeignet sind, einen beschaffungsrechtlich relevanten Entscheid zu beeinflussen (etwa Erstellung der Ausschreibungsunterlagen oder bei Angebotsevaluation). Sie bezweckt die Sicherstellung einer objektiven Prüfung der Sach- und/ oder Rechtslage durch eine unparteiische und unvoreingenommene Auftraggeberin.

#### 2. Ausstandsgründe

Die Aufzählung der konkreten Ausstandsgründe in Art. 13 Abs. 1 Bst. a bis d BöB wird ergänzt durch den Auffangtatbestand von Art. 13 Abs. 1 Bst. e BöB, wonach beliebige andere Ursachen eine Ausstandspflicht begründen können. So etwa aktuelle oder frühere Beziehungen (z.B. zu Kunden oder strategischen und wirtschaftlichen Partnern, ein ehemaliges Arbeitsverhältnis, eine mehrjährige (militärische) Kameradschaft, die Zugehörigkeit zu einer Interessengruppe (Verein, Partei oder Religionsgemeinschaft), Nachbarschaft oder die Annahme von Geschenken oder sonstigen Vorteilen (vgl. zu Letzterem insbes. auch Art. 21 Abs. 3 BPG<sup>2</sup> sowie Art. 322ter ff. StGB<sup>3</sup>).

#### 3. Ausstandsgesuch und -entscheid

Eine Anbieterin hat umgehend nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes bei der Auftraggeberin – der unter Ausschluss der betreffenden Person darüber entscheidet - ein Ausstandsbegehren zu stellen (vgl. Art. 13 Abs. 2 und 3 BöB). Tut sie dies nicht, ist sein Ausstandsanspruch verwirkt.

#### 4. Folgen der Verletzung der Ausstandspflicht

Der Anspruch auf Unbefangenheit ist ein formeller. Das bedeutet, dass eine trotz Ausstandspflicht erlassene Verfügung (z.B. ein Zuschlag) auf Beschwerde hin aufzuheben ist. Dies unabhängig davon, ob sich die Befangenheit auf die Verfügung ausgewirkt hat oder nicht. Nur beim Auffangtatbestand von Art. 13 Abs. 1 Bst. e BöB kann die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren den Nachweis der Irrelevanz der Befangenheit für den Verfahrensausgang erbringen und dadurch bewirken, dass die angefochtene Verfügung nicht aufgehoben wird.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1).

<sup>2</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

<sup>3</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

## C Beispiele und Fragen

### 1. Verwandtschaft, persönliches Interesse, andere Gründe

Die D AG erhält bei einer Beschaffung (offenes Verfahren) den Zuschlag. Die Y AG erzielt den zweiten und die X AG den dritten Rang. Der Grossvater V des Mitgliedes S des Evaluationsteams ist Verwaltungsratspräsident der Y AG (Zweitplatzierte). Herr S (Mitglied des Evaluationsteams) hat alle Angebote auf die Erfüllung der Eignungskriterien hin überprüft.

Hätte die drittplatzierte X AG Erfolg, wenn sie gegen den Zuschlag mit dem Argument der Befangenheit des S Beschwerde erheben würde?

### 2. Ehemaliges Arbeitsverhältnis

Das BBL schreibt im offenen Verfahren ein Informatiktool aus. Der X unterzeichnet eine Unbefangenheitserklärung und nimmt an der Bewertung der Angebotspräsentation teil. Den Zuschlag erhält die Z AG.

Die zweitplatzierte V AG erhebt dagegen Beschwerde. Sie rügt Befangenheit des X. Dieser habe vor rund 1 1/2 Jahren als Geschäftsführer bei der Z AG (Zuschlagsempfängerin) gearbeitet. Zudem habe er an von der Z AG und der Bedarfsstelle gemeinsam organisierten Anlässen als Referent teilgenommen.

War X ausstandspflichtig?

### 3. Referenzprojekte des Bundes

Eine Anbieterin Y referenziert auf ein Projekt, das sie für die Bedarfsstelle früher einmal realisiert hat. Als Auskunftsperson für dieses Referenzprojekt bezeichnet sie den A, Mitglied des Evaluationsteams.

Ist A ausstandspflichtig?

## D Lösungsvorschläge zu den vorstehenden Beispielen

### 1. Verwandtschaft, persönliches Interesse

S ist mit V, den Verwaltungsratspräsidenten der Y AG (Zweitplatzierte), in gerader Linie verwandt. Es liegt daher eine Ausstandspflicht des S vor (konkreter Ausstandsgrund, vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. c BÖB). Er hätte an der Angebotsevaluation nicht teilnehmen dürfen. Aufgrund der formellen Natur des Unbefangenheitsanspruchs muss die Drittplatzierte X AG nicht nachweisen, dass sie ohne Mitwirkung des S eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Der Vergabestelle steht ihrerseits – da ein konkreter Ausstandsgrund vorliegt – hier nicht der Nachweis offen, dass dies nicht der Fall war.

Die fristgerechte Beschwerde der X AG wäre somit gutzuheissen, der Zuschlag an die D AG aufzuheben und das Evaluationsverfahren – unter Ausschluss von S – erneut durchzuführen.

### 2. Ehemaliges Arbeitsverhältnis

Es stellt sich die Frage, ob bei Herr X eine Befangenheit im Sinne des Auffangtatbestandes (Art. 13 Abs. 1 Bst. e BÖB) vorgelegen hat. Nimmt eine frühere Arbeitgeberin als Anbieterin an einer Beschaffung teil,

so hängt es insbesondere von der Dauer und Position der Anstellung sowie der Zeitspanne seit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ab, ob gesamthaft betrachtet eine Ausstandspflicht besteht. Vorliegend hatte Herr X bei der Z AG in leitender Position (Geschäftsführer) gearbeitet, mit regem Kontakt zur Führungsebene. Hinzu kommen die relativ kurze Zeitspanne zwischen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und der Angebotspräsentation sowie die Teilnahme des X an den Events mit der Bedarfsstelle. X war daher ausstandspflichtig. Da eine Ausstandspflicht im Sinne des Auffangtatbestandes bestand, hätte das BBL im Beschwerdeverfahren – anders noch als unter dem alten BÖB – zwar die Möglichkeit nachzuweisen, dass sich die Befangenheit des X nicht auf das Ergebnis des Beschaffungsverfahrens ausgewirkt hat. Dieser Nachweis dürfte allerdings nicht leichthin zu erbringen sein. Insbesondere reicht dafür die von X unterzeichnete Unbefangenheitserklärung nicht aus, dokumentiert sie doch einzig, dass er auf die Ausstandsproblematik hingewiesen wurde.

### 3. Referenzprojekte des Bundes

Der Umstand, dass Evaluationsmitglied A mit einer bisherigen Anbieterin bereits in einem Projekt zu tun hatte, ist systembedingt. Der A wäre daher nur bei Vorliegen zusätzlicher Umstände für eine Befangenheit (vgl. dazu Art. 13 Abs. 1 BÖB) ausstandspflichtig und müsste von sich aus die Auskunfterteilung ablehnen und aus dem Evaluationsteam ausscheiden. Ohne zusätzliche Umstände kann der A im Evaluationsteam bleiben. Zwecks Minimierung des Anfechtungsrisikos soll das Projekt indessen der anfragenden Anbieterin eine Ersatzreferenzperson ausserhalb des Evaluationsteams vorschlagen.<sup>4</sup>

## E Empfehlungen

Bereits beim „Kick-Off“ einer Beschaffung sollten die Beteiligten von der Projektleitung auf die Ausstandsgründe aufmerksam gemacht werden. Alsdann müssen sie am „Kick-off“, spätestens aber vor der Evaluation – am besten unter Hinweis darauf, wer alle Angebote einreichen könnte bzw. eingereicht hat – eine Unbefangenheitserklärung unterzeichnen oder aber von sich aus in den Ausstand treten:

<https://www.bkb.admin.ch/de/unbefangenheitserklaerung>

Bei Unklarheiten, ob eine Ausstandspflicht besteht, ist der jeweilige Projektleiter / die jeweilige Projektleiterin zu informieren und/oder rechtzeitig rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen.

## F Weitere Informationen

[rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch](mailto:rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch)

<sup>4</sup> Ein Muster des Ablehnungsschreibens zur Referenzauskunfterteilung ist unter «Evaluation der Angebote» einsehbar unter folgenden [Link](#).