



Merkblatt

Umstrukturierungen des Zuschlagsempfängers

Stand: 16. Oktober 2023

Die Vergabestelle darf nur mit dem Zuschlagsempfänger einen Vertrag abschliessen. Dies bedeutet, dass nach Zuschlagserteilung nur geringfügige Änderungen vom Zuschlag zulässig sind und der potentielle Anbieterkreis nicht verändert werden darf.

Strukturiert sich ein Zuschlagsempfänger um, wirft dies beschaffungs- und vertragsrechtliche Fragen auf. Nachfolgend werden die häufigsten Konstellationen und deren beschaffungsrechtliche Auswirkungen sowie die Vorgehensweise in solchen Fällen dargestellt.

A. Arten der Umstrukturierung

Anbieter sind im Rahmen des Gesetzes in ihrer internen Organisation grundsätzlich frei. In einer dynamischen Wirtschaftswelt können insb. auch während eines Vergabeverfahrens bzw. der Gültigkeit eines Vertrages unterschiedliche organisatorische Änderungen eintreten, z.B.:

- Umfirmierung / Umzug
- Verkauf der Gesellschaft (juristische Person) / Geschäftsübernahme (natürliche Person)
- Umwandlung der Rechtsform
- Fusion / Spaltung / Vermögensübertragung

B. Umfirmierung / Umzug

Bei einer Umfirmierung handelt es sich um eine reine Umbenennung und bei einem Umzug um die Verlegung des Unternehmenssitzes.

Beispiel: «Zuschlag AG» in Zürich nennt sich neu «Expert AG» und zieht nach Zug um.

Mit einer Umfirmierung oder einem Umzug innerhalb des Landes (Domizilwechsel) ist keine rechtlich relevante Änderung der Beschaffung verbunden. Es ist nicht notwendig, bereits existierende Vertragsgrundlagen anzupassen. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte bei allfälligen Nachträgen aber auf die Umfirmierung bzw. Umzug Bezug genommen werden, z.B.: «Expert AG, Zug (vormals: Zuschlag AG, Zürich)».

In seltenen Fällen kann eine Umfirmierung bzw. ein Umzug Hinweise darauf geben, dass zuschlagsrelevante Kriterien neu zu überprüfen sind (z.B. Reaktionszeit mit Anfahrtsweg, Vorgaben zum Firmendomizil, etc.) oder weitere Umstrukturierungen anstehen.

C. Verkauf der Gesellschaft

Beispiel: Alle Aktien der «Zuschlag AG» in Zürich werden von «Transnational Konzern SA» in Paris aufgekauft.

Die Änderung der Eigentümerstruktur hat grundsätzlich keine beschaffungsrechtlich relevante Auswirkung – die Zuschlagsempfängerin und der Vertrag besteht unverändert weiter. Die Änderung kann aber Hinweise auf die Veränderung zuschlagsrelevanter Kriterien liefern, z.B., dass neu sanktionierte Personen beteiligt sind oder Schlüsselpersonen ausscheiden. Einem Verkauf folgt auch oft eine Neuorganisation im Konzern, in deren Rahmen Aktiva/Passiva verschoben werden und sich das Haftungssubstrat ändern kann.

D. Geschäftsübernahme

Beispiel: Der selbständige Schreinermeister Heinz Muster setzt sich zur Ruhe und übergibt das Geschäft seiner Tochter Maria Muster.

Die Geschäftsübernahme kommt nur zum Zug, wenn die übertragende Gesellschaft bzw. das Unternehmen nicht im Handelsregister eingetragen bzw. nicht eintragungsfähig ist (z.B. nicht eingetragenes Einzelunternehmen, noch nicht eingetragene kaufmännische Kollektivgesellschaft oder [nicht eintragungsfähige] einfache Gesellschaft)¹.

Grundsätzlich darf nur mit dem Zuschlagsempfänger und nicht mit Dritten ein Vertrag geschlossen werden. Im Falle der Übernahme eines ganzen Geschäfts gehen Passiva jedoch von Gesetzes wegen auf den neuen Inhaber über². Die Vertragsverhältnisse können mit Zustimmung des Bundes ebenfalls übertragen werden. Mit einer solchen Übernahme sind regelmässig wesentliche Auswirkungen auf die Erfüllung der zuschlagsrelevanten Kriterien zu erwarten.

Es ist deshalb zu prüfen, ob der Zuschlag bzw. der Vertrag aufrechterhalten werden kann.

¹ Siehe Art. 181 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), nachstehend: OR.

² Siehe Art. 181 OR.

E. Umwandlung

Die Umwandlung ist eine Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft (sog. Rechtskleidwechsel)³.

Beispiel: *Bisheriger Vertragspartner der Vergabestelle Zuschlag GmbH ändert die Rechtsform in eine Aktiengesellschaft und nennt sich neu Zuschlag AG.*

Im Falle einer Umwandlung der Rechtsform bleibt der Vertragspartner im neuen Kleid unverändert erhalten und die Vertragsverhältnisse ändern sich nicht. Meist ist kein Einfluss auf die zuschlagsrelevanten Kriterien zu erwarten. Eine solche Änderung kann jedoch ausnahmsweise die das Haftungssubstrat reduzieren.

F. Fusion

Die Fusion ist eine Verschmelzung von Gesellschaften. Entweder übernimmt eine bestehende Gesellschaft eine oder mehrere andere Gesellschaften (Absorption), oder bestehende Gesellschaften schliessen sich zu einer neuen Gesellschaft zusammen (Kombination)⁴.

Beispiel: *Die «Zuschlag AG» geht in der bestehenden «Maxi AG» auf (Absorption); oder Die «Zuschlag AG» und die «Konkurrent AG» gehen beide in der neu entstehenden «Maxi AG» auf (Kombination).*

Im Rahmen einer Fusion gehen alle Aktiven und Passiven – auch die Vertragsverhältnisse – von Gesetzes wegen auf die neue Gesellschaft über (sog. Universalsukzession). Die im Rahmen einer Fusion übernommenen Gesellschaften werden gelöscht.

Beschaffungsrechtlich stellt dies meist kein grösseres Problem dar. Der ursprüngliche Vertragspartner geht in einer Gesellschaft mit mehr Substanz auf. Vorsicht ist jedoch bei sog. Sanierungsfusionen geboten, da auch danach die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eingeschränkt sein kann.

G. Spaltung

Bei einer Spaltung werden Teile einer Gesellschaft abgetrennt und in einer neuen Gesellschaft selbstständig⁵.

Beispiel: *Die «Zuschlag AG» spaltet ihre Abteilung für Beratung öffentlicher Auftraggeberinnen in eine neue «Öffi Beratung AG» ab.*

In solchen Fällen gehen bestimmte Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf eine neu gegründete Gesellschaft über (sog. partielle Universalsukzession). Die Vergabestelle steht nach einer Spaltung nicht mehr der ursprüngliche Vertragspartner, sondern nur noch Teile von ihm gegenüber. Das Haftungssubstrat hat sich reduziert und es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass alle Zuschlagskriterien unverändert erfüllt werden. Aus beschaffungsrechtlicher Sicht stellt eine Spaltung daher ein erhöhtes Risiko dar.

H. Vermögensübertragung

Bei einer Vermögensübertragung überträgt eine Gesellschaft Teile von sich selbst an eine andere Gesellschaft⁶.

Beispiel: *Die «Zuschlag AG» überträgt ihre Abteilung für Beratung öffentlicher Auftraggeberinnen mit Aktiven und Passiven auf die bestehende «Öffi Beratung GmbH».*

Wie im Falle der Spaltung gehen bestimmte Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf die empfangende Gesellschaft über. Es können sich Veränderungen in zuschlagsrelevanten Kriterien ergeben (z.B. Schlüsselpersonen verbleiben bei der alten Gesellschaft) und allenfalls reduziert sich das Haftungssubstrat.

I. Empfehlungen für die Vergabestelle

Erfährt die Vergabestelle von Umstrukturierungen eines Zuschlagsempfängers bzw. Vertragspartners, ist deren Einfluss auf die Beschaffung und den Vertrag in jedem Fall zu kontrollieren, insb.:

- Ist die Erfüllung der zuschlagsrelevanten Kriterien (TB/EK/TS) gewährleistet?
- Bleibt das Know-how erhalten?
- Sind die für die Erfüllung des Auftrages notwendigen Ressourcen noch vorhanden?
- Bleiben die Schlüsselpersonen erhalten?
- Sind die notwendigen Bewilligungen noch vorhanden?
- Sind sanktionierte Personen an der Gesellschaft beteiligt?
- Kann dies irgendeinen Einfluss auf das geistige Eigentum haben?

Die Vergabestelle ist berechtigt, erneute oder vertiefte Nachweise und Erklärungen zu verlangen, um zu prüfen, ob die für den Zuschlag und Vertrag relevanten Kriterien weiterhin aufrechterhalten werden können. Allfällige Änderungen müssen mittels Nachtrags tätigt werden. Zudem wird für eine bessere Nachvollziehbarkeit empfohlen, den Auszug aus dem Handelsregister dem Nachtrag beizufügen.

Können die für den Zuschlag und Vertrag relevanten Kriterien hingegen nicht aufrechterhalten werden, darf keine Zustimmung zur Vertragsübertragung gegeben werden bzw. ist dieser gar aufzulösen und der Zuschlag zu widerrufen. Zur Wahrung der Rechte ist empfehlenswert, den zuständigen Rechtsdienst rechtzeitig zu konsultieren.

J. Weitere Informationen

rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

³ Siehe Art. 53 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (SR 221.301), nachstehend: FusG.

⁴ Siehe Art. 3 FusG.

⁵ Siehe Art. 29 FusG.

⁶ Siehe Art. 69 FusG.