

Faktenblatt

Sanktionen (Art. 45 BÖB/IVöB)

Juli 2021

Betroffene Phase im Beschaffungsablauf:

Sanktionen können grundsätzlich jederzeit ausgesprochen werden (ausserhalb aber auch während eines laufenden Vergabeverfahrens). Die Sanktion an sich wirkt sich, sobald sie rechtskräftig ist, jedoch erst auf künftige Vergaben aus.

Sanktionsgründe: Sanktioniert werden Pflichtverletzungen von Anbieterinnen oder auch Subunternehmerinnen ausserhalb des Beschaffungsrechts, aber mit Bezug auf öffentliche Beschaffungen, z.B. Verstösse gegen das Kartellgesetz (Preis- und/oder Gebietsabreden unter den Anbieterinnen), wegen Straftaten (Urkundenfälschung, Vermögensdelikte und Korruptionsdelikte), gegen die Umweltschutzgesetzgebung (Bsp.: unbewilligter Deponiebetrieb im Rahmen eines in einem Vergabeverfahren vergebenen Hochwasserschutzprojekt führt zu Gewässerverschmutzung) oder Verstösse gegen das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit.

Wichtig: Dieses Faktenblatt ist eher ein technisches Dokument und richtet sich an geschulte Personen. Bei Zweifel und Fragen empfiehlt sich der Beizug der vorgesetzten Stelle.

Zweck / Funktion

Die Sanktion nach Art. 45 BÖB/IVöB hat Strafcharakter (Verwaltungssanktion) und soll die betroffene Anbieterin/Subunternehmerin sowie – als Signal – alle Anbieterinnen/Subunternehmerinnen in künftigen Beschaffungen zu regelkonformem Verhalten bewegen (abschreckende Wirkung; vgl. dazu auch BGE 138 I 367).

→ *Abgrenzung zum Ausschluss während laufendem Vergabeverfahren sowie zum Widerruf eines rechtskräftig erteilten Zuschlags (Art. 44 BÖB/IVöB); vgl. TRIAS-Leitfaden, Link folgt mit der Überarbeitung des Faktenblatts*

Sanktionsgründe

Eine Sanktion kommt nur in Frage, wenn eine der in Art. 45 BÖB/IVöB abschliessend aufgezählten Pflichtverletzungen vorliegt.

- **Rechtskräftige Verurteilung** wegen eines Vergehens zum Nachteil der Vergabestelle¹ oder wegen eines Verbrechens; die rechtskräftige

Verurteilung der Anbieterin/Subunternehmerin bezieht sich nicht nur auf die StPO, sondern auch auf weitere Spezialgesetze, wie bspw. das USG;

- Verletzung von Bestimmungen über die Bekämpfung der *Korruption*;
- Unzulässige *Wettbewerbsabreden*;
- Missachtung von *Arbeitsschutzbestimmungen*, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit, Vertraulichkeit, *Umweltschutzgesetzgebung* im In- und Ausland (gemäss Art. 12 BÖB/IVöB);
- Verstoss gegen Melde- oder Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die *Schwarzarbeit*.

Sanktionen

Die Vergabestelle bzw. die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde verfügt über einen gewissen Ermessensspielraum, ob bzw. welche Sanktionen sie ausspricht. Die Ermessensausübung muss dabei *verhältnismässig* sein (Schweregrad des Verschuldens, erstmaliger Verstoss / wiederholter Verstoss etc.). Zu wahren ist auch der Grundsatz der Gleichbehandlung (alle Anbieterinnen/Subunternehmerinnen müssen mit den gleichen Ellen gemessen werden).

Verwarnungen als mildeste Sanktion müssen mindestens schriftlich erfolgen. Sie stellen in der Regel eine Reaktion auf leichtere Widerhandlungen dar, die nach keiner weitergehenden Sanktion rufen.

Ein *Ausschluss von künftigen Vergaben (Auftragsperre)* stellt eine schwere Sanktion dar, die bei einmaligen leichten Verstössen in der Regel nicht gerechtfertigt ist. Bei wiederholten oder schweren Widerhandlungen, namentlich nach einem rechtskräftigen Strafurteil wegen Korruption, kann diese Sanktion angemessen sein.

Kantonale und kommunale Vergabestellen bzw. die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde haben alternativ die Möglichkeit, eine Busse (von bis zu zehn Prozent der bereinigten Offertsumme) auszusprechen.

Vorabklärungen der Vergabestelle / Sofortmassnahmen

Im Hinblick auf die Einleitung eines Sanktionsverfahrens empfiehlt es sich zu prüfen, ob *erstens*

¹ Als Vergabestelle im in diesem Faktenblatt verwendeten Sinne ist die gesamte Rechtspersönlichkeit der vergebenden Organisationseinheit gemeint. Diese

kann auch mehrere Verwaltungseinheiten (Direktionen, Departemente, Bereiche, Sektionen etc.) umfassen.

eine Pflichtverletzung, namentlich in finanzieller (Abreden, Korruption), personeller (Arbeitsschutz) oder räumlicher (Umweltschutz) Hinsicht vorliegt und *zweitens*, ob es sich um eine schwerwiegende Pflichtverletzung handelt. Diese kann nur vorliegen, wenn sie mindestens fahrlässig (Sorgfaltspflichtverletzung) begangen wird und ist umso mehr anzunehmen, wenn die Anbieterin/Subunternehmerin die Pflichtverletzung in Kauf nimmt (Eventualvorsatz) oder ihr Verhalten gar darauf ausrichtet (Vorsatz).

Liegt ein schwerwiegender Verstoss vor, sind vertiefere Abklärungen erforderlich und es ist als *Sofortmassnahme die vorgesetzte Stelle zu informieren*.

Allenfalls sind gegen die fehlbare Anbieterin/Subunternehmerin – parallel zum Sanktionsverfahren nach **BöB/IVöB** – weitere rechtliche Schritte einzuleiten (Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft). Dies ist bspw. der Fall, wenn ein pflichtwidriges Verhalten noch andauert (Bsp.: Zuschlagsempfängerin/Subunternehmerin nutzt ein laufendes Hochwasserschutzprojekt der Vergabestelle zum Betrieb einer illegalen Deponie, wodurch der Verstoss gegen die Umweltschutzgesetzgebung anhält und nach einer Reaktion der betroffenen Vergabestelle ruft).

Bei hinreichenden Anhaltspunkten von unzulässigen Wettbewerbsabreden besteht, auch ohne dass die Vergabestelle bzw. die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde entsprechende Massnahmen ergreift, gegenüber der WEKO neu eine gesetzliche Anzeigepflicht der Auftraggeberinnen bzw. der zuständigen Behörde. Jeglicher Verdacht kann gemeldet werden. Zur Klärung von Anhaltspunkten und wettbewerblichen Fragen stehen die Mitarbeitenden des Dienstes Bau des WEKO-Sekretariates zur Verfügung (Tel. 058 462 20 40, submissionsabreden@weko.admin.ch). Weitergehende Informationen finden sich unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/kontakt1.html>

Eröffnung und Durchführung eines Sanktionsverfahrens

Die Einleitung eines Sanktionsverfahrens ist der betroffenen Anbieterin/Subunternehmerin schriftlich mitzuteilen (*gemäss kantonalem Verwaltungsverfahrensgesetz* bzw. *VwVG*).

Der Anbieterin/Subunternehmerin ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (*Anspruch auf rechtliches Gehör*). Es können auch schriftliche Fragen zum Sachverhalt gestellt werden.

Die Sachverhaltsfeststellung (was ist genau geschehen? Gegen welche Vorschriften wurde wie verstossen?) liegt in der Verantwortung der Vergabestelle bzw. der nach gesetzlicher Anord-

nung zuständigen Behörde (*Untersuchungsgrundsatz*). Sie trägt die Beweislast und muss den vollen Beweis für das Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung erbringen. Im Unterschied zum Ausschluss (während eines laufenden Beschaffungsverfahrens) besteht bei Sanktionen weniger Zeitdruck, entsprechend sind die Anforderungen an die Beweisführung relativ hoch.

Abschluss des Sanktionsverfahrens und Rechtsschutz

Der Sanktionsentscheid ist der Anbieterin/Subunternehmerin zum Abschluss des Sanktionsverfahrens mit Verfügung zu eröffnen.

Inhalt dieser Verfügung bilden insbesondere die Prozessgeschichte, der erstellte Sachverhalt, die rechtliche Würdigung und das Entscheiddispositiv (Sanktionsart und -höhe, Kosten, Rechtsmittelbelehrung, Mitteilung an *die BKB / das InöB*, sofern eine Anbieterin/Subunternehmerin gesperrt wird). Gegen die Sanktionsverfügung kann die sanktionierte Anbieterin Beschwerde beim *Bundesverwaltungsgericht* bzw. beim *kantonalen Verwaltungsgericht* führen.

Wird von einer Sanktion gänzlich abgesehen (also nicht einmal eine Verwarnung ausgesprochen), ist dies der Anbieterin/Subunternehmerin ebenfalls mindestens schriftlich mitzuteilen.

Liste und weitere Wirkungen der Sanktion

Die ausgesprochene Sanktion entfaltet ihre Wirkung nach *Eintritt der Rechtskraft*. Gesperrte Anbieterinnen/Subunternehmerinnen sind der *BKB / dem InöB* zu melden und werden auf einer zentralen Sperrliste erfasst. Bund und Kantone ist es gestattet, die so erhobenen Daten in geeigneter Weise auszutauschen. *Die BKB / Das InöB* wird hierfür ein Abrufverfahren einrichten (zurzeit in Erarbeitung). *Die Kantone können dabei nur die Einträge der eigenen kantonalen Liste abfragen*. Nach Ablauf der Sanktion wird der Listeneintrag gelöscht.

Beteiligt sich eine gesperrte Anbieterin/Subunternehmerin innerhalb der Sperrfrist erneut an einem Beschaffungsverfahren, kann sie von diesem ausgeschlossen werden (Art. 44 Abs. 1 Bst. j *BöB/IVöB*). *Die Kantone entscheiden in den Beitrittsgesetzen, für welche unterstellten Vergabestellen die Auftragsperre gilt. Bei Bundesbeschaffungen gilt für den Tatbestand der Korruption folgende Besonderheit: Ist eine Anbieterin/Subunternehmerin wegen Korruption gesperrt, ist diese Anbieterin/Subunternehmerin während der Sperrfrist von sämtlichen nach dem BöB ausgeschriebenen Verfahren auszuschliessen (Art. 45 Abs. 1 letzter Satz BöB).*

→ *Faktenblatt «Korruption»*

Im Übrigen darf aber die Sperre von einer *anderen* als der sanktionierenden Vergabestelle nicht dazu verwendet werden, Anbieterinnen/Subunternehmerinnen vom Vergabeverfahren auszuschließen, etwa indem ein entsprechendes Eignungskriterium (z.B. «kein Eintrag auf der Sperrliste des Bundes oder eines anderen Kantons») aufgestellt wird. Hingegen ist es zulässig, von der Anbieterin eine Erklärung zu verlangen, dass gegen sie keine Auftragsperre hängig ist (z.B. mittels einer Selbstdeklaration).

Bei Verdacht auf eine in Art. 45 BöB/IVöB aufgezählte Pflichtverletzung (siehe oben, Sanktionsgründe) im Rahmen eines Vergabeverfahrens, ist

bei der BKB/ der kantonal zuständigen Stelle bzw. der zuständigen Vergabestelle eine Erkundigung einzuholen, ob die betroffene Anbieterin/Subunternehmerin gesperrt wurde. Gegebenenfalls sind vertiefte Abklärungen vorzunehmen, um zu bestimmen, ob ein Ausschlussgrund im vorliegenden Verfahren besteht.

Weiterführende Beschaffungsrechtliche Beratung: Geschäftsstelle der BPUK/FöB bzw. Kompetenzzentrum Beschaffungswesen Bund KBB