

Rechtsanwalt Lukas Fässler, Experte in Submissionsrechtsfragen, gibt zu bedenken, dass die beiden angerufenen Bestimmungen klassische «weiche interpretationsbedürftige Bestimmungen» seien, die auf unzählige Arten interpretiert werden könnten. «Es ist allseits bekannt, dass genau diese Bestimmungen immer wieder von der öffentlichen Verwaltung anzurufen versucht werden, wenn man das aufwendige öffentliche Ausschreibungsverfahren verhindern wolle“, sagt Fässler, der Inhaber der in Baar domizilierten Anwaltskanzlei FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG ist. „Die Verwaltung weiss, dass es bei der Anrufung dieser Bestimmungen einen Kläger braucht, der die Nichtausschreibung vor dem zuständigen kantonalen Gericht anfigt. Es wird dann mit der Publikation im SHAB versucht, gewissermassen das Vorgehen zu legitimieren, wenn innerhalb von 10 Tagen kein potenzieller anderer Anbieter Beschwerde eingereicht hat.“ Letztlich sei dies immer ein Ermessensentscheid, bei dem ein Gericht – sollte es so weit kommen – die gesamten Argumente der Verwaltung und der beschwerdeführenden Kläger detailliert überprüfen müsste. Wichtig sei dabei zum Beispiel auch der Einbezug der gesamten Ausschreibungsunterlagen für den ursprünglichen Auftrag und die genauen Formulierungen in Bezug auf den Erweiterungsbau. Fässler weist auch darauf hin, dass Verwaltungen oft vergessen, dass die Wettbewerbskommission WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2bis des Binnenmarktgesetzes (BGBM) das Recht habe, selbständig Beschwerde zu erheben, um vom zuständigen Gericht feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt habe. Eine zentrale Frage sei zudem, ob die Abhängigkeit vom ersten Projekt tatsächlich so gross sei, dass niemand am Markt den Folgeauftrag ausführen könnte.

Freihändige Aufträge werden normalerweise nicht leichtfertig vergeben, gerade auch, weil man damit unter erhöhter Beobachtung steht. Ganz eindeutig sei das Ganze aber selten: «In diesem Fall kann man von einem beträchtlichen Einspracherisiko ausgehen.»