

Das Vergaberecht der Schweiz*

Übersicht und Streitfragen

Rechtsanwalt Dr. Hubert Stöckli, M.C.L.

Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: NZBau Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2002, Heft 1, S. 7 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

I. [7] Eine Übersicht

Das Vergaberecht der Schweiz ist ein Kind der politischen Strömung, die unter der Fahne der marktwirtschaftlichen Erneuerung die schweizerische Binnenwirtschaft öffnete und neben neuen Vergabeerlassen auch ein wesentlich verschärftes Kartellgesetz und zudem ein Gesetz schuf, das der Diskriminierung inländischer Marktteilnehmer ein Ende setzen sollte.¹ Obwohl vor einigen Jahren schon in Kraft getreten, wird das Vergaberecht noch immer als junge Disziplin empfunden (1), über deren Gegenstand keine Einigkeit besteht (2) und deren Rechtsquellen als Folge des föderalen Staatsaufbaus übermässig zersplittert sind (3). Diesen drei Eigenheiten gilt der erste Teil meines Artikels, während ich im zweiten Teil ausgewählte Streitfragen untersuche, die dem deutschen Vergaberecht jedenfalls nicht fremd sind (II).

1. Eine junge Rechtsdisziplin

Auf den 1. Januar 1996 trat für die Schweiz das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) in Kraft. Seither entwickelte sich das Vergaberecht zu einer eigenständigen Rechtsdisziplin, mit der sich nicht nur die Verwaltungsbehörden, sondern auch Politik, Gerichte und rechtswissenschaftliche Forschung auseinandersetzen. Die Verwaltungsbehörden hatten sich damit zu arrangieren, dass das neue Recht ihren Handlungsspielraum beschränkt und etwa der lange geübten Praxis ein Ende setzte, ortsansässige Anbieter zu bevorzugen. Die Politik war gefordert, weil sie in Umsetzung des GPA für Marktöffnung und wirksamen Rechtsschutz zu sorgen hatte. Und die Verwaltungsgerichte - die vor 1996 in Vergabesachen nur in seltenen Fällen überhaupt angerufen werden konnten - sahen sich mit neuen Tat- und Rechtsfragen konfrontiert, für die es noch keine Leitentscheide schweizerischer Gerichte gab. Dass sich schliesslich auch die Lehre mit dem neuen Recht befasste, belegen schon die Literaturstellen, die ich in den Fussnoten zitiere. Trotz aller Aufmerksamkeit, die dem Vergaberecht

* Der Autor ist assoziierter Professor für Privatrecht an der Universität Freiburg/Schweiz und arbeitet am Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, das vierteljährlich die Zeitschrift Baurecht/Droit de la Construction (= BR/DC) herausgibt (www.unifr.ch/baurecht).

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) und Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), beide vom 6. Oktober 1995. Auf die Rechtsquellen des Bundes kann über das Internet zugegriffen werden: www.admin.ch. Dort finden sich auch Links zu den Kantonen, deren Rechtssammlungen teilweise ebenfalls über das Internet zugänglich sind.

zuteil wurde, ist der Begriff der öffentlichen Vergabe und damit der Gegenstand der vergaberechtlichen Erlasse zumindest in den Grenzbereichen noch immer umstritten. Davon handle ich im nachfolgenden Abschnitt.

2. [8] Zum Begriff der öffentlichen Vergabe

Im Unterschied zum GWB, dessen § 99 Abs. 1 die "öffentlichen Aufträge" rechtsverbindlich definiert, kennt das schweizerische Vergaberecht keine Legaldefinition der öffentlichen Vergabe, weshalb der Begriff von den Gerichten zu bilden war.

Das *Schweizerische Bundesgericht*, das nur kantonale Vergabeentscheidungen nachprüfen kann, legte sich in einem Fall aus dem Kanton Genf einen Begriff zurecht (BGE² 125 I 209 ff.). Der Streit ging um die Frage, ob es ein Beschaffungsgeschäft sei, wenn die öffentliche Hand einem privaten Unternehmen das ausschliessliche Recht gewährt, auf öffentlichem Grund kommerzielle Plakate auszuhängen (Sondernutzungskonzession)³. In seinem französischsprachigen Urteil definierte das Gericht ein Beschaffungsgeschäft anhand der folgenden Elemente.⁴

- Öffentliche Hand ("collectivité publique") als Nachfragerin;
- Nachfrage auf dem freien Markt ("marché libre");
- privates Unternehmen ("entreprise privée") als Anbieter;
- Bezahlung einer Vergütung durch die öffentliche Hand ("paiement d'un prix par l'Etat");
- Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ("tâches publiques").

Im konkreten Fall fehlte es nach Meinung des Gerichts an der öffentlichen Aufgabe, vor allem aber am Mittelfluss vom Staat zum privaten Unternehmen. Haltbar ist dieses Begriffsmerkmal des "*paiement d'un prix par l'Etat*" meiner Meinung nach einzig dann, wenn es extensiv verstanden wird und nicht nur direkte Geldzahlungen, sondern auch andere Gegenleistungen erfasst.⁵

Diese *weite Auslegung* liegt auf der Linie des GPA, das eine Auftragsbewertung vorschreibt, die "alle Arten der Vergütung" berücksichtigt (Art. II Nr. 2 GPA). Zudem erlaubt nur sie es, namentlich auch die Anbahnung öffentlicher Baukonzessionsverträge vergaberechtlich zu fassen, bei denen die Gegenleistung des Bestellers jedenfalls nicht ausschliesslich in der "Zahlung eines Preises", sondern immer auch – oder ausschliesslich – darin besteht, dass dem Anbieter ein "Recht zur Nutzung des Bauwerks" eingeräumt wird (so Art. 1 lit. d BKR).⁶

Ob sich diesem Verständnis auch das *Bundesgericht* anschliessen wird, ist fraglich: Im Plakaturteil, von dem schon die Rede war, verneinte das Gericht die Entgeltlichkeit ungeachtet des Umstandes, dass das Plakatunternehmen offizielle Plakatserien ohne spezielle Gegenleistung zu schalten hatte und sich die Bewilligung, den öffentlichen Grund für kommerziellen Plakataushang zu

² BGE = amtlich publizierte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (s. auch www.bger.ch).

³ Zum Begriff der Sondernutzungskonzession vgl. *Häfelin/Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. (1998), Rdn. 1893 ff. und 2019.

⁴ Die bundesgerichtliche Begriffsbestimmung ist unter verschiedenen Titeln kritisiert worden, vgl.: *Bellanger/Bovet*, BR/DC 1999, S. 164 ff.; *Richli*, Aktuelle Juristische Praxis (Lachen) 2000, S. 490 ff.; *Zufferey*, BR/DC 1999, S. 142, Anm. zu Nr. S27.

⁵ Zum Begriff der Entgeltlichkeit im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB vgl. *Schulte*, NZBau 2000, S. 276. *Rhinow/Schmid Biaggini*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 19998, S. 327.

⁶ Vgl. dazu auch *Bovet*, Konzession und verwaltungsrechtlicher Vertrag, Kurzbeitrag, in: BR/DC 2001, S. 59.

nutzen, ohne weiteres auch als Gegenleistung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hätte qualifizieren lassen.⁷

Die *Eidgenössische Rekurskommission*, die für die Nachprüfung von Vergabeentscheiden des Bundes zuständig ist, wählte hinsichtlich der Entgeltlichkeit einen Ansatz, der sich von jenem des Bundesgerichts wesentlich unterscheidet.⁸ Den Zweck des Vergaberechts (Art. 1 BoeB) im Blick, hielt diese gerichtliche Behörde fest, dass es "sehr wohl auch in Fällen, in denen sich der Staat nicht eine Dienstleistung, eine Lieferung oder eine Bauleistung beschafft, sondern eine solche Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllen lässt, massgeblich darauf ankommt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 21 BoeB) ausgewählt wird".⁹ Ich halte diese Entscheidung für richtig, da sie sich an Art. II Abs. 2 GPA hält und in der Sache auch bei Konzessionsvergaben die Transparenz sichert, den Wettbewerb stärkt und die Gleichbehandlung gewährleistet.¹⁰

Die erforderliche Annäherung wird auch dadurch erschwert, dass schon die Rechtsquellen in mehrfacher Hinsicht zersplittert sind, wovon ich als Nächstes spreche.

3. Die Rechtszersplitterung

Der Bund und die 26 Kantone, aus denen der Bund besteht, teilten sich in die Umsetzung der staatsvertraglichen Vorgaben, was im Ergebnis dazu führte, dass ein landesweit tätiger Anbieter 27 Vergabegesetze berücksichtigen muss, wobei diese Rechnung noch unterschlägt, dass bei kantonalen Vergaben teils auch Bundesgesetze zu beachten sind und zum Teil die Gemeinden eigenen Regeln folgen. Weiter wird der Vergabealltag dadurch erschwert, dass der Bund und die 26 Kantone für den Beschwerdefall je eigene Verwaltungsverfahrensgesetze bereithalten. Zusätzlich kompliziert wird die Sache durch den Umstand, dass die kantonalen Gerichte identische Rechtsfragen teilweise unterschiedlich beurteilen, was sich entsprechend auch vom Bundesgericht sagen lässt, das als Verfassungsgericht über kantonale Vergabesachen entscheidet und sich dabei teils in offenen Widerspruch zur Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission setzt, die für Beschwerden gegen Vergabeentscheide des Bundes zuständig ist. Dass diese Rechtszersplitterung insgesamt eine negative Erscheinung ist, steht ausser Zweifel, und zwar nicht nur, weil sie Rechtsunsicherheit erzeugt, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Marktöffnung und der Wirtschaftlichkeit.

⁷ Der Fall des Plakataushangs auf öffentlichem Grund, den das Bundesgericht zum Anlass für seine Definition der öffentlichen Vergabe nahm, lag im Tatsächlichen so, dass das kommerzielle Element die Verpflichtung, auch offizielle Plakatserien auszuhängen, rein wertmässig überwog. Dies ist aber noch immer kein Grund, die Regeln des Vergaberechts nicht (wenigstens analog) anzuwenden. Auch die Schweizerische Wettbewerbskommission empfiehlt im Zusammenhang mit der Vergabe sogenannter Aussenpachtverträge die Durchführung förmlicher Vergabeverfahren (s. die Empfehlungen vom 17. Mai 1999 und vom 6. März 2000, in: RPW 1999, S. 260 ff. bzw. RPW 2000, S. 94 [zugänglich über www.wettbewerbskommission.ch]).

⁸ Das *Schweizerische Bundesgericht* kann nur gegen Vergabeurteile der kantonalen Verwaltungsgerichte angerufen werden, während die Eidgenössische Rekurskommission die Vergabeentscheide der dem Bundesrecht unterstellten Auftraggeber als einzige Gerichtsbehörde und letztinstanzlich beurteilt. Letzteres ist systematisch zwar unbefriedigend, mit Rücksicht auf die restriktive vergaberechtliche Praxis des Bundesgerichts – je nach Standpunkt – aber ein faktischer Vorteil, da so die Rekurskommission einen gewissen Ausgleich zu schaffen vermag.

⁹ Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, Entscheidung vom 3. September 1999 (BRK 006/1999).

¹⁰ Vgl. hierzu auch das Grünbuch der EU-Kommission zum öffentlichen Auftragswesen (KOM [96] 583 endg. vom 27. November 1996), S. 16, Ziff. 3.26.

II. Fünf Streitfragen

Die Rechtszersplitterung, die ich eben beschrieben habe, ist zwar ein bedeutsames, in seiner *Ursache* aber spezifisch schweizerisches Problem. Mit Blick auf die Umgebung, in der dieser Aufsatz erscheint, will ich mich nachfolgend auf solche Eigenheiten des schweizerischen Rechts konzentrieren, von denen ich glaube, dass sie im deutschen Recht eine Entsprechung finden. [9]

Dem besseren Verständnis meiner Ausführungen dienen *drei Vorbemerkungen*: Die erste Bemerkung gilt der Umsetzung des überstaatlichen Rechts; die zweite Bemerkung verweist auf die Tatsache, dass sich das schweizerische Vergaberecht teils schon in den Begriffen vom deutschen Recht unterscheidet; und die dritte Bemerkung beschreibt in den Grundzügen die Auftragsarten, die das schweizerische Vergaberecht erfasst:

- (1) Soweit das schweizerische Vergaberecht *internationales Recht* umzusetzen hat, basiert es auf dem GPA, nicht auf den einschlägigen Richtlinien der Europäischen Union. Nachdem aber die Richtlinien ihrerseits das GPA in das Recht der EU transformieren, "lässt sich deren Rechtsordnung allenfalls als Auslegungshilfe beiziehen" (BGE 125 II 307 E. 4e, dort allerdings für den Telekommunikationsbereich). Sofern und sobald das "Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens" vom 21. Juni 1999¹¹ in Kraft tritt, wird die Schweiz zudem dieses Abkommen, wenn auch noch immer nicht das einschlägige sekundäre Gemeinschaftsrecht zu beachten haben.
- (2) Die *Begriffe* des schweizerischen Vergaberechts decken sich nicht immer mit jenen des deutschen Rechts. So etwa wird nach schweizerischer Konzeption der Zuschlag als selbständiger, öffentlich-rechtlicher Akt verstanden, der vom Vertragsschluss zu unterscheiden ist¹², und steht die Präqualifikation für die erste Runde des selektiven Verfahrens – also für den öffentlichen Teilnahmewettbewerb bei beschränkter Ausschreibung – und nicht für das einschlägige Prüfungssystem in den Sektoren (§ 8 b Nr. 5 der VOB/A).
- (3) Der *Gegenstand* des schweizerischen Vergaberechts sind Liefer-, Dienstleistungs-¹³ und Bauaufträge (Art. 1 und 5 BoeB)¹⁴. Im Prinzip ist so der sachliche Geltungsbereich des Vergaberechts klar abgegrenzt, während im konkreten Fall nicht immer einfach zu entscheiden ist, ob die Beschaffung einer bestimmten Leistung unter dessen Vorschriften fällt. Klar ist aber, dass die vergaberechtlichen Regeln vom Leistungsinhalt unabhängig sind und die Schweiz eine Unterscheidung, wie sie in Deutschland zwischen VOB, VOL und VOF getroffen wird, nicht kennt. Dass ich mich für meine Querverweise im Folgenden an die VOB halte, hat nur damit zu tun, dass mein Artikel in einer Zeitschrift erscheint, die neben dem Vergaberecht auf Baurecht ausgerichtet ist.

Nun aber zu den angekündigten Streitfragen: zur Frage, wie mit der Vorbefassung von Anbietern umzugehen ist (1); dann zur Frage, welche Modalitäten bei der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien einzuhalten sind (2); weiter zur Frage, ob und inwieweit auch vergabefremde Kriterien verwendet werden dürfen (3), sowie der Frage, wie mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten zu verfahren ist (4); schliesslich zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes, die seinerseits wieder zahlreiche Unterfragen aufwirft, von denen ich nur einige wenige behandeln werde (5).

¹¹ Der Text dieses Abkommens ist über www.admin.ch zugänglich; vgl. zu diesem Abkommen auch forum vergabe, Berlin, H. 5, S. 47 f.

¹² Dies offenbar im Unterschied zur Rechtslage in Deutschland, wo "der Zuschlag und der Vertragsschluss in einem Rechtsakt und zeitlich ... [zusammenfallen]. Da es sich um einen einheitlichen (Rechts-)Akt handelt, wird der Zuschlag als zivilrechtliche Annahme eines vom Bieter abgegebenen, verbindlichen Angebots angesehen" (*Brinker*, NZBau 2000, S. 174).

¹³ Einschliesslich Dienstleistungskonzessionen (Eidgenössische Rekurskommission, Entscheidung vom 3. September 1999 [BRK 006/1999]).

¹⁴ BoeB = Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994.

1. Die Vorbefassung von Anbietern

Ziehen Auftraggeber zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens prospektive Anbieter hinzu, spricht man von Vorbefassung der hinzugezogenen Anbieter. Die Frage, ob die Vorbefassung einer Teilnahme am nachfolgenden Vergabeverfahren entgegenstehe, ist im Licht des *Gleichbehandlungsgebots*¹⁵ zu prüfen. Denn offensichtlich ist die Gleichbehandlung zumindest gefährdet, wenn sich ein Anbieter um einen Auftrag bewirbt, für den er etwa schon das Leistungsverzeichnis erstellt hat.

Das schweizerische Vergaberecht kennt keine Vorschrift, die § 7 Nr. 1 VOB/A entsprechen und jegliche Beteiligung von "Sachverständigen" an der betreffenden Vergabe verbieten würde. Noch ist (bislang) überhaupt zwischen "besonderen Sachverständigen" und (wohl noch immer fachkundigen) "Projektanten" unterschieden worden¹⁶, was sich aber auch daraus erklärt, dass die Gleichbehandlung unabhängig davon gefährdet ist, ob ein Anbieter sein Vorwissen aus eigener Tätigkeit schöpft oder durch Vermittlung eines vorbereitenden Sachverständigen erlangt.

Während (wie gesagt) das nationale Recht eine einschlägige Vorschrift nicht bereithält, verlangt das übergeordnete GPA für seinen Geltungsbereich, dass die "Beschaffungsstellen ... nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen (dürfen), welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können" (Art. VI Ziff. 4 GPA). Aus dieser Verbotsbestimmung leitet sich der *Grundsatz* ab, dass vorbefasste Unternehmen vom nachfolgenden Verfahren auszuschliessen sind.¹⁷ Gleichzeitig lässt die Norm aber Raum für eine *Ausnahme*: Ist sichergestellt, dass der wirksame Bieterwettbewerb darob nicht ausgeschaltet wird, dürfen Beschaffungsstellen Ratschläge (aktiv) einholen bzw. sie (passiv) annehmen. Mit Blick auf das gesetzlich verankerte Gleichbehandlungsgebot dürfte sich diese Ausnahme allerdings dort nur rechtfertigen, wo die Vergabeseite auf die vorgezogene Mitwirkung nachmaliger Anbieter angewiesen ist, weil die geforderten Leistungen komplex und nur wenige Anbieter überhaupt in der Lage sind, die Komplexität zu bewältigen.¹⁸ Doch sind auch in solchen Fällen noch immer besondere Massnahmen zu treffen, um mögliche negative Auswirkungen der Vorbefassung abzuwenden, und zwar mindestens die folgenden: Tatsache und Umfang der Vorbefassung sind offenzulegen; der vorbefasste Anbieter ist dazu anzuhalten, den übrigen Anbietern das erworbene Know-how zugänglich zu machen; und die Angebotsfristen sind so zu bemessen, dass den übrigen Anbietern hinreichend Zeit bleibt, den Rückstand auf den vorbefassten Konkurrenten aufzuholen.

Teilweise herrscht in der Schweiz zwar die Meinung vor, eine Ausschlusspraxis, wie ich sie eben skizziert habe, setze die Bereitschaft der primär auftragsorientierten Anbieter deutlich herab, die Vergabeseite im Vorfeld eines Verfahrens zu unterstützen.¹⁹ Während ich diese Befürchtung für

¹⁵ Die "Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter" ist eines der vier Vergabeziele, die der Bundesgesetzgeber im Zweckartikel des einschlägigen Gesetzes (Art. 1 BoeB) untergebracht hat. Die drei anderen Ziele sind die Transparenz der Verfahren, die Stärkung des Bieterwettbewerbs und der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel.

¹⁶ Vgl. zu dieser Unterscheidung etwa *Kulartz/Niebuhr*, NZBau 2000, S. 11.

¹⁷ Vgl. zum Grundsatz und zur Ausnahme auch *Gauch/Stöckli*, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes (1999), S. 15 f.

¹⁸ Für die Fälle bloss untergeordneter Mitwirkung muss zwar keine Ausnahme konstruiert werden, da sie schon den Tatbestand des Art. VI Nr. 4 GPA, der die Beseitigung des Wettbewerbs voraussetzt, nicht erfüllen. Unabhängig davon sind die Auftraggeber gut beraten, die Mitwirkung offenzulegen und so Transparenz zu schaffen.

¹⁹ Zu dieser Befürchtung äusserte sich auch die EU-Kommission, und zwar in ihrem Grünbuch zum öffentlichen Auftragswesen, S. 44, Nr. 5.23. Dort setzte diese Behörde auf "konkrete Sicherungen sowohl inhaltlicher als auch verfahrenstechnischer Art", um den Grundsatz der Gleichbehandlung zu schützen.

begründet halte und entsprechend auch glaube, dass sich die Vergabeseite mit einer allzu rigiden Ausschlusspraxis selber schadet, bleibe ich mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot bei meiner Meinung, dass erstens nur in eng begrenzten Ausnahmefällen auch ein vorbefasster Anbieter sich am Bieterwettbewerb beteiligen [10] darf und dass zweitens, wenn sich seine Beteiligung trotz Vorbefassung rechtfertigt, Massnahmen getroffen werden müssen, die die wettbewerbsschädigenden Wirkungen der Vorbefassung möglichst aufheben.

2. Die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien

Nach schweizerischem Vergaberecht ist der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste bzw. (bei weitgehend standardisierten Gütern) auf das billigste Angebot zu erteilen, was sich mit Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA deckt. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, was den Beschaffungsstellen ein weites Ermessen verschafft. Entsprechend können die Rekursinstanzen überhaupt nur dort eingreifen, wo eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch geltend gemacht wird, während die "Unangemessenheit nicht gerügt werden" kann (Art. 31 BoeB).²⁰

Zwingend ist aber die vorgängige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien, wobei für diese Bekanntgabe vier Regeln gelten:

- Die gesetzlichen Kriterienkataloge²¹ setzen weder einen Mindeststandard, noch sind sie abschliessend.
- Die Kriterien müssen spezifisch, also auf den konkreten Beschaffungsbedarf zugeschnitten sein (Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA).²²
- "Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen" (so für den Bund Art. 21 Abs. 2 BoeB), und dies mit bindender Wirkung.
- Über die Angabe der Reihenfolge hinaus ist die Gewichtung der Zuschlagskriterien verbindlich bekanntzugeben.²³

Während die ersten drei Regeln unumstritten sind, ist die vierte Regel kontrovers. Der Streit dreht sich um die Frage, ob die Angabe der Reihenfolge ausreiche oder ob zusätzlich auch die Gewichtung der einzelnen Kriterien offen gelegt werden müsse. Das *Schweizerische Bundesgericht*, zu dem Vergabeentscheide nur der Kantone und nicht auch des Bundes gelangen, knüpfte beim *Transparenzgebot* an, um dann Folgendes zu entscheiden:

"Unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes genügte die Bekanntgabe der Kriterien für den Zuschlag sowie der Reihenfolge ihrer Bedeutung. Dass die genaue Gewichtung der einzelnen Kriterien damals noch nicht festgelegt war, wurde von den Beschwerdeführerinnen und allen anderen Bewerbern akzeptiert."²⁴

²⁰ Vgl. etwa Eidgenössische Rekurskommission, Entscheidung vom 29. Juni 1998 (BRK 015/97).

²¹ Der für den Bund einschlägige Art. 21 Abs. 1 BoeB ist exemplarisch und lautet wie folgt: "Das wirtschaftlich günstigste Angebot ... wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, *insbesondere* Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert." Einzelne Kantone fassen sich allerdings kürzer und begnügen sich etwa mit der folgenden Formel: "Der Zuschlag erfolgt zu Marktpreisen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot" (so § 26 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen des Kantons Basel-Landschaft).

²² S. für den Bund etwa Eidgenössische Rekurskommission, Entscheidung vom 3. September 1999 (BRK 006/1999).

²³ *Gauch/Stöckli*, (o. Fussn. 17), S. 23 f.

²⁴ Entscheidung des *Schweizerischen Bundesgerichts* vom 2. März 2000 (2P.274/1999). Offen ist, ob das Gericht anders entschieden und die Regelung der rechtswahrenden unverzüglichen Rüge des § 107 III GWB wenigstens sinngemäss rezipiert hätte, wäre der Mangel von den Beschwerdeführerinnen sofort nach Erkennen bei der Auftraggeberin gerügt worden. Fest steht aber, dass das schweizerische Vergaberecht das Institut der unverzüglichen Rüge nicht kennt. Zum deutschen Recht vgl. *Braun*, NZBau 2000, S. 320 ff.

Die Entscheidung überzeugt nicht.²⁵ Zwar wählte das Gericht mit dem Transparenzgebot den richtigen Anknüpfungspunkt, sah in der Folge aber davon ab, das Gebot auch durchzusetzen. Der bundesgerichtlichen Wertung steht die folgende Überlegung entgegen: Ist die Reihenfolge der Entscheidkriterien zwingend bekanntzugeben²⁶, muss auch deren relative Gewichtung offengelegt werden, da die blossе Reihenfolge keine zuverlässige Aussage über die Bedeutung der einzelnen Kriterien erlaubt und damit weitgehend nutzlos ist.²⁷ Verschiedene Kantone haben dies erkannt und schreiben Angaben sowohl zur Reihenfolge als auch zur Gewichtung zwingend vor.²⁸ Dass über die Reihenfolge hinaus auch die Gewichtung anzugeben ist, entspricht im Weiteren der ständigen Praxis der Rekurskommission des Bundes.²⁹ Und schliesslich wird die Forderung durch eine jüngere Erkenntnis der EU-Kommission gestützt:

"Gibt der Auftraggeber lediglich eine absteigende Rangfolge an, hat er natürlich noch immer die Möglichkeit, die einzelnen Kriterien bei der Bewertung unterschiedlich zu gewichten und ihnen so einen relativen Wert beizumessen, der den Bietern nicht bekannt ist. ... So kann bei zwei Kriterien eine Rangfolge dazu führen, dass dem ersten Kriterium sowohl ein Wert von 90% als auch von 51% zugeteilt werden kann" (Auszug aus KOM [2000] 275 endg.).³⁰

Eine Bekanntgabe allein der Reihenfolge ist nicht zweckmässig und jedenfalls nicht transparent, auch wenn es sicher zutrifft, dass die Forderung nach Transparenz in Spannung steht mit dem verständlichen Bedürfnis der Beschaffungsstellen, die eigene Handlungsfreiheit zu verteidigen. Aber erstens ist diese Handlungsfreiheit, die für ein funktionierendes Vergabewesen zentral ist, selbst bei uneingeschränkter Bekanntgabe noch immer sehr weit, was nicht zuletzt die Gerichte respektieren. Und zweitens hat der Zwang zur Offenlegung auch vergabeseitig durchaus sein Gutes: er zwingt die Beschaffungsstellen dazu, sich noch vor Beginn des Verfahrens über die Bedeutung der einzelnen Entscheidkriterien und damit über ihren Beschaffungsbedarf klar zu werden, was die Qualität der Vergabeprozesse nur steigern kann.

²⁵ Vgl. auch meine ausführlichere Urteilsanmerkung in: BR/DC 2001, S. 64, Anm. zu Nr. S7.

²⁶ Als Ausreisser mit Gesetzeskraft sind die wenigen kantonalen Bestimmungen zu werten, die eine bloss fakulative Bekanntgabe der Zuschlagskriterien vorsehen. So hält etwa der Kanton Obwalden seine Beschaffungsstellen nicht einmal dazu an, die Reihenfolge der Kriterien offenzulegen: "Die Reihenfolge der Kriterien sowie weitere Kriterien können in der Ausschreibung festgelegt werden" (Art. 23 Abs. 3 Submissionsgesetz des Kantons Obwalden). Gleich sieht aber auch § 10a VOB/A lediglich vor, dass die Wertungskriterien "möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung" angegeben werden, womit die Bestimmung auf der Linie des Art. 30 Abs. 2 BKR liegt. Dem soll die revidierte Richtlinie zu Leibe rücken, nach der in jedem Fall die Gewichtung allen Bietern bekannt sein muss, "wenn sie ihre Angebote erstellen" (Begründung der Kommission, KOM [2000] 275, Rdn. 6.3).

²⁷ Vgl. auch die Einschätzung von *Opitz*, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, in: NZBau 2001, S. 15. Umgekehrt würde es genügen, nur die Gewichtung offenzulegen, da sich daraus die Reihenfolge der Wertungskriterien von selber ergibt.

²⁸ Etwa die Kantone Aargau, Appenzell A.Rh., Basel-Stadt und Neuenburg, wobei diese Liste nicht abschliessend ist.

²⁹ Das Bundesgesetz (BoeB) hält nach seinem Wortlaut zwar noch immer bloss fest, dass die Reihenfolge der Kriterien anzugeben sei, ohne gleichzeitig auch deren Gewichtung zu erwähnen (s. Art. 21 Abs. 2 BoeB). Beim Bund sorgte aber (wie im Text erwähnt) die Eidgenössische Rekurskommission für die erforderliche Transparenz (s. etwa deren Entscheidung vom 3. September 1999 [BRK 006/1999]).

³⁰ Diese Erkenntnis floss in den Entwurf einer konsolidierten Richtlinie für die Vergabe durch "klassische" Auftraggeber ein (KOM [2000] 275 endg.), der, wie erwähnt, für den Zuschlag nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip vorsieht, dass der Auftraggeber vorgängig bekannt gibt, "wie er die einzelnen Kriterien gewichtet, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln" (Art. 53 II des Entwurfs = Art. 54 II des Richtlinienentwurfs für die Sektoren).

3. Die vergabefremden Kriterien

Obschon die vergaberechtlichen Erlasse der Schweiz nicht ausdrücklich von "vergabefremden Kriterien" sprechen, hat sich der Ausdruck hier eingebürgert. Gemeint sind damit all jene Kriterien, die sich weder auf die projektbezogene Eignung des Anbieters (Eignungskriterien) noch auf die Wirtschaftlichkeit seines Angebotes (Zuschlagskriterien) beziehen. Solche Kriterien haben verschiedentlich Eingang in die einschlägigen Erlasse gefunden: [11]

- (1) Auf *Bundesebene* sind namentlich die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen (= Tariftreue) sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann als vergabefremde Kriterien zu qualifizieren.³¹ Demgegenüber kennt der Bund keine KMU-Sondernorm, nach der mittelständische Interessen unter Einsatz des Vergaberechts zu fördern wären, auch nicht in der Art des § 97 Abs. 3 GWB.³²
- (2) Die *Kantone* berücksichtigen beim Zuschlag zum Teil besondere Anstrengungen im Bereich der Ausbildung von Lehrlingen (Förderung von Ausbildungsbetrieben), besondere Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau, besondere Beachtung ökologischer Kriterien und soziale Aspekte.³³ Ein besonderer Fall ist der Kanton Neuenburg, der ausdrücklich festhält, dass der Zuschlag auf das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis geht, und dies ausdrücklich "à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires"³⁴.

Ob Entscheidkriterien dieser Art zulässig sind, ist für die *Schweiz* vor dem Hintergrund des Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA zu entscheiden. Nach dieser Vorschrift des übergeordneten Rechts geht der Zuschlag an das Angebot, das "entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien ... als das günstigste beurteilt wird".

Der *Bund* erkannte für sich, dass die Vergabe nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip erfolgen muss: "Die Zuschlagskriterien haben sich am wirtschaftlichen Nutzen des zu beurteilenden Angebots für die Auftraggeberin zu orientieren und dürfen nicht auftragsfremde Bedingungen beinhalten, die zu einer Ungleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter führen könnten"³⁵. Gleichwohl verschaffte der Bundesgesetzgeber sich Raum für die Berücksichtigung auch des Arbeitnehmerschutzes und des Gleichstellungsgebots, was er damit erklärte, die einschlägigen Normen stellten "autonome über das GATT-Übereinkommen hinausgehende" Regelungen dar, "deren Notwendigkeit sich aus der Abwehr eines unerwünschten Sozialdumpings ergibt" (für den Arbeitnehmerschutz) bzw. die verdeutlichten, "was nach Bundesverfassungsrecht grundsätzlich gilt" (für das Gleichstellungsgebot).³⁶ Dass trotz GPA Raum für "autonome Regelungen" bleibt, leitet sich aus Art. XXIII Nr. 2 des Übereinkommens ab, nach dem die Vertragsstaaten Massnahmen namentlich "zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit" sowie zu Gunsten

³¹ Vgl. Art. 8 BoeB. In einem weiteren Sinn vergabefremd motiviert ist schon der Geltungsbereich des Vergaberechts: Die "Beschaffung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial" etwa ist ausgenommen (Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB), was nicht wirtschaftlich, sondern nur mit "wesentlichen nationalen Sicherheitsinteressen" (GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 [Sonderdruck], S. 231), also einem vergabefremden Argument zu erklären ist.

³² Das heisst indes nicht, dass Teilangebote und eine losweise Vergabe gerade unzulässig wären; s. Art. 22 Abs. 3 VoeB: "Die Auftraggeberin kann bei Teilangeboten auf ein Gesamtangebot verzichten. Sie kündigt dies in der Ausschreibung an." Nachdem das schweizerische Vergaberecht keine KMU-Klausel kennt, darf die losweise Vergabe aber nicht ungünstiger sein als die Gesamtvergabe.

³³ Wie radikal die Veränderungen waren, die das neue Vergaberecht mit sich brachte, illustriert schon der Vergleich mit einer Aufzählung von Zuschlagskriterien, die aus einem höchstrichterlichen Urteil von 1993 stammt: "Preiswürdigkeit, gerechte Abwechslung, Unbeachtlichkeit von Unterangeboten, Steuerdomizil in Kanton oder Gemeinde, Erhaltung von Arbeitsplätzen" (Entscheidung des *Bundesgerichts* vom 17. Dezember 1993 [BGE 119 Ia 430 E. 4b/aa]).

³⁴ Art. 30 Abs. 2 LCMP (=Beschaffungsgesetz des Kantons Neuenburg)

³⁵ So die Botschaft, mit der der Bundesrat seinen Entwurf eines Vergabegesetzes dem Eidgenössischen Parlament zuleitete (GATT-Botschaft 2, o. Fussn. 31, S. 243).

³⁶ GATT-Botschaft 2, S. 237.

der "Gesundheit von Menschen" treffen dürfen, solange diese Massnahmen weder diskriminierend sind noch den internationalen Handel beschränken. Und das Gleichstellungsgebot im Besonderen lässt sich auch auf das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Uno-Frauenübereinkommen, FRÜ) abstützen, mit dem die Schweiz sich unter anderem dazu verpflichtet hat, "durch gesetzgeberische und sonstige Massnahmen für die tatsächliche Verwirklichung dieses Grundsatzes [der Gleichberechtigung von Mann und Frau] zu sorgen" (Art. 2 lit. a FRÜ).³⁷

Soweit die *Kantone* ihre Vergabeentscheide auch von den Bemühungen etwa im Bereich der Lehrlingsausbildung abhängig machen, müssten konsequenterweise auch sie sich auf Art. XXIII Nr. 2 GPA berufen, der in begrenztem Umfang autonome Regelungen zulässt. Ob allerdings diese staatsvertragliche Ausnahmebestimmung auch die Lehrlingsausbildung erfasst, halte ich für zweifelhaft.³⁸ Evident ist aber, dass die Kantone hinsichtlich der Lehrlingsausbildung zumindest die Gefahr laufen, ausländische Anbieter zu diskriminieren, wenn man bedenkt, dass die Systeme der Berufsausbildung von Land zu Land sehr stark differieren.

Unabhängig von der Zulässigkeit vergabefremder Aspekte ist festzuhalten, dass es die Arbeit der Beschaffungsstellen faktisch erschwert, wenn bei der Entscheidungsfindung nicht bloss der einzelwirtschaftliche Nutzen für die öffentliche Hand, sondern darüber hinaus vergabefremde Politiken zu berücksichtigen sind, von denen die Beschaffungsstellen nicht zwingend etwas verstehen. Zudem ist kritisch zu fragen, inwieweit das Vergaberecht überhaupt geeignet ist, etwa zur Lehrlingsausbildung beizutragen, und sich vergabefremde Anliegen nicht eigentlich gezielter und günstiger mit anderen Mitteln fördern liessen.³⁹

4. Die ungewöhnlich niedrigen Angebote

Zuweilen sehen sich Anbieter, die tiefer kalkulieren als ihre Mitbewerber, dem Vorwurf ausgesetzt, ihr Angebot sei ungewöhnlich niedrig, was dann mit der Forderung verbunden wird, das Unterangebot sei vom Verfahren auszuschliessen. Soweit Vorwurf und Forderung einzig dazu dienen, ein bestimmtes Preisniveau zu halten, sind sie standespolitisch motiviert und jedenfalls nach geltendem schweizerischem Recht nicht haltbar.

Anders sah etwa die (inzwischen abgelöste) Submissionsverordnung des Kantons Luzern vom 9. Juli 1973 noch vor, dass Angebote, die "in einem offensichtlichen Missverhältnis zu der zu vergebenden Arbeit oder Lieferung stehen (Unterangebot)", nicht berücksichtigt werden durften, was das offizielle Luzerner Kreisschreiben gerade damit erklärte, die Bauwirtschaft müsse "vor weiterem Preiszerfall" geschützt werden. Definiert wurden Unterangebote dort als Angebote unter Selbstkosten. "Preise, die den 'Kampf bis aufs Messer' bedeuten", waren dieser Verlautbarung zufolge "verwerflich und zu bekämpfen".

Das geltende Vergaberecht, das auch in dieser Frage auf das übergeordnete GPA abstellt, lässt einen automatischen Ausschluss von Unterangeboten nicht zu, sondern schreibt eine vertiefte Eignungsprüfung vor: "Erhält eine Beschaffungsstelle ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, so kann sie beim Anbieter Erkundigungen einziehen und

³⁷ Dieses Abkommen trat für die Schweiz am 26. April 1997 und damit nach dem GPA in Kraft.

³⁸ Zur Frage deren Berücksichtigung nach deutschem Recht vgl. *Kling*, forum vergabe 2000, H. 12, S. 443 ff., insb. 454 ff.

³⁹ Mindestens ein kantonales Verwaltungsgericht will denn auch die Lehrlingsausbildung einzig dann berücksichtigen wissen, "wenn sich bei der Zuschlagserteilung bezüglich der übrigen Kriterien gleichwertige Angebote gegenüberstehen" (Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Entscheidung vom 15. September 1999, in: BR/DC 2000, S. 59, Nr. S18).

sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann" (Art. XIII lit. a GPA). Zwar ist diese Bestimmung insoweit kritisch zu würdigen, als sie zur Ermittlung eines Unterangebotes auf die anderen Angebote abstellt, während es der Sache nach [12] eigentlich auf das Verhältnis zwischen Offertpreis und geforderter Leistung ankommt.⁴⁰ Doch ist anzunehmen, dass die Vergabepaxis selbst bei einer Vorschrift, die das Preis-Leistungs-Verhältnis betonte, den verdächtigen Preis noch immer an den übrigen Angeboten messen würde. Dazu kommt, dass der ungewöhnlich niedrige Preis – in der Funktion eines Aufgreifkriteriums – lediglich eine besondere Eignungsprüfung nach sich zieht und mit der Feststellung, dass ein Unterangebot vorliegt, noch keineswegs eine wirtschaftliche Wertung des Angebots verbunden ist. Abgesehen davon steht die Vorschrift in Einklang mit dem gesetzlich verankerten Gebot, öffentliche Mittel wirtschaftlich einzusetzen, da Anbieter nicht schon aufgrund eines tiefen Offertpreises, sondern erst dann ausgeschlossen werden können, wenn dieser Preis erwiesenermassen mangelnde Eignung – etwa im Bereich der Abrechnung – indiziert.

Aufgrund dieser Rechtslage, die staatsvertraglich geschaffen wurde, kann sich die einschlägige Diskussion jedenfalls in der Schweiz nicht mehr um Standespolitik und namentlich nicht um die Frage drehen, ob und mit welchen Massnahmen der Preiskampf gedämpft werden könne. Eine andere Beurteilung mag sich immerhin dann aufdrängen, wenn ein ungewöhnlich niedriges Angebot von einer wettbewerbsbeschränkenden Submissionsabrede herrührt.⁴¹ Anlass zum Verfahrensausschluss gibt dann allerdings nicht das Unterangebot, sondern der Umstand, dass eine rechtswidrige Abrede getroffen wurde, womit der Ausschluss denn auch kartellrechtlich und nicht standespolitisch motiviert ist.⁴²

5. Der Rechtsschutz

Der Rechtsschutz nach schweizerischem Vergaberecht ist zweiteilig: Der primäre Rechtsschutz besteht in der Möglichkeit, vergaberechtliche Entscheide bei einem unabhängigen Verwaltungsgericht anzufechten, während der sekundäre Rechtsschutz sich darin erschöpft, dem verletzten Anbieter in eingeschränktem Masse Schadenersatz zu verschaffen.⁴³ Die Einführung eines förmlichen Beschwerdeverfahrens war die bedeutsamste Neuerung, die das revidierte Vergaberecht mit sich brachte⁴⁴; abgelöst wurde ein Zustand, in dem es in Vergabesachen zumeist⁴⁵ keine Rechtsmittel gab und als Folge die Anbieter auf Wiedererwägungsgesuch und Aufsichtsbeschwerde

⁴⁰ Richtig deshalb § 25 Nr. I VOB/A, der auf das Verhältnis zwischen "Leistung und Gegenleistung" abstellt (Kratzenberg, in: *Ingenstau/Korbion*, 14. Aufl., A § 25 Rdn. 63); auch Art. 30 IV BKR und den Beschluss der *VK Bund* vom 7. September 2000 (VK2-26/00), IBR 2000, S. 588.

⁴¹ Vgl. dazu *Christ*, Die Submissionsabsprache, Diss. Freiburg/Schweiz 1999, Rdn. 101 f.

⁴² Vgl. Art. 11 lit. e BoeB und die Parallelvorschrift bei § 25 Nr. 1 I c VOB/A.

⁴³ Vom zweiteiligen vergaberechtlichen Rechtsschutz unabhängig, sind vertragsrechtliche Streitigkeiten vor den Zivilgerichten auszutragen.

⁴⁴ Die geänderte Rechtslage schlug sich auch in der Legitimationspraxis des *Schweizerischen Bundesgerichts* nieder, die kantonale Vergebungsentscheide nunmehr als mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbare Hoheitsakte betrachtet (grundlegend: Entscheidung des *Bundesgerichts* vom 20. November 1998 [BGE 125 II 93 E. 3-4]). Die abgelöste Praxis hatte den Zuschlag noch als "eine auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages ausgerichtete Erklärung und nicht ... [als] eine auf staatlicher Befehlsgewalt beruhende autoritative Anordnung" gewertet (Entscheidung des *Bundesgerichts* vom 17. Dezember 1993 [BGE 119 Ia 427 E. 3a]).

⁴⁵ Vorbehalten bleiben aber die Kantone Graubünden und Schwyz, die schon seit längerem in bestimmten Fällen die Beschwerde an ein unabhängiges Verwaltungsgericht zulassen.

verwiesen waren, wobei weder der eine noch der andere Rechtsbehelf gerade einen Anspruch auf Nachprüfung begründete.⁴⁶

Nicht nur die Zuständigkeiten sind zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt, Unterschiede bestehen auch hinsichtlich des *Umfanges des Rechtsschutzes*: während der Bund den Kantonen in seinem Binnenmarktgesetz vorschreibt, in jedem Fall "wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz" vorzusehen⁴⁷, gewährt er selber nur bei solchen Vergaben Rechtsschutz, die die GPA-Schwellenwerte erreichen. In den übrigen Fällen bundesrechtlicher Vergaben greift die (umstrittene) Fiktion, nach der Entscheidungen in untergesetzlichen Vergabeverfahren keine "Verfügungen" darstellen und deshalb als Beschwerdegegenstand entfallen.⁴⁸ Zu beachten ist allerdings, dass bei den Kantonen die GPA-Schwellenwerte doch insoweit eine Rolle spielen, als das Binnenmarktgesetz einzig solche Diskriminierungen unterbindet, die sich gegen ortsfremde, aber noch immer inländische Anbieter richten, während ausländische Anbieter auch in den Kantonen nur nach Massgabe des GPA und deshalb lediglich dann Rechtsschutz beanspruchen können, wenn die staatsvertraglich definierten Schwellenwerte erreicht werden.

Nachfolgend gehe ich auf drei weitere *Eigenheiten* ein, die das Rechtsschutzsystem der Schweiz prägen:

- (1) *Zuständigkeiten*: Der Bund hält sich eine Rekurskommission, gegen deren Urteile es keine Rechtsmittel gibt, während sämtliche Kantone ihre (kantonalen) Verwaltungsgerichte mit Vergabesachen befassen, deren Entscheide beim Schweizerischen Bundesgericht – als Verfassungsgericht – angefochten werden können.
- (2) *Beschwerdegegenstand* sind in jedem Fall öffentlich-rechtliche Verfügungen. Dies gilt namentlich auch beim Vergabeentscheid, wo sich eine allfällige Beschwerde nicht gegen den privatrechtlichen Abschluss des Vertrages, sondern gegen die dem Vertragsschluss sachlich und zeitlich vorgelagerte öffentlich-rechtliche Zuschlagsverfügung richtet.⁴⁹ Andere Verfügungen betreffen etwa die Auswahl der Bieter im selektiven (nicht offenen) Verfahren, den Verfahrensausschluss infolge Unvollständigkeit des Angebots oder auch die Ausschreibung.
- (3) *Beschwerdegründe und Kognition*: Die Rüge der Unangemessenheit ist in sämtlichen schweizerischen Vergabeerlassen ausgeschlossen. Was bleibt, ist die Rüge von Rechtsverletzungen, wobei nach schweizerischer Konzeption namentlich die Überschreitung und der Missbrauch des Ermessens als Rechtsverletzungen gelten. Dies entspricht der schweizerischen Gepflogenheit, im justizmässigen Verfahren die Beschwerdegründe enger zu fassen als im Rahmen der verwaltungsinternen Rechtspflege⁵⁰, und führt im Ergebnis dazu, dass sich die Gerichte bei der Beurteilung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien eine "besondere Zurückhaltung ... auferlegen, da dies häufig besondere technische Kenntnisse voraussetzt, stets einen Vergleich mit den anderen Offerten verlangt und unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente enthält"⁵¹.

Die Verwaltungsgerichte können in jedem Fall auch den *Zuschlag* aufheben, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Dies ist nur scheinbar eine Differenz zu § 114 Abs. 2 GWB, denn nach schweizerischer Konzeption fallen Zuschlagsverfügung und Vertragsschluss in keinem Fall zusammen, sondern sind verschiedene

⁴⁶ Vgl. dazu Häfelin/Müller (o. Fussn. 3), Rdn. 1425 und 1439.

⁴⁷ Art. 9 Abs. 2 BGBM.

⁴⁸ Art. 39 VoeB; kritisch zur Fiktion Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz, 1996, Rdn. 509.

⁴⁹ Brinker, NZBau 2000, S. 174, bezeichnet diese Konzeption als "dualistisches/romanisches System", das er vom "monistischen/deutschen System" abgrenzt.

⁵⁰ Vgl. etwa Häfelin/Müller (o. Fussn. 3), Rdn. 1509.

⁵¹ Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 2. März 2000 (2P.222/1999/leb), E. 3a.

Rechtsakte: so kommt der Vertrag nicht schon mit der öffentlich-rechtlichen Zuschlagsverfügung, sondern erst dadurch zustande, dass die Beschaffungsstelle die Offerte des Anbieters durch ihre empfangsbedürftige Willenserklärung annimmt.⁵² Dies gilt jedenfalls in solchen Verfahren, in denen den Anbietern Rechtsschutz gewährt wird. In Verfahren ohne Rechtsschutz soll beim Bund die auf Verordnungsstufe geschaffene Fiktion zum Tragen kommen, dass namentlich der Zuschlagsentscheid gar kein Rechtsakt ist⁵³. Während es zutrifft, dass diese Fiktion der [13] gesetzlichen Grundlage entbehrt, stimmt es auch, dass diese Streitfrage praktisch keine Rolle spielt, da so oder anders der Zuschlagsentscheid nicht anfechtbar ist.

Nachdem Grundstruktur und Charakteristika des Rechtsschutzes besprochen wurden, sei jetzt noch von drei ausgewählten *Einzelfragen* die Rede, die vor allem den Vergabepraktiker beschäftigen:

- (1) Die *Beschwerdefrist* auf kantonaler Ebene beträgt 10 Tage. Diese Frist ist sehr knapp bemessen, wenn man bedenkt, dass ohne weiteres einige Tage verstreichen können, bevor überhaupt anwaltliche Unterstützung beansprucht wird, und zudem eine wirksame Rechtsvertretung voraussetzt, dass man sich aktenkundig macht und bei der Beschaffungsstelle die Gründe in Erfahrung bringt, aus denen das Angebot des Klienten nicht berücksichtigt wurde. Angemessener, wenn auch noch immer kurz ist die Frist von 20 Tagen, die das Vergabegesetz des Bundes ansetzt.⁵⁴
- (2) *Verwirkung*: In verschiedenen Kantonen hat sich die Praxis herausgebildet, nach der die Anbieter Mängel der Ausschreibung sofort gerichtlich anzufechten haben⁵⁵ und nicht berechtigt sind, derartige Mängel erst mit einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung und damit nachträglich geltend zu machen. Diese Praxis stützt sich auf das Gebot von Treu und Glauben. Dass gleichwohl gegen Ausschreibungen kaum Beschwerden geführt werden, heisst nicht, dass die Ausschreibungen stets mängelfrei wären, sondern rührt daher, dass die Anbieter ihre Zuschlagschancen wahren wollen und entsprechend davon absehen, sich schon in einem so frühen Stadium des Verfahrens mit den Beschaffungsstellen anzulegen.
- (3) Die *aufschiebende Wirkung* ist von grosser praktischer Bedeutung, sehen die Instruktionen an den Rechtsvertreter doch häufig vor, die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung zwar zu führen, sie jedoch zurückzuziehen, sollte die aufschiebende Wirkung nicht gewährt werden. Die Bedeutung dieses Prozessentscheids liegt darin, dass die aufschiebende Wirkung den Vollzug der Zuschlagsverfügung hemmt und so der Ausgang des Beschaffungsgeschäfts für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens offen bleibt.⁵⁶ Wird einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht gewährt, erlischt häufig auch das Interesse des Beschwerdeführers, seine Beschwerde aufrechtzuerhalten. Denn der sekundäre Rechtsschutz, von dem schon die Rede war, verspricht dem obsiegenden Beschwerdeführer nicht mehr als den Ersatz seiner Offert- und seiner Rechtsmittelkosten⁵⁷, was

⁵² *Gauch*, in Festschr. f. von *Craushaar*, Düsseldorf 1997, S. 89.

⁵³ Art. 39 VoeB; kritisch dazu *Galli/Lehmann/Rechsteiner* (o.Fussn. 48), Rdn. 509.

⁵⁴ Art. 30 BoeB.

⁵⁵ Die Rüge erfolgt also nicht gegenüber der Beschaffungsstelle, sondern direkt im förmlichen Beschwerdeverfahren, dies im Gegensatz zur sofortigen Rüge des § 107 Abs. 3 GWB. Dazu *Braun*, NZBau 2000, S. 320 ff.

⁵⁶ Zur Rechtslage beim Bund, die besteht, wenn der Vertrag noch vor der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung geschlossen wird: *Gauch*, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, in: BR/DC 1998, S. 119 ff., der für das Vergaberecht des Bundes – entgegen der Eidgenössischen Rekurskommission – die Nichtigkeitsfolge ablehnt. Im Gegensatz dazu offenbar § 13 VgV, wobei es in der Schweiz an einer entsprechenden spezialgesetzlichen Norm gerade fehlt. Zu dieser Verordnungsbestimmung vgl.: Ax, Die neue Vergabeverordnung (Entwurf) – Auswirkungen der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Bau-Vergabepaxis, in: BauR 2000, S. 474 f.; *Brinker*, NZBau 2000, S. 178; *Dreher*, NZBau 2000, S. 179; *Kratzenberg*, NZBau 2001, S. 121.

⁵⁷ Für den Bund vgl. Art. 34 Abs. 2 BoeB, der dem staatsvertraglich vereinbarten Minimum gerade noch entspricht (vgl. Art. XX Nr. 7 lit. c GPA). Noch restriktiver gibt sich – zumindest auf den ersten Blick – § 126 GWB, der den Ersatzanspruch des verletzten Bieters auf "die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren" beschränkt, um aber "weiterreichende Ansprüche auf Schadenersatz" ausdrücklich vorzubehalten. Doch besteht auch für die Schweiz kein Zweifel daran, dass – wie in Deutschland (*BGH*, Urteil vom 26. Oktober 1999,

meist weder das Risiko eines Beschwerdeverfahrens noch überhaupt den tatsächlichen Aufwand aufzuwiegen vermag.⁵⁸

Umso wichtiger ist es, dass auch auf diesen prozessualen Zwischenschritt ausreichende Sorgfalt aufgewendet und eine nachvollziehbare Entscheidungsbegründung geliefert wird. Selbst wenn es zutrifft, dass die Beschaffungsstellen meist ein erhebliches Interesse an einem raschen Vertragsschluss haben, ist diesem Interesse doch nicht dadurch Rechnung zu tragen, die aufschiebende Wirkung restriktiv zu gewähren. Im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes ist vielmehr dafür zu sorgen, dass zwar die aufschiebende Wirkung grundsätzlich zuerkannt, die Entscheidung in der Sache dann aber rasch gefällt wird.⁵⁹ Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn Beschaffungsstellen schon für ihre Stellungnahmen zur Frage der aufschiebenden Wirkung eine Fristerstreckung verlangen müssen, um in ihrer Eingabe dann geltend zu machen, das Beschaffungsgeschäft sei dringlich und die aufschiebende Wirkung deshalb zu verweigern.

Der vergaberechtliche Rechtsschutz in der Schweiz ist – wie gesagt – geprägt von einer übergrossen Vielfalt von Instanzen und Prozessregeln. Dazu kommt die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung, die eine vernünftige Bewertung der Prozesschancen gerade dann erschwert, wenn im Beschwerdekanton die relevante Rechtsfrage bislang nicht entschieden wurde und nur solche Präjudizien anderer Kantone vorliegen, die einander widersprechen. Abgesehen von diesen Erschwernissen aber ist der Rechtsschutz ein Fortschritt und entspricht dem Bedürfnis nach einer justizmässigen Nachkontrolle auch der staatlichen Beschaffungstätigkeit.

III. Zum Schluss

So hinderlich die vergaberechtlichen Diskrepanzen innerhalb der Schweiz für den Vergabepraktiker sein können, so nützlich sind sie für den juristischen Feldforscher, der innerhalb eines geographisch eng begrenzten Raums eine grosse Fülle von Untersuchungsmaterial vorfindet, und dies erst noch in drei Sprachen. Allerdings darf die lokale Materialfülle nicht davon ablenken, dass gerade durch die Regeln der öffentlichen Vergabe das schweizerische Recht in vielfältiger Weise an den internationalen Entwicklungen teil hat, so dass diese Entwicklungen bei der Auslegung der nationalen Normen stets zu berücksichtigen sind. Während diese Berücksichtigung staatsvertraglicher Normen zwingend ist, ist es ein Gebot der juristisch-praktischen Vernunft, sich auch auf die einschlägigen Konzeptionen anderer Länder einzulassen, die schon deutlich länger als die Schweiz das Vergaberecht als eigenständige Disziplin pflegen.

in: BauR 2000, S. 255) – ein Verstoß gegen Vergaberecht die Haftung aus culpa in contrahendo zu begründen vermag, wenn gleichzeitig die weiteren Voraussetzungen dieses Haftungsgrunds erfüllt sind. Vgl. dazu *Gauch/Stöckli* (o. Fussn.17), S. 67, mit Hinweisen; ablehnend aber *Clerc*, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg/Schweiz 1997, S. 493 und 598 ff.

⁵⁸ Nach *Brinker*, NZBau 2000, S. 175, verhält es sich in Deutschland diesbezüglich nicht anders.

⁵⁹ Anders als § 113 I GWB schreibt das schweizerische Vergaberecht den Gerichten keine Behandlungsfristen vor.