

Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht*

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht*, 5/97 S. 165 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Abkürzungen: *ATB* = Alpen transitbeschluss vom 4. Oktober 1991 (SR 741.104); *BGBM* = Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02); *BoeB* = Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1); *GPA* = Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, SR 0.632.231.42); *IVöB* = Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (SR 172.056.4); *KG* = Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251); *NSG* = Bundesgesetz über die Nationalstrassen vom 8. März 1960 (SR 725.11); *NSV* = Verordnung über die Nationalstrassen vom 18. Dezember 1995 (SR 725.111); *THG* = Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51); *Voeb* = Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11); *VRöB* = Vergaberichtlinien aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (Fassung vom 1. Dezember 1995).

I. Einleitung und Grundlagen

1. [165] Bund, Kantone und Gemeinden sowie die zugehörigen Personen des öffentlichen Rechts verkörpern ein gewaltiges Wirtschaftspotential. Sie greifen in mannigfacher Weise in das Marktgeschehen ein, namentlich auch durch die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, die auf dem Markte angeboten werden. Für Ökonomen und Juristen gibt es daher genügend Gründe, sich mit der **Vergabe öffentlicher Aufträge** (der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand) zu befassen. Das gilt um so mehr, als das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz sich in einer tiefgreifenden Umwandlung befindet.

Diese Umwandlung hat wirtschaftliche und juristische Ursachen. Vorliegend geht es um die juristische Seite. Die rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens haben sich verändert oder sind in Änderung begriffen.

2. Das neue Beschaffungsrecht der Schweiz¹ zielt vor allem auf eine Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens. Es beruht auf verschiedenen Quellen.² Im Vordergrund steht **das neue Vergaberecht**.³ Die wichtigsten "Erlasse" sind:

* Dieser Beitrag beruht auf einer Vortragsunterlage über die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes, die den Teilnehmern und Teilnehmerinnen der Baurechtstagung 1997 in Freiburg abgegeben wurde. Er enthält die leicht überarbeitete Fassung des von mir geschriebenen Teils. Ein weiterer Teil der betreffenden Vortragsunterlage (über die Bedeutung des neuen Wettbewerbsrechts) stammt von PIERRE TERCIER. Die gesamte Unterlage (GAUCH und TERCIER, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen) ist in den Tagungsunterlagen der Baurechtstagung 1997, Band I, abgedruckt. Der gleiche Band enthält auch den französischsprachigen Vortrag von Pierre Tercier über „La libéralisation du marché de la construction“.

¹ Vgl. dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996; CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997.

- **Art. 13 des Alpentransitbeschlusses (ATB)** vom 4. Oktober 1991, der am 1. Dezember 1992 in Kraft getreten ist. Dieser Artikel befasst sich mit der NEAT-Vergabe⁴, wofür er die folgenden Vorschriften enthält: "Der Bund stellt im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicher" (Abs. 1). "Für in- und ausländische Bewerber sind gleichwertige Wettbewerbsbedingungen zu verlangen" (Abs. 2). Nach herrschender Meinung, die ihren Niederschlag in Art. 33 Abs. 2 VoeB gefunden hat, haben ausländische NEAT-Anbieterinnen einen Anspruch auf Gleichbehandlung selbst dann, wenn "ihr" Staat kein Gegenrecht gewährt.⁵

- **Das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 15. April 1994 (GPA)⁶, dem der Bund mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist. Dieses internationale Übereinkommen, das auch für die Kantone gilt⁷, "hat die Ordnung des [166] öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in grundsätzlich neue Bahnen gelenkt".⁸ Im Rahmen seines (beschränkten) Anwendungsbereiches (Art. I GPA) zielt es darauf ab, die Prinzipien der "Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung" (Art. III GPA) unter den Beitrittsstaaten zu verwirklichen. Bei den Beschaffungen, die dem Übereinkommen unterstehen, dürfen Waren und Dienstleistungen sowie deren Anbieterinnen gegenüber Waren, Dienstleistungen und Anbieterinnen des eigenen Staates oder anderer Vertragsstaaten nicht diskriminiert werden. Nach dem Grundsatz der Reziprozität, der dem Übereinkommen zugrunde liegt, entfalten die einzelnen Liberalisierungsschritte Wirkung nur gegenüber jenen Vertragsstaaten, die Gegenrecht gewähren.⁹

- **Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 16. Dezember 1994 (BoeB)¹⁰, das auf der Stufe der Eidgenossenschaft vor allem die grundlegenden Verpflichtungen des erwähnten GATT/ WTO-Übereinkommens in das innerstaatliche Recht umsetzt. Dieses Gesetz, das am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, regelt die Vergabe "von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen" des Bundes¹¹

² Vgl. dazu auch BOCK, Öffentliches Beschaffungsrecht/Submissionsrecht, Basel 1996. Dieses Buch enthält eine umfassende Rechtsquellensammlung zum neuen Beschaffungsrecht.

³ Vgl. dazu und zu den nachstehend aufgeführten „Erlassen“: Das neue Vergaberecht der Schweiz, Freiburg 1996, mit Beiträgen von GAUCH, ERNST, DANIOTH, MICHEL, HENNINGER und TERCIER (Unterlagen zu einer Informationstagung, herausgegeben vom Seminar für Schweizerisches Baurecht); CLERC, zit. in Anm. 1, S. 383 ff.; TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in: Journées du droit de la construction, Volume I, Fribourg 1997, S. 11 ff.

⁴ NEAT = Neue Eisenbahn-Alpentransversale.

⁵ Kritisch dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 66 ff.

⁶ Vgl. ERNST, Das Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen am 1. Januar 1996: ein Meilenstein in der Liberalisierung des internationalen öffentlichen Beschaffungswesens, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 74 ff.

⁷ Zur Frage, inwieweit auch öffentliche Auftraggeber auf der Gemeindeebene dem Übereinkommen unterstehen, vgl. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 3.

⁸ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 1 f.

⁹ VGL. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 2 mit FN 4.

¹⁰ Vgl. dazu GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, in: ZSR 114, 1995 I, S. 313 ff.

¹¹ Zu diesen Aufträgen und den sich stellenden Abgrenzungsfragen vgl. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER,

(Art. 1 Abs. 1 lit. a /Art. 5 BoeB)¹², soweit sie in den (beschränkten) Anwendungsbereich des Gesetzes (Art. 2 ff. BoeB) fällt¹³. Nach Massgabe seiner Zweckbestimmung (Art. 1 BoeB) will das Gesetz das Vergabeverfahren "transparent gestalten", "den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken", "den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern" und "auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten".

- **Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 11. Dezember 1995 (VoeB). Diese Verordnung, die ebenfalls am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, ergänzt das BoeB. Sie regelt grundsätzlich *alle* öffentlichen Beschaffungen des Bundes (vgl. Art. 1-3 VoeB)¹⁴. Soweit die betreffenden Beschaffungen schon unter das Bundesgesetz fallen ("BoeB-Beschaffungen"), enthält die Verordnung einschlägige Ausführungsbestimmungen.¹⁵ Eine Besonderheit gilt für den Planungs- und für den Gesamtleistungswettbewerb; sie werden direkt und eingehend nur durch die Verordnung geregelt (Art. 40 ff. VoeB), während der Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, den Bundesrat in Art. 13 Abs. 3 BoeB anzuweisen, die erforderliche Regelung vorzunehmen. Dementsprechend regelt die Verordnung: "a. die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Bundesgesetz ... über das öffentliche Beschaffungswesen (Gesetz); b. die übrigen Beschaffungen des Bundes; c. den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb" (Art. 1 VoeB).
- **Die Art. 44 ff. der Nationalstrassenverordnung** vom 18. Dezember 1995 (NSV), die ihrerseits am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist. Die erwähnten Artikel betreffen die Beschaffung von "Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen" beim "Bau und Unterhalt" der Nationalstrassen (Art. 44 NSV). Diesbezüglich beschränken sie sich auf einige Grundsatzbestimmungen. "Im übrigen findet das kantonale Recht Anwendung" (Art. 46 NSV). Das alles steht im Einklang mit Art. 41 Abs. 2 des schon am 8. März 1960 beschlossenen Nationalstrassengesetzes, wonach die Bauarbeiten für die Nationalstrassen von den Kantonen nach den vom Bundesrat bestimmten Grundsätzen vergeben und überwacht werden.
- **Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt** vom 6. Oktober 1995 (BGBM), das am 1. Juli 1996 teilweise¹⁶ in Kraft getreten ist.¹⁷ Dieses (Rahmen-)Gesetz¹⁸ ist eine "Ant-

zit. in Anm. 1, S. 39 ff.

- 12 Das BoeB regelt nur die Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den *Kompetenzbereich des Bundes* (nicht der Kantone oder Gemeinden) fallen.
- 13 Das BoeB regelt *nicht alle Vergabefälle des Bundes*, sondern nur die Vergabe öffentlicher Bundesaufträge, die nach Massgabe der Art. 1 ff. BoeB in seinen Anwendungsbereich fallen (zum Geltungsbereich des Gesetzes vgl. GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 315 f.; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 6 ff.). Die übrigen Beschaffungen (z.B. sämtliche Beschaffungen durch die SBB, auch im Rahmen der NEAT) unterstehen (mit gewissen Ausnahmen) der VoeB.
- 14 Einzelheiten bei GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 12 ff.
- 15 Das BoeB regelt die von ihm erfassten *Vergabefälle nicht abschliessend*, sondern wird diesbezüglich ergänzt durch die einschlägigen Ausführungsbestimmungen der VoeB.
- 16 Art. 9 Abs. 1-3 BGBM tritt in Bezug auf Art. 5 BGBM erst am 1. Juli 1998 in Kraft.
- 17 Nach Art. 11 Abs. 1 BGBM steht den Kantonen, Gemeinden und andern Trägern öffentlicher Aufgaben eine Übergangsfrist von zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verfügung, innerhalb der sie ihre Vorschriften mit dem BGBM in Einklang zu bringen und die erforderlichen organisatorischen Vorschriften zu erlassen haben.

wort auf die insbesondere im kantonalen und kommunalen Recht noch zahlreichen Mobilitätshindernisse, die sich oft protektionistisch auswirken"¹⁹. Das Gesetz gewährleistet, "dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben" (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Es befasst sich auch mit öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben" (Art. 5 Abs. 1 BGBM), hingegen nicht mit öffentlichen Beschaffungen des Bundes²⁰.

Nach Art. 5 BGBM richten sich "die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben" zwar "nach kantonalem oder interkantonalem Recht". Doch dürfen "diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen ... Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz" nicht in unzulässiger Weise (Art. 3 BGBM) benachteiligen (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Bei "umfangreichen" Beschaffungen sind die "Vorhaben" sowie "die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag" amtlich zu [167] publizieren (Art. 5 Abs. 2 BGBM). "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt ... sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen" (Art. 9 Abs. 1 BGBM).

- **Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 25. November 1994 (IVöB)²¹. Dieses Vergabekonkordat, das nur für die Beitrittskantone²² verbindlich ist, dient primär der einheitlichen Umsetzung des GATT/WTO-Übereinkommens in das kantonale Recht. In seinem (beschränkten) Anwendungsbereich (Art. 6 ff. IVöB), der zum Teil über den Geltungsbereich des genannten Übereinkommens hinausgeht, will es die kantonalen Regeln zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Art. 6 Abs. 1 IVöB) "durch gemeinsam bestimmte Grundsätze und in Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz harmonisieren" (Art. 1 Abs. 2 IVöB). Seine Ziele sind insbesondere "die Förderung des wirksamen Wettbewerbs", "die Gewährleistung der Gleichbehandlung", "die Sicherstellung der Transparenz" und "die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel" (Art. 1 Abs. 2 IVöB). Gemeinden, Gemeindeverbände und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften sind dem Konkordat nur gegenüber jenen Kantonen und Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens unterstellt, die Gegenrecht gewähren (Art. 8 Abs. 1 lit. b IVöB).

Die Überwachung des Vergabekonkordates liegt in den Händen eines Interkantonalen Organs, das sich aus den Mitgliedern der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz zu-

18 Vgl. dazu COTTIER/WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, AJP 1995, S. 1582 ff.; WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, S. 164 ff.; DANIOTH, Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 97 ff.

19 COTTIER/WAGNER, zit. in Anm. 18, S. 1582.

20 So jedenfalls die herrschende Meinung, z.B. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 18 (mit weiteren Verweisen, auch auf die Botschaft zum Binnenmarktgesetz).

21 Vgl. dazu MICHEL, Die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 89 ff. Mein Beitrag stützt sich auf die geltende Fassung des Konkordates. In den Kantonen wird aber schon jetzt über eine Revision gesprochen, die namentlich auch das Binnenmarktgesetz berücksichtigen soll. Ein erster Revisionsentwurf liegt vor.

22 Bis zur Veröffentlichung dieses Aufsatzes hat die Mehrheit der Kantone ihren Beitritt erklärt oder beschlossen.

sammensetzt (Art. 4 IVöB). Dieses Organ ist unter anderem auch befugt, einschlägige *Vergaberichtlinien* zu erlassen (Art. 4 Abs. 2 lit. b IVöB), was es bis anhin noch nicht getan hat. Immerhin liegt aber ein Richtlinienentwurf (VRöB) vor, der von der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz am 14. September 1995 genehmigt wurde. Dieser Entwurf schränkt den Geltungsbereich des Vergabekondates insofern ein, als er auch die öffentlich-rechtlichen Kantonalbanken davon ausnimmt.²³

- **Die revidierten Submissionsordnungen der Kantone.** Das GPA, das BGBM und das IVöB zwingen die Kantone und Gemeinden, die bisherigen Submissionsordnungen anzupassen. In einigen Kantonen sind die Revisionsarbeiten bereits abgeschlossen, in anderen sind sie noch im Gange. Das IVöB berührt allerdings nur die Beitrittskantone.

3. Während die bisher vorgestellten "Erlasse" das öffentliche Vergaberecht beschlagen, greift **das revidierte Kartellgesetz des Bundes** vom 6. Oktober 1995 (KG) weit darüber hinaus. Dieses Gesetz, das seit dem 1. Juli 1996 vollständig in Kraft ist, "gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen" (Art. 2 Abs. 1 KG). Es hat zum Zweck, "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern" (Art. 1 KG). Nach Massgabe seines Zweckes trägt es im Rahmen seiner Bestimmungen zur Liberalisierung auch des öffentlichen Marktes bei.²⁴ Nachfolgend aber bleibt es ausgeklammert.

II. Die Frage, was sich geändert hat

1. Mit der rechtlichen Umgestaltung des öffentlichen Vergaberechts ist das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz in eine neue Ära getreten. Das aber heisst nicht, dass sich die gesamte Rechtslage auch materiell (der Sache nach) geändert hat. Trotz veränderter Rechtsgrundlagen ist **manches gleich geblieben**, was einige Hinweise belegen mögen. Sie betreffen:

- a. *Die Unterscheidung zwischen eidgenössischem und kantonalem Vergaberecht.* Nach wie vor untersteht die Vergabe eines öffentlichen Auftrages entweder dem eidgenössischen oder dem kantonalen Vergaberecht, allenfalls dem Vergaberecht einer Gemeinde. Eine "Zentralisierung" des schweizerischen Vergaberechts durch Schaffung eines für alle Vergabefälle anwendbaren Bundesgesetzes ist also unterblieben. Immerhin aber sind die Kantone an die Vorgaben gebunden, die sich aus dem Binnenmarktgesetz, der Nationalstrassenverordnung und dem vom Bund unterzeichneten GATT/WTO-Übereinkommen ergeben. Für die Beitrittskantone ist ausserdem auch das Vergabekondordat (IVöB) verbindlich.

²³ Kritisch dazu: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 32.

²⁴ Vgl. dazu TERCIER, Die Bedeutung des neuen Wettbewerbsrechts, in GAUCH und TERCIER, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarcktes und viele Fragen, in: Baurechtstagung 1997, Band I, Freiburg 1997, S. 27 ff.

- b. *Die Mehrheit der Vergabeverfahren.*²⁵ Nach wie vor wird zwischen verschiedenen Vergabeverfahren unterschieden, deren [168] Voraussetzungen und Ablauf in den einschlägigen Erlassen geregelt sind. Durchgesetzt haben sich *drei Grundformen*: das offene, das selektive und das freihändige Verfahren (vgl. Art. VII Ziff. 3 GPA, Art. 13 ff. BoeB, Art. 12 f./34 VoeB, Art. 12 IVöB).²⁶ Daneben gibt es weitere Formen. So kennt die VoeB (Art. 35) auch das Einladungsverfahren²⁷ und enthält überdies (in ihren Art. 40 ff.) eine eingehende Regelung des Planungs- und des Gesamtleistungswettbewerbes²⁸.
- Die erwähnten Vergabeverfahren wurden schon bis anhin "praktiziert", sind jetzt aber in den einschlägigen Erlassen mit den zum Teil neuen Bezeichnungen aufgeführt und detailliert(er) geregelt.
- c. *Die Bindung an Vergabegrundsätze.* Nach wie vor hat die Vergabe nach bestimmten Vergabegrundsätzen zu erfolgen, die festlegen, welche Anbieterin den Zuschlag erhalten soll. Die anwendbaren Grundsätze, welche die jeweilige Auftraggeberin binden, beziehen sich auf die Eignung der Anbieterin, auf den Inhalt des Angebotes und auf weitere Sachverhalte.²⁹ Zum Beispiel schreibt Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB vor, dass der Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an eine Anbieterin vergeben werden darf, "welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen" am Ort der Leistung gewährleistet (analog, wenn auch unpräzis: Art. 11 lit. e IVöB).
- d. *Die Wahl des günstigsten Angebotes.* Kommen mehrere Anbieterinnen für den Zuschlag in Frage, so gilt in aller Regel der Grundsatz, dass *das wirtschaftlich günstigste Angebot* den Zuschlag erhält (vgl. Art. 21 Abs. 1 BoeB, Art. 37 VoeB, Art. 13 lit. f

²⁵ Vgl. dazu auch: GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, BR 1996, S. 99 ff.

²⁶ *Das offene und das selektive Verfahren* sind Submissionsverfahren, die mit einer Ausschreibung beginnen. Die beiden Verfahren stehen der Auftraggeberin zur freien Disposition, derart, dass sie zwischen diesen Verfahren wählen kann. Wie aber unterscheiden sich die beiden Verfahren?

Das *selektive Verfahren* unterscheidet sich vom offenen Submissionsverfahren dadurch, dass die an der Übernahme des ausgeschriebenen Auftrages interessierten Firmen zunächst nur einen *Antrag auf Teilnahme* einreichen. Alsdann bezeichnet die Auftraggeberin jene Firmen, die ein Angebot einreichen und damit am weiteren Verfahren teilnehmen dürfen. Die Bezeichnung erfolgt nach einer Präqualifikation, worin die Auftraggeberin prüft, welche Firmen die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Eignungskriterien (Art. 9 f. BoeB/Art. 9 f. VoeB) erfüllen.

²⁷ *Das Einladungsverfahren* nach Art. 35 der VoeB ist eine Submission auf persönliche Einladung, die sich vom offenen und selektiven Verfahren namentlich dadurch unterscheidet, dass die Auftraggeberin mehrere (nach Möglichkeit mindestens drei) Anbieterinnen direkt zur Angebotseingabe einlädt, ohne den geplanten Auftrag öffentlich auszuschreiben. Dieses Verfahren wird von der Verordnung nur für solche Beschaffungen vorgesehen, die nicht unter das BoeB fallen. Zulässig ist es unter den in Art. 35 Abs. 3 VoeB umschriebenen Voraussetzungen. Doch ist beizufügen:

Obwohl die Verordnung es nicht ausdrücklich sagt, muss das Einladungsverfahren auch in allen Fällen zulässig sein, in denen eine freihändige Vergabe zulässig ist, gleichgültig, ob die Vergabe dem Gesetz untersteht oder nicht. Wenn sogar eine freihändige Vergabe zulässig ist, gibt es keinen Grund, ein Einladungsverfahren auszuschliessen.

²⁸ "*Der Planungswettbewerb* soll der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen im Bereich der Planung (z.B. Ingenieur- und Architekturwettbewerbe) dienen. *Der Gesamtleistungswettbewerb* soll die Möglichkeit bieten, im Rahmen eines Wettbewerbes gleichzeitig nach Planungs- und Bauausführungsleistungen zu fragen" (BBl 1994 IV 950 ff., S. 1190).

²⁹ Vgl. dazu: GAUCH, BR 1996, S. 102 ff., zit. in Anm. 25.

IVöB).³⁰ Auch dieses Prinzip, das auf das "günstigste" (nicht auf das "billigste") Angebot abstellt³¹, ist nichts Neues; vielmehr entspricht es einer Vergabetradition, die sich in der Schweiz seit langem eingelebt hat. Zu seinen Vorteilen gehört, dass es auch die Berücksichtigung von Varianten zulässt (vgl. z.B. Art. 22 Abs. 2 VoeB).³²

Eine andere Frage allerdings ist, ob die Vergabebehörden vom zugestandenen Ermessen tatsächlich Gebrauch machen oder aus Gründen des "Selbstschutzes" darauf tendieren, den "Billigeren" statt den "Günstigeren" auszuwählen. Den langfristigen Nachteil einer solchen Tendenz hätte das Gemeinwesen zu tragen, was noch nicht überall erkannt wurde! Insbesondere führt die „Verpolitisierung“ der Vergabekonflikte zu einer Verunsicherung der Vergabestellen, die sich früher oder später auf die Qualität der Vergabeentscheide auswirken wird.

2. Obwohl auf der einen Seite manches gleich geblieben ist, hat sich auf der anderen Seite doch vieles geändert. Zu den wichtigsten **Änderungen** gehören:

- a. *Eine verstärkte Marktöffnung nach innen und nach aussen*, wodurch das öffentliche Beschaffungswesen liberalisiert und der Wettbewerb verstärkt wird. Mittel dieser Marktöffnung sind:
 - *Die öffentliche Ausschreibung der geplanten Aufträge*.³³ Sie fördert den wirksamen Wettbewerb, indem sie darauf hinwirkt, dass die potentiellen Anbieterinnen überhaupt in die Lage kommen, ein Angebot (im offenen Verfahren) oder einen Antrag auf Teilnahme (im selektiven Verfahren) einzureichen. Verschiedene Bestimmungen der einschlägigen Erlasse äussern sich zum erforderlichen Inhalt der Ausschreibung, zu den Ausschreibungsunterlagen und zur [169] Wahl des geeigneten Publikationsorgans. Eine Ausschreibungspflicht besteht allerdings nur insoweit, als der konkrete Auftrag weder freihändig noch im Einladungsverfahren vergeben werden darf (vgl. z.B. Art. 16/18 BoeB, Art. 13/35/36 VoeB, Art. 12 Abs. 1 IVöB). Nach Art. 5 Abs. 2 BGBM, der sich an die Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richtet, sind alle "Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten" amtlich zu publizieren.
 - *Die Einladungspflicht im selektiven Verfahren*. In diesem Verfahren, das mit einer öffentlichen Ausschreibung beginnt, reichen die Anbieterinnen zunächst nur einen Antrag auf Teilnahme ein (vgl. Art. 15 Abs. 2 BoeB, Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Die Auftraggeberin prüft und entscheidet dann, wer von den Antragstellern die Eignungskriterien erfüllt und auf Grund der festgestellten Eignung (Präqualifikation) ein Angebot einreichen darf (Art. 15 Abs. 3 BoeB, Art. 12 Abs. 2 und 3 VoeB,

³⁰ Zum Zuschlag im Gesamtleistungswettbewerb vgl. die Sonderbestimmungen der Art. 51 Abs. 2, 53 und 55 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 und Abs. 3 VoeB.

³¹ Das GATT/WTO-Übereinkommen stellt es den Signatarstaaten frei, die Aufträge nach dem Kriterium des "billigsten Preises" oder des "wirtschaftlich günstigsten Angebotes" zu vergeben (vgl. Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA).

³² Zu den Varianten überhaupt vgl. HÜRLIMANN, *Unternehmensvarianten - Risiken und Problembereiche*, BR 1996, S. 3 ff.

³³ Zum Sonderfall einer "Gesamtpublikation" vgl. Art. 18 Abs. 2 BoeB und Art. 16 Abs. 5/Art. 34 Abs. 3 VoeB.

Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB).

Das soeben Gesagte bedeutet nun aber nicht, dass die Auftraggeberin befugt wäre, die Zahl der Einladungen nach freiem Belieben zu bestimmen. Vielmehr ist sie *grundsätzlich verpflichtet, alle geeigneten (qualifizierten) Anbieterinnen zur Angebotseinreichung einzuladen*. Ausgenommen bleibt nur der Fall, da sich eine Limitierung rechtfertigt, weil sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden könnte (vgl. Art. X Ziff. 1 GPA, Art. 15 Abs. 4 BoeB und Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB).³⁴ Und auch in diesem Fall darf die Zahl der Eingeladenen nur so weit beschränkt werden, als ein wirksamer Wettbewerb noch möglich bleibt (Art. 15 Abs. 4 BoeB und Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Art. 12 Abs. 1 der VoeB bestimmt, dass bei gegebener Eignung mindestens drei Anbieterinnen zur Angebotseinreichung einzuladen sind, was jedoch nichts am erwähnten Grundsatz ändert, also nicht bedeutet, dass eine Dreier-Einladung in jedem Fall genügt.

- *Die gebotene Gleichbehandlung der Anbieterinnen.* Die Pflicht der jeweiligen Auftraggeberin, verschiedene Anbieterinnen und Angebote gleich zu behandeln, ohne die einen oder andern vorzuziehen oder zu diskriminieren, bildet die Grundlage jeglicher Marktöffnung. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot gehören denn auch zum festen Bestand des neuen Vergaberechts (vgl. Art. III Ziff. 1 GPA, Art. 13 ATB, Art. 1 Abs. 2/Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. 33 VoeB, Art. 1 Abs. 1/Art. 5 Abs. 1 BGBM, Art. 1 Abs. 2 lit. b/Art. 11 lit. a IVöB und die revidierten Submissionsordnungen der Kantone). Obwohl die zitierten Erlasse eine Pflicht zur Gleichbehandlung nur für ihren jeweiligen Anwendungsbe- reich und nicht ohne Begrenzung vorschreiben³⁵, bewirken sie in ihrer Gesamtheit doch einen erheblichen Abbau der Diskriminierung, auch über die Landesgrenzen hinaus. Falls der mit der EU ausgehandelte Staatsvertrag über das öffentliche Beschaffungswesen abgeschlossen wird, geht die Entwicklung noch einen Schritt weiter.³⁶ Denn dieser bilaterale Vertrag³⁷ zielt im Verhältnis Schweiz/EU im wesentlichen darauf ab, die Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens auch auf die im Übereinkommen ausgeklammerten Bereiche (Schienenverkehr, Fernmeldebereich, konzessionierte Auftraggeber der Wasser- und Energieversorgung sowie des Nahverkehrs und der Beschaffung der Gemeinden) auszudehnen.³⁸

Durch die angestrebte Marktöffnung wird der Wettbewerb unter den Anbieterinnen gefördert. Die Förderung dieses Wettbewerbes gehört zu den ausdrücklichen Zielsetzungen des neuen Vergaberechts (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b BoeB, Art. 1 Abs. 2 lit. a IVöB und Art. 13 Abs. 1 ATB). Dasselbe gilt für die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB und Art. 1 Abs. 2 lit. d IVöB), wozu der

³⁴ So auch die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, Entscheid vom 26. Mai 1997.

³⁵ Für ausländische Anbieterinnen vgl. z.B. die wesentlichen Einschränkungen in Art. 4 BoeB, Art. 33 VoeB und Art. 8 Abs. 1 lit. b/Art. 9 lit. b und c IVöB.

³⁶ Vgl. dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 3 f.; Bock, zit. in Anm. 2, S. 222.

³⁷ Der Staatsvertrag (Version vom 30. Juni 1997) liegt in einer provisorischen Fassung vor, die bis zur möglichen Unterzeichnung noch verändert werden kann. Der Vertragstext darf weder ganz noch teilweise zitiert werden.

³⁸ ERNST, zit. in Anm. 6, S. 77.

verstärkte Wettbewerb beitragen soll.

- b. *Der Diskriminierungsschutz.* Vom Diskriminierungsverbot war schon die Rede. Das allgemeine Diskriminierungsverbot richtet sich selbstverständlich auch gegen eine geschlechtsspezifische Diskriminierung bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens. Es wird durch zahlreiche Einzelbestimmungen ergänzt, die das Verbot konkretisieren oder eine Diskriminierung von Anbieterinnen sonstwie erschweren. Beispiele solcher Bestimmungen sind:
- Die Regeln, welche eine *öffentliche Ausschreibung* der geplanten Aufträge [170] verlangen. Die öffentliche Ausschreibung erschwert es, missliebige Anbieterinnen durch schlichte Nichtinformation vom Wettbewerb fernzuhalten. Verstärkt werden diese Regeln durch Bestimmungen, welche die Fälle, in denen ausnahmsweise eine freihändige Vergabe oder eine Vergabe im Einladungsverfahren zulässig ist, enumerativ umschreiben, so dass die Vergabebehörde diesbezüglich gebunden ist (vgl. z.B. Art. 13/35/36 VoeB).
 - Die Regel, wonach die Auftraggeberin *im selektiven Verfahren* grundsätzlich verpflichtet ist, *alle* qualifizierten Anbieterinnen zur Angebotseinreichung einzuladen.
 - Die Regeln, welche die *Transparenz des Vergabeverfahrens* erhöhen. Als grundsätzliches Ziel erscheint die transparente Verfahrensgestaltung schon in der Präambel oder im Zweckprogramm einzelner Erlasse (vgl. GPA-Präambel, Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB und Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB). Umgesetzt wird der Grundsatz durch zahlreiche Einzelregeln, die etwa eine Veröffentlichung des Zuschlages vorschreiben (z.B. Art. 24 Abs. 2 BoeB, Art. 5 Abs. 2 BGBM), eine Begründungspflicht der Auftraggeberin gegenüber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen vorsehen (z.B. Art. 23 Abs. 2 BoeB) oder die Auftraggeberin verpflichten, über jede freihändige Vergabe einen schriftlichen Bericht mit einem bestimmten Mindestinhalt zu erstellen (vgl. z.B. Art. 13 Abs. 2 VoeB).
 - Die Regeln, die sicherstellen sollen, dass *die Angebots- und Teilnahmefristen* so bemessen werden, dass alle potentiellen Anbieterinnen über genügend Zeit verfügen, um ein Angebot oder (im selektiven Verfahren) einen Antrag auf Teilnahme einzureichen (z.B. Art. 19 VoeB, Art. 13 lit. c IVöB).
 - Die Regeln, die vorschreiben, dass die massgeblichen *Eignungskriterien* oder die *Zuschlagskriterien und deren Rangfolge* zum voraus bekanntzugeben sind (vgl. z.B. Art. 9 Abs. 2/Art. 21 Abs. 2 BoeB).
 - Die Regeln, die einer diskriminierenden *Verwendung technischer Spezifikationen* entgegenwirken (vgl. Art. VI GPA, Art. 12 BoeB, Art. 13 lit. b IVöB und Art. 3 Abs. 4 BGBM). Sie werden unterstützt und verstärkt durch das neue Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse. Dieses Gesetz (THG vom 6. Oktober 1995) "gilt für alle Bereiche, in denen der Bund technische Vorschriften aufstellt" (Art. 2 Abs. 1 THG). Es "schafft einheitliche Grundlagen, damit im Regelungsbe- reich des Bundes technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abge-

baut werden" (Art. 1 Abs. 1 THG).

- Die Regel, wonach Wettbewerbsbeiträge im Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb *anonym* einzureichen und Teilnehmerinnen, die gegen das Anonymitätsgebot verstossen, vom Wettbewerb auszuschliessen sind (Art. 48 VoeB).

Die Beispiele liessen sich vermehren. *Auf einer anderen Ebene* hingegen liegt der Vergabegrundsatz des Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB, wonach Aufträge nur an solche Firmen vergeben werden dürfen, welche "für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten". Dieser Grundsatz (vgl. auch Art. 6 VoeB) sichert nicht die Gleichbehandlung *bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens*, sondern die Gleichstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die jeweilige Auftragnehmerin. In die gleiche Richtung (Gleichstellung durch die Auftragnehmerin) zielt offenbar Art. 11 lit. f IVöB, der die "Gleichbehandlung von Frau und Mann" zu den Vergabegrundsätzen zählt. Die Bestimmung des Art. 11 lit. f IVöB ist allerdings unklar formuliert. Denn nach Wortlaut und systematischer Stellung könnte sie sich auch auf die vergabetechnische Gleichbehandlung der Anbieter und Anbieterinnen beziehen. Und ausserdem enthält sie keinen expliziten Vorbehalt, der das Gebot der geschlechtsspezifischen Gleichbehandlung auf Arbeitsleistungen in der Schweiz beschränkt.

- c. *Der Einbezug von Dienstleistungen.* Das neue Vergaberecht erfasst, über die "Baufträge"³⁹ hinaus, auch sonstige Dienstleistungen (vgl. z.B. Art. I GPA, Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. 1 und 3 VoeB, Art. 6 Abs. 1 lit. c IVöB, Art. 5 BGBM), was nach dem bisherigen Vergaberecht nur in einzelnen Kantonen der Fall war. Das bedeutet, dass jetzt der öffentliche Markt auch für diese Dienstleistungen (z.B. auch für Architekten- oder Ingenieurleistungen) geöffnet und liberalisiert wird. Insbesondere sind auch sie öffentlich auszuschreiben und im (offenen oder selektiven) Verfahren zu vergeben, sofern keine andere Vergabe zulässig ist.

Welche sonstigen Dienstleistungen (über die "Baufträge" hinaus) dem neuen Vergaberecht unterstehen, ergibt sich aus dem jeweils anzuwendenden Erlass. GPA, BoeB und IVöB beschränken ihren diesbezüglichen Anwendungsbereich auf die in Anhang [171] I/Annex 4 zum GATT/WTO-Übereinkommen umschriebenen Dienstleistungsaufträge.⁴⁰ Für die "übrigen Beschaffungen" des Bundes, die nicht unter das BoeB (sondern nur unter die VoeB) fallen, enthält die Verordnung keine derartige Beschränkung. Und was das Binnenmarktgesetz angeht, so erstreckt sich sein Anwendungsbereich auf alle "öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben", ohne dass irgendwelche Dienstleistungen ausgeschlossen wären (Art. 5 BGBM).

- d. *Der Beschwerdeschutz.* Gleichbehandlungsprinzip und Diskriminierungsverbot bleiben leere Rechtsgrundsätze, wenn ihre praktische Durchsetzung versagt. Ein wichtiges

³⁹ Annex 5 des GATT/WTO-Übereinkommens verwendet den zutreffenden Ausdruck "Baudienstleistungen".

⁴⁰ Für das BoeB vgl. die konkretisierende Aufzählung in Anhang 1 zur VoeB.

Mittel zur Durchsetzung ist der öffentliche Beschwerdeschutz, der es den Anbieterinnen ermöglicht, widerrechtliche Entscheide der Vergabebehörden (namentlich einen widerrechtlichen Zuschlag) durch förmliche Beschwerde anzufechten. Bis anhin bestand ein solcher Schutz nur in wenigen Kantonen. Diesbezüglich aber hat sich einiges geändert.⁴¹ Denn:

Für Beschaffungen, die unter das BoeB fallen⁴², sieht das neue Beschaffungsgesetz des Bundes eine Beschwerdemöglichkeit vor (vgl. Art. 26 ff. BoeB), wozu der Bund schon durch das GATT/WTO-Übereinkommen (Art. XX GPA) verpflichtet ist. Und was die Kantone betrifft, so sind sie gezwungen, einen öffentlich-rechtlichen Beschwerdeschutz der Anbieterinnen einzuführen, der den Anforderungen des GATT/WTO-Übereinkommens (Art. XX GPA), des Binnenmarktgesetzes (Art. 9 BGBM) und gegebenenfalls der IVöB (Art. 15 ff. IVöB) entspricht.⁴³

- e. *Das "Prüfungssystem"*. Den Zuschlag soll nur erhalten, wer zur Ausführung des geplanten Auftrages überhaupt geeignet ist, weshalb zu jedem Vergabeverfahren auch eine Eignungsprüfung gehört (vgl. z.B. Art. 9 BoeB und Art. 9 VoeB). Das neue Vergaberecht des Bundes stellt es der Auftraggeberin aber frei, ein vom konkreten Vergabefall getrenntes (somit abstraktes) "Prüfungssystem" einzurichten und Anbieterinnen, welche bestimmte Eignungskriterien erfüllen, in ein Verzeichnis aufzunehmen (Art. 10 BoeB; zu den Einzelheiten: Art. 10 f. VoeB). Dieses "Prüfungssystem" erlaubt es der Auftraggeberin, bei der konkreten Eignungsprüfung, die im einzelnen Vergabefall vorzunehmen ist, auf das Verzeichnis abzustellen, auch wenn die Vergabe im selektiven Verfahren erfolgt (vgl. Art. 12 Abs. 2 VoeB). Nach Art. 12 Abs. 3 VoeB ist die Auftraggeberin allerdings verpflichtet, auch Anbieterinnen, die noch nicht im Verzeichnis aufgeführt sind, am selektiven Verfahren teilnehmen zu lassen, "sofern sich die Beschaffung durch die (vorherige) Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögert"⁴⁴.
- f. *Die Schwellenwerte*. Ob ein bestimmter Auftrag dem GATT/WTO-Übereinkommen unterliegt oder nicht, entscheidet sich unter anderem danach, ob der Wert des Auftrages einen bestimmten Schwellenwert erreicht. Das Übereinkommen sieht für verschiedene Auftragsarten und Auftraggeber verschiedene Schwellenwerte vor, die entsprechenden Eingang auch in das BoeB (Art. 6) und in die IVöB (Art. 7) gefunden haben.⁴⁵ Durch die erwähnten Schwellenwerte wird der Anwendungsbereich der genannten Erlasse mit den darin enthaltenen Rechtsschutzvorschriften konkretisiert. Davon zu unterscheiden sind die Schwellenwerte nach Art. 34 ff. VoeB, Art. 43 VoeB und Art. 45 NSV, die sich auf das anzuwendende Verfahren beziehen.

Keine Schwellenwerte enthält das Binnenmarktgesetz, weshalb ihm "die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder

⁴¹ Vgl. dazu CLERC, zit. in Anm. 1, S. 472 ff.; MICHEL, Der Rechtsschutz, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 119 ff.

⁴² Beachte aber Art. 2 Abs. 3 BoeB.

⁴³ Eine noch offene (aber lösbare) Rechtsfrage ist, wie es sich mit der Realisierung des Beschwerdeschutzes verhält, wenn die Auftraggeberin, die ihn zu gewähren hat, ausnahmsweise eine Rechtsperson des privaten Rechtes ist.

⁴⁴ Kritisch zur Einschränkung, wonach sich die Beschaffung durch die Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögern darf: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 123.

⁴⁵ Zu den massgeblichen Schwellenwerten bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben vgl. die Sonderbestimmungen der Art. 43 und 44 VoeB.

kommunaler Aufgaben" (Art. 5 Abs. 1 BGBM) ohne Rücksicht auf einen bestimmten Auftragswert unterstehen. Der Publikationspflicht nach Art. 5 Abs. 2 BGBM unterliegen allerdings nur "die Vorhaben für *umfangreiche* öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten".

- g. *Die Vergesetzlichung des Vergaberechts.* Während das Vergaberecht des Bundes bis anhin vor allem auf Verordnungsstufe geregelt war, hat mit dem neuen BoeB auch der *Bundesgesetzgeber* eingegriffen. Der Erlass eines formellen Vergabegesetzes wurde insbesondere im Hinblick auf den neu geschaffenen Beschwerdeschutz der Anbieterinnen (Art. 26 ff. BoeB) erforderlich. Analoge Entwicklungen gibt es in jenen Kantonen, die bis anhin noch über kein formelles Vergabegesetz verfügt haben.

III. Zahlreiche Einzelfragen

[172] Jede Rechtsänderung stellt Praxis und Lehre vor neue Fragen. So verhält es sich auch mit Bezug auf das neue Vergaberecht der Schweiz. Diesbezüglich sind die Fragen sogar besonders zahlreich, weil das geänderte Recht ja auf einer Vielzahl neuer Erlasse beruht. Die Fragen, die sich stellen, sind teils praktischer, teils dogmatischer Natur. Einige davon greife ich nachstehend heraus, indem ich sie unter den folgenden Stichworten behandle:

1. Die Suche nach dem anwendbaren Recht. Sie gestaltet sich für den Rechtssuchenden besonders schwierig, weil das neue Vergaberecht der Schweiz heillos zersplittert und in seinem Zusammenspiel keineswegs leicht zu durchschauen ist.

- a. Schon *die Frage nach dem jeweiligen Anwendungsbereich der verschiedenen Vergabeerlasse* lässt sich nur schwer beantworten. Aber auch dann, wenn im Einzelfall feststeht, dass die konkrete Vergabe z.B. in den *Vergabebereich des Bundes* fällt, sind die Schwierigkeiten keineswegs behoben, da die Verteilung des Regelungstoffes auf BoeB und VoeB zu neuen Anwendungsfragen Anlass gibt, die mit dem Erlass eines umfassenden Vergabegesetzes (für den ganzen Bereich der Bundesbeschaffungen) vermeidbar gewesen wären. Insbesondere widersprechen auch die zahlreichen Verweisungen, mit denen die Verfahrensvorschriften der Art. 34 ff. VoeB "die übrigen Beschaffungen" des Bundes regeln, den elementarsten Anforderungen an eine klare Rechtsgestaltung.
- b. Wer sich anheischig macht, das Vergabeverfahren "transparent" zu gestalten, sollte mit einer transparenten Gestaltung der Rechtsgrundlagen beginnen! Diese Mahnung gilt namentlich auch *mit Bezug auf den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb*, die für die moderne (ergebnisorientierte) Baupraxis von grosser Bedeutung sind. Im neuen Bundesvergaberecht werden die erwähnten Wettbewerbe (für den Vergabebereich des Bundes) zwar ausführlich geregelt.⁴⁶ Die einschlägige Regelung, die sich im vierten Kapitel der VoeB (in den Art. 40-57) findet, enthält jedoch zahlreiche Unklarheiten⁴⁷, die schon bei der Umschreibung der einzelnen Wettbewerbsarten (Art.

⁴⁶ Vgl. darüber: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 187 ff. und ULRICH, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure, in: A. KOLLER (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, S. 161 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 187 ff.

42 VoeB)⁴⁸ beginnen. Ausserdem erschwert sie die Rechtsfindung auch dadurch, dass sie die komplizierte Materie nicht abschliessend ordnet, sondern die übrigen Bestimmungen der Verordnung mitgelten lässt, soweit diese Bestimmungen den Vorschriften des vierten Kapitels nicht widersprechen (Art. 40 Abs. 2 VoeB)⁴⁹. Damit bleibt es dem Rechtssuchenden und seiner Findigkeit überlassen, sich durch eigene Kombinationen ein Gesamtbild über die auf den konkreten Wettbewerb anwendbaren Regeln zu verschaffen, was um so anspruchsvoller ist, als partiell je andere Regeln gelten, wenn der Wettbewerb in den Anwendungsbereich des BoeB oder wenn er in den Regelungsbereich der "übrigen Beschaffungen" (Art. 32 ff. VoeB) fällt⁵⁰. Für alle Wettbewerbsverfahren gilt ausserdem der Grundsatz, dass die Detailregelung der Auftraggeberin selber obliegt, die zu diesem Zweck "auf einschlägige Bestimmungen der Fachverbände verweisen" kann, soweit die betreffenden Bestimmungen nicht im Widerspruch zur Verordnung stehen (Art. 41 VoeB).

Trotz aller Schwierigkeiten, die sich aus der geschilderten Rechtslage ergeben, ist aber positiv zu vermerken, dass der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im Bundesvergaberecht *überhaupt* geregelt wurde, während sich das GATT/WTO-Übereinkommen auf wenige Aussagen zum "*Design-Wettbewerb*" beschränkt (Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA)⁵¹ und das Vergabekontordat der Kantone (IVöB) keine einschlägigen Sonderregeln enthält.⁵²

2. [173] Das Verhältnis zwischen Vergaberecht und Vertragsrecht. Die Frage, wie das Vergaberecht sich zum Vertragsrecht verhält, gehört zu den grundlegenden Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens.

- a. Die Frage ist zwar nicht neu, kommt im Zusammenhang mit der Umgestaltung des Vergaberechts aber erneut zur Diskussion.⁵³ Bei ihrer *Beantwortung* stelle ich ab auf den Normalfall, in dem die Vergabe des öffentlichen Auftrages sich auf den Abschluss eines *privatrechtlichen* Vertrages (z.B. eines Bauwerk- oder eines Architektenvertrages) richtet.⁵⁴ Ausgehend von diesem Fall unterscheide ich:

48 Art. 42 VoeB lautet: "*Planungswettbewerbe* können durchgeführt werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen: a. zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben (Ideenwettbewerb); b. zu klar umschriebenen Aufgaben und zur Ermittlung von geeigneten Vertragspartnern und Vertragspartnerinnen, welche diese Lösungen teilweise oder ganz realisieren (Projektwettbewerb)" (Abs. 1). "*Gesamtleistungswettbewerbe* werden durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung" (Abs. 2). (Auszeichnungen hinzugefügt).

49 Nach Art. 40 Abs. 2 VoeB gelten "die Bestimmungen der übrigen Kapitel dieser Verordnung ... insoweit, als diese denjenigen dieses Kapitels nicht widersprechen". Sic!

50 Vgl. dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 187 ff. und S. 202.

51 Vgl. dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 186 f.

52 "Um dem Grundsatz einer Rahmenvereinbarung gerecht zu werden, wurde der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb nicht erwähnt" (Musterbotschaft IVöB zu Art. 12 lit. a).

53 Vgl. bereits GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, BR 1996, S. 103 ff.; DERSELBE, Zuschlag und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, in: Festschrift für Götz von Craushaar, Düsseldorf 1997, S. 85 ff.; CLERC, zit. in Anm. 1, S. 481 ff.

54 Die Möglichkeit, dass es sich bei einem abzuschliessenden Vertrag ausnahmsweise um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts handeln könnte, bleibt nachfolgend ausser Betracht.

- Das *Vergaberecht*, das die einschlägigen Erlasse (BoeB, VoeB usw.) enthält, *regelt die öffentlich-rechtliche Seite der Vergabe*. Das gilt namentlich auch für die rechtlichen Regeln über die Art und den Ablauf des anzuwendenden Vergabeverfahrens, über die Vergabegrundsätze, den Zuschlag und den Beschwerdeschutz. Sie gehören zum öffentlichen Recht. Der Zuschlag selber ist ein verwaltungsrechtlicher Entscheid, allenfalls eine Verfügung (vgl. z.B. Art. 29 lit. a BoeB und Art. 13 lit. g IVöB), worin die Vergabebehörde bestimmt, mit wem und mit welchem Inhalt der Beschaffungsvertrag abgeschlossen werden soll. Der Sache nach ist er zu unterscheiden vom Abschluss des betreffenden Vertrages, der auf Konsens beruht und dem Zuschlag in aller Regel auch zeitlich nachfolgt (vgl. Art. 22 BoeB, Art. 14 IVöB).
- *Vertragsabschluss und Vertrag unterstehen dem privaten Vertragsrecht*,⁵⁵ somit den Bestimmungen des OR, soweit keine andern Regeln des Privatrechts eingreifen.⁵⁶ Nach den anwendbaren Regeln des privaten Vertragsrechts (nicht des öffentlichen Vergaberechts) beurteilen sich somit: a) die Bindungswirkung eines eingereichten Angebotes: seine Annahmefähigkeit⁵⁷, die Dauer der Annahmefrist⁵⁸ und die Widerrufbarkeit der Offerte⁵⁹; b) das Zustandekommen, die Gültigkeit⁶⁰, der Inhalt und die vorzeitige Auflösung des Vertrages⁶¹.

⁵⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden: GAUCH, zit. in Anm. 53. In verschiedenen Punkten abweichend: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 481 ff., wonach „la phase de passation du marché est une procédure administrative non contentieuse régie exclusivement par des règles de droit public“ (S. 486).

⁵⁶ Möglich ist z.B. auch, dass im Einzelfall einschlägige Bestimmungen des Wiener Kaufrechts eingreifen oder dass nach Massgabe des Internationalen Privatrechts die Grundsätze ausländischen Vertragsrechts zur Anwendung kommen.

⁵⁷ Die privatrechtliche Frage, ob ein eingereichtes Angebot rechtswirksam und damit annahmefähig ist, muss unterschieden werden von der ganz andern, vergaberechtlichen Frage, ob das konkrete Angebot im betreffenden Verfahren berücksichtigt werden darf. Zum Beispiel ändert der blosser Umstand, dass das Angebot mit einem "wesentlichen Formfehler" im Sinne des Art. 19 Abs. 3 BoeB behaftet ist, nichts an der privatrechtlichen Wirksamkeit des Angebotes (vgl. dazu GAUCH, BR 1996, S. 103 f., sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 53, S. 90; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 109 f.).

⁵⁸ Die Dauer der Annahmefrist beurteilt sich auch dann nach Privatrecht, wenn die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festlegt, wie lange die Anbieterinnen an ihr Angebot gebunden sind (vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 VoeB). Nach den Grundsätzen des Obligationenrechts wird die Bindefrist der Ausschreibungsunterlagen jedoch zur stillschweigend angesetzten Annahmefrist (Art. 3 Abs. 1 OR), falls die Anbieterin ihr Angebot einreicht, ohne diesbezüglich etwas anderes zu bestimmen. Die für ein Angebot geltende Annahmefrist kann weder durch die Auftraggeberin (einseitig) verlängert werden, noch wird sie durch den blossen Umstand verlängert, dass sich die Vergabe durch Angebotsverhandlungen oder durch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde verzögert. Zum Ganzen: GAUCH, BR 1996, S. 104, sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 53, S. 92.

⁵⁹ Zum Beispiel gilt die Widerrufsregel des Art. 9 Abs. 1 OR auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (zu den Einzelheiten vgl. Gauch, BR 1996, S. 104, sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 53, S. 92 f.).

⁶⁰ Ob der zustandegekommene Vertrag gültig oder ungültig ist, beurteilt sich ausschliesslich nach den anwendbaren Regeln des Privatrechts. Umgekehrt steht aber fest, dass sämtliche Gründe, die einen Vertrag nach dem anwendbaren Privatrecht ungültig (allenfalls einseitig unverbindlich) machen, im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ebenfalls greifen. Zu diesen Gründen gehört auch der Nichtigkeitsmangel des Art. 20 OR, der jedoch ein Inhaltsmangel ist, weshalb die blosser Verletzung der öffentlich-rechtlichen Vergaberegeln keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne des Art. 20 OR darstellt (teilweise anders: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 574 ff., und DIESELBE, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, AJP 1997, S. 804 ff.).

⁶¹ Dass es auch diesbezüglich auf das private Vertragsrecht ankommt, ist unter anderem von Bedeutung,

Eine Besonderheit gilt für das *Stellvertretungsrecht*: "Soweit die Ermächtigung, im Namen eines andern Rechtshandlungen vorzunehmen, aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgeht", [174] beurteilt sie sich, wie Art. 33 Abs. 1 OR bestimmt, "nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes". Dieser Verweis hat im vorliegenden Zusammenhang durchaus praktische Bedeutung, weil die Vollmacht der staatlichen Funktionäre auch durch das anwendbare Vergaberecht beschränkt sein kann. Eine entsprechende Regel enthält z.B. Art. 22 Abs. 1 BoeB, wonach der Vertrag mit der Anbieterin (noch) nicht abgeschlossen werden darf, wenn einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Dieses "Abschlussverbot" wirkt zugleich als Vollmachtsbeschränkung.⁶² Ob andere Vergaberegeln (z.B. die Regeln über den Ausschluss eines Angebotes⁶³ oder einer Anbieterin⁶⁴) in gleicher Weise wirken, ist eine Auslegungsfrage, die einer vertieften Untersuchung bedarf.

- b. Mit der getroffenen Unterscheidung ist die Frage, wie sich öffentliches Vergaberecht und privates Vertragsrecht zueinander verhalten, noch nicht erledigt. Denn im Vergabeverfahren tritt die Auftraggeberin mit jeder Anbieterin in ein *Verhandlungsverhältnis*, und zwar gleichgültig, ob sie den Auftrag im offenen, im selektiven oder in einem sonstigen Verfahren vergibt.⁶⁵

Dieses Verhandlungsverhältnis ist, wenn es um den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages geht, einerseits ein *Rechtsverhältnis des privaten Rechts*⁶⁶: ein Vertrauensverhältnis (Treueverhältnis), das die daran Beteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verpflichtet und dessen Verletzung (etwa die Verletzung der Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln) zu einer privatrechtlichen Culpa-Haftung der Auftraggeberin oder einer Anbieterin führen kann⁶⁷, was für einzelne Tatbestände sogar gesetzlich vorgesehen ist (z.B. Art. 26 und Art. 31 Abs. 3 OR). Andererseits ent-

wenn der Zuschlag widerrufen oder angefochten wird. Nach schweizerischem Zivilrecht ist der blosse Widerruf oder die erfolgreiche Anfechtung des Zuschlages kein Grund, der den bereits abgeschlossenen Vertrag ipso iure beseitigt (vgl. GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 331 f., und BR 1996, S. 104 f., sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 53, S. 93 ff.). Im Einzelfall kann der Vertrag jedoch an einem privatrechtlichen Ungültigkeitsmangel leiden oder die Auftraggeberin zur vorzeitigen Vertragsauflösung (allenfalls auch zu einer Auflösungsklage nach Art. 13 lit. a KG) berechtigt sein. Handelt es sich um einen Werkvertrag (Art. 363 OR) oder um einen einfachen Auftrag (Art. 394 OR), so verfügt die Auftraggeberin sogar über ein voraussetzungsloses Auflösungsrecht (Art. 377/404 OR). Macht sie indes von diesem Recht Gebrauch, so hat sie dem Werkunternehmer grundsätzlich das volle Erfüllungsinteresse (Art. 377 OR) oder dem Beauftragten das negative Interesse zu ersetzen, wenn (im zweiten Fall) der einfache Auftrag zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 404 Abs. 2 OR). Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Schadenersatzpflicht allerdings herabgesetzt werden oder völlig entfallen (vgl. darüber GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 554/567 ff., und recht 1992, S. 12 f.).

⁶² Vgl. bereits GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 331, wo die Frage aufgeworfen, aber noch nicht eindeutig bejaht wurde.

⁶³ Z.B. Art. 19 Abs. 3 BoeB.

⁶⁴ Z.B. Art. 11 BoeB.

⁶⁵ Hierzu und zum Folgenden: GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 334 f., und BR 1996, S. 105, sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 53, S. 95 ff.

⁶⁶ Anderer Ansicht: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 486 ff.

⁶⁷ Vgl. zum Verhandlungsverhältnis überhaupt: GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil), 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 948 ff./962a ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 61, Nr. 471/489 ff., und ZSR 114, 1995 I, S. 334; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 88; Wiegand, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, S. 89 ff. und S. 93.

hält das öffentliche Vergaberecht verschiedene *Bestimmungen, die den Charakter öffentlicher Rechtssätze haben*. Solche Rechtssätze komplettieren das privatrechtliche Verhandlungsverhältnis, weshalb das Gesamtverhältnis zwischen Angebotsfirma und Auftraggeberin vom privaten *und* vom öffentlichen Recht beherrscht wird⁶⁸. Dazu kommt ein Weiteres:

Wer an einem Vergabeverfahren teilnimmt, darf selbstverständlich darauf vertrauen, dass sich die Auftraggeberin bei der Durchführung des Verfahrens (namentlich auch beim Zuschlag) an die Regeln der anwendbaren Vergabeordnung hält. Das aber bedeutet, dass das für die private Culpa-Haftung relevante Vertrauensverhältnis durch die einschlägigen Regeln der öffentlichen Vergabeordnung inhaltlich konkretisiert und näher ausgestaltet wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages das private und das öffentliche Recht in mannigfacher Weise zusammenwirken. Darin äussert sich *das interdependente Verhältnis der beiden Rechtsgebiete*, die ineinandergreifen, wenn der abzuschliessende Vertrag (wie es dem Normalfall entspricht) dem privaten Recht untersteht. Die bisweilen geäusserte Meinung, das private Recht beginne erst *mit* oder gar *nach* dem Abschluss des Vertrages zu spielen⁶⁹, während die ganze Vorphase dem öffentlichen Recht unterstehe, verkennt erstens das funktionale Zusammenspiel zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht. Und zweitens verkennt sie, dass das Vertragsverhältnis in ein übergreifendes Schuldverhältnis eingebettet ist⁷⁰, dessen Auftrennung in einen öffentlich-rechtlichen *Verhandlungs-* und einen privatrechtlichen *Vertragsteil* zu zahlreichen Komplikationen in der Rechtsanwendung führt.

3. Der öffentliche Rechtsschutz der Anbieterinnen.⁷¹ Davon war bereits die Rede. Die praktische Bedeutung, welche dem öffentlichen Rechtsschutz für die Realisierung der angestrebten Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zukommt, rechtfertigt es aber, das Thema nochmals aufzugreifen. Da eine umfassende Behandlung des Themas (unter Einschluss der Kantons- und Gemeindestufe) schon für sich allein einen Aufsatz mit zahlreichen Fragen ergäbe, beschränke ich mich auf den Rechtsschutz *im [175] Bereich der öffentlichen Bundesbeschaffungen*.⁷² Diesbezüglich ist anzumerken:

- a. Für Beschaffungen, die unter das *BoeB* fallen⁷³, sieht das neue Beschaffungsgesetz des Bundes vor, dass die in Art. 29 *BoeB* umschriebenen Verfügungen der Auftraggeberin durch Beschwerde anfechtbar sind (Art. 26 ff. *BoeB*). Möglicher Anfechtungsgrund ist die Verletzung von Bundesrecht, nicht aber die Unangemessenheit der Verfügung (Art. 31 *BoeB*). Beschwerdeinstanz ist eine besondere Rekurskommission (die „Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen“), die endgültig entscheidet (Art. 27 *BoeB*), sei es "in der Sache selbst" oder indem sie die

⁶⁸ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 61, Nr. 485, und ZSR 114, 1995 I, S. 334 f.

⁶⁹ Vgl. z.B. CLERC, zit. in Anm. 1, S. 486: „Il n’y a de relation précontractuelle entre le pouvoir adjudicateur et l’adjudicataire qu’après l’adjudication, au stade de la conclusion du contrat“.

⁷⁰ Vgl. WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, S. 86 ff.

⁷¹ Vgl. dazu CLERC, zit. in Anm. 1, S. 472 ff.

⁷² Ausführlich: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 499 ff.

⁷³ Beachte aber Art. 2 Abs. 3 *BoeB*.

Sache "mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin" zurückweist (Art. 32 Abs. 1 BoeB). Ist die Beschwerde begründet, der Vertrag aber bereits abgeschlossen, "so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt" (Art. 32 Abs. 2 BoeB). Mit der zuletzt zitierten Bestimmung wird zugleich klargestellt, dass die Rekurskommission keinerlei Befugnis hat, den bereits abgeschlossenen Vertrag aufzuheben (im gleichen Sinne: Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB).

- b. Für Praxis und Lehre stellt sich die Frage, was von diesem Beschwerdeschutz zu halten ist. Im Sinne einer kurzen *Würdigung* halte ich fest:
- Positiv ist gewiss, dass ein öffentlicher Beschwerdeschutz eingeführt wurde. Umgekehrt aber fällt auf, dass der *Schutz in mehrfacher Hinsicht* abgeschwächt ist: Die anfechtbaren Verfügungen sind restriktiv umschrieben (Art. 29 BoeB)⁷⁴. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung nur, wenn die Rekurskommission sie auf Gesuch hin erteilt (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Abgesehen vom Fall der aufschiebenden Wirkung darf der Vertrag trotz hängiger Beschwerde abgeschlossen werden (Art. 22 Abs. 1 BoeB).⁷⁵ Die Rekurskommission entscheidet endgültig (Art. 27 Abs. 1 BoeB), ohne Möglichkeit zum Weiterzug.⁷⁶ Sie ist auch insofern die "einzige" Instanz, als die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht für das gesamte Beschaffungswesen des Bundes ausgeschlossen wurde (Art. 100 lit. x OG).⁷⁷
 - Der Beschwerdeschutz nach BoeB wird zwar ergänzt durch den besonderen *Haftungsschutz des Art. 34 BoeB*. Danach hat eine Anbieterin, die durch eine anfechtbare Verfügung (Art. 29 BoeB) rechtswidrig geschädigt wird, Anspruch auf Ersatz des Schadens. Dieser Ersatzanspruch ist ein *Deliktsanspruch des öffentlichen Rechts*⁷⁸, beschränkt sich jedoch "auf Aufwendungen, die dem Anbieter oder der

⁷⁴ Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören nach Art. 29 BoeB: "a. Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens; b. die Ausschreibung des Auftrags; c. der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren; d. der Ausschluss nach Art. 11; e. der Entscheid über die Aufnahme des Anbieters oder der Anbieterin in das Verzeichnis nach Art. 10."

⁷⁵ Nach Art. 22 Abs. 1 BoeB darf "der Vertrag ... nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, die Rekurskommission ... habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung ... erteilt". Der Vorbehalt, wonach der Vertrag im zuletzt genannten Fall (noch) nicht abgeschlossen werden darf, stösst allerdings ins Leere, wenn der Vertrag schon vorher abgeschlossen wurde. Das ist ein unerfreuliches Ergebnis, das die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen nicht hinnehmen wollte. In einem kühnen Auslegungsentscheid zu Art. 22 Abs. 1 BoeB kam sie daher zum Schluss, dass der Vertrag - abgesehen von einer „notstandsähnlichen Situation“ - „erst abgeschlossen werden darf, wenn die Frist von 20 Tagen ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist, in einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde“ (Entscheid vom 17. 2. 1997, AJP 1997, S. 336 f.; bestätigt im Entscheid vom 15. Juli 1997).

⁷⁶ Schon mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung der Rekursentscheide ist dies eine unbefriedigende Situation. Meines Erachtens sollte ein zweistufiges Nachprüfungsverfahren vorgesehen werden, das beim Bundesgericht endet.

⁷⁷ Art. 100 lit. x OG wurde durch die Schlussbestimmungen des BoeB eingefügt. Zur Frage, wie es sich mit der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat verhält, vgl. GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 328.

⁷⁸ Diese Auffassung wird mittelbar bestätigt durch Art. 34 Abs. 3 BoeB, wonach "im übrigen das Verantwortlichkeitsgesetz" zur Anwendung kommt. Die öffentlich-rechtliche Konzeption der Schadenersatzregelung bedarf jedoch der Überprüfung, soweit privatrechtliche Organisationen dem Gesetz unterstellt

Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Art. 34 Abs. 2 BoeB)⁷⁹, deckt also im Bereich des Vergabeschadens nicht einmal das volle Negativinteresse.⁸⁰ Aber auch sonst ist die Schadenersatzregelung, die sich am Minimalstandard des GATT/WTO-Übereinkommens orientiert⁸¹, alles andere [176] als anbieterfreundlich⁸². Für die Geschädigte hat sie zwar den Vorteil, dass ihr Ersatzanspruch kein Verschulden voraussetzt, was aber nichts an der Tatsache ändert, dass die Schadenersatzregelung des BoeB eher auf den Schutz des Schädigers als der Geschädigten abzielt. "Wir müssen", sagte der deutschsprachige Berichterstatter im Nationalrat, "dafür sorgen, dass wir den Bund vor Schaden bewahren"⁸³. Trotz dieser eigenartigen Zielsetzung bin ich allerdings der Ansicht, dass Art. 34 BoeB die Haftungsfrage nicht abschliessend regelt, sondern eine konkurrierende Haftung aus privatrechtlicher "culpa in contrahendo" zulässt.⁸⁴ Dass für die Beurteilung der konkurrierenden Ansprüche je andere Behörden zuständig sind, verkompliziert zwar die Rechtslage, was jedoch als Inkonvenienz hinzunehmen ist, will man die materiellen Rechtsansprüche der Bürgerinnen und Bürger nicht an der Zuständigkeitsordnung scheitern lassen.

- Schon die bisherigen Hinweise zeigen, dass ein gesetzgeberischer Wille, die Anbieterinnen *wirksam* zu schützen, bei der Schaffung des neuen Bundesvergaberichts nur im gerade erforderlichen Minimum vorhanden war. Dazu kommt, dass der neu geschaffene Rechtsschutz sich einzig auf Beschaffungen bezieht, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, und auch diesbezüglich nicht ausnahmslos greift (vgl. Art. 2 Abs. 3 BoeB). *Für die "übrigen Beschaffungen" des Bundes* erklärt dagegen Art. 39 VoeB, dass die Entscheide der Vergabebehörden keine Verfügungen sind. Mit diesem merkwürdigen Kunstgriff⁸⁵ stellt der Verordnungsgeber klar, dass die betreffenden Anbieterinnen weder über den Be-

werden (Art. 2 Abs. 2 BoeB).

⁷⁹ Vgl. dazu im einzelnen: GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 330.

⁸⁰ Ob es in gewissen Fällen gerechtfertigt wäre, nicht nur das negative, sondern das positive Interesse zu ersetzen, mag hier offenbleiben. Zwingende Gegengründe sind allerdings nicht ersichtlich. In Deutschland besteht jedenfalls die Tendenz, der vergaberechtswidrig übergangenen Anbieterin das Erfüllungsinteresse zuzusprechen, wenn der Vertrag bei korrektem Verhalten des Ausschreibers mit ihr zustande gekommen wäre (vgl. INGENSTAU/KORBION, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Kommentar, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, Einleitung, Nr. 66, S. 91 ff. und die dortigen Hinweise, namentlich BGH BauR 1993, S. 215).

⁸¹ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1203.

⁸² Denn erstens setzt der Ersatzanspruch voraus, dass die Rechtswidrigkeit von der Rekurskommission festgestellt wurde (Art. 34 Abs. 1 BoeB), weshalb es ohne Beschwerdeverfahren keinen Schadenersatz gibt (Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1202). Zweitens gilt für die Beurteilung des Schadenersatzanspruchs ein spezielles Entscheidungsverfahren mit besonderen (ausserordentlichen) Entscheidinstanzen (Art. 35 Abs. 1 und 2 BoeB, Art. 64 VoeB). Und drittens unterliegt das Begehren einer kurzen Verwirkungsfrist, indem es "spätestens ein Jahr nach Feststellung der Rechtswidrigkeit ... eingereicht werden" muss (Art. 35 Abs. 3 BoeB).

⁸³ FISCHER, Nationalrat 13. 12. 1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2305.

⁸⁴ Vgl. GAUCH, ZSR 114, 1995 I, 335 f., mit eingehender Begründung. Beachte auch GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 131, und TERCIER, La libéralisation, zit. in Anm. 3, S. 25. Ablehnend: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 493 und S. 598 ff.; ULRICH, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure, in: A. KOLLER (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, S. 159.

⁸⁵ Kritisch dazu: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 155 f.

schwerde- noch über den Haftungsschutz des BoeB verfügen, noch die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat (Art. 72 ff. VwVG) erheben können.⁸⁶ Nachdem auch die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen wurde (Art. 100 lit. x OG), ist dies ein deplorable Zustand, den man um so mehr bedauern muss, als zur Zeit noch die gesamte Auftragsvergabe der SBB (auch im Rahmen der NEAT) zu den "übrigen Beschaffungen" des Bundes gehört.⁸⁷ Was den verletzten Anbieterinnen allerdings bleibt, ist ein möglicher Schadenersatzanspruch nach allgemeinen Grundsätzen, namentlich auch nach den Regeln der privatrechtlichen Culpa-Haftung⁸⁸.

- c. Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage lässt sich ohne Übertreibung sagen, dass der Bund es versäumt hat, die angestrebte Liberalisierung seines Vergabewesens durch ein *grosszügiges* Rechtsschutzsystem wirksam zu unterstützen. Seine diesbezügliche Zurückhaltung ist nur schwer verständlich. Ausserdem steht sie in einem auffälligen Widerspruch zu den strengen Anforderungen, die das Binnenmarktgesetz des Bundes (Art. 9 BGBM) an den Rechtsschutz der Anbieterinnen bei öffentlichen Beschaffungen der *Kantone und Gemeinden* stellt. Ob und wie lange ein derartiger Widerspruch politisch tragbar bleibt, wird die Zukunft weisen. Aus föderalistischer Sicht ist es jedenfalls stossend, dass der Bundesgesetzgeber mit zwei verschiedenen Ellen misst, je nachdem, ob er seine eigenen Angelegenheiten ordnet oder diejenigen der Kantone und Gemeinden.

Auf einem ganz anderen Blatt steht schliesslich die Frage, ob das Rechtsschutzsystem des Bundesvergabewesens die Erfordernisse erfüllt, die Art. 6 EMRK an ein faires Gerichtsverfahren stellt. Die Frage, die hier nicht weiter untersucht werden soll, stellt sich deshalb, weil der Streit um die Vergabe eines öffentlichen Auftrages (namentlich auch der Streit um allfällige [177] Schadenersatzansprüche) eine "zivilrechtliche" Streitigkeit im Sinne dieser Bestimmung ist.⁸⁹

4. Die Besonderheiten des Binnenmarktgesetzes. Damit "Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben" (Art. 1 Abs. 1 BGBM), greift das Binnenmarktgesetz auch in das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden ein, während es die öffentlichen Beschaffungen des Bundes unberührt lässt. Die einschlägige Regelung weist verschiedene Besonderheiten auf, die ihrerseits zu besonderen Fragen Anlass geben, was ich an drei bereits zitierten Bestimmungen demonstrieren will:

- Nach *Art. 5 Abs. 1 BGBM* dürfen Vorschriften des kantonalen und interkantonalen Vergaberechts sowie Verfügungen, die sich darauf stützen, "Personen mit Niederlas-

⁸⁶ Zur Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat vgl. schon GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 328; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER (zit. in Anm. 1, S. 156) scheinen zu bezweifeln, dass sie tatsächlich ausgeschlossen ist.

⁸⁷ Der mit der EU angestrebte Staatsvertrag über das öffentliche Beschaffungswesen wird es dem Bundesrat jedoch erlauben, die SBB nach Art. 2 Abs. 2 BoeB dem Gesetz mit seinem Rechtsschutzsystem zu unterstellen (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 7 f.).

⁸⁸ Gegen eine privatrechtliche Culpa-Haftung: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 493.

⁸⁹ Vgl. z.B. BOCK, zit. in Anm. 2, S. 193; zum Ganzen: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 240 ff.

sung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht"⁹⁰. Nach Massgabe dieser Bestimmung ist es den Kantonen, Gemeinden und andern Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben grundsätzlich auch verboten, von ortsfremden Konkurrenten mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz die Einhaltung der am Leistungsort geltenden Arbeits- und Arbeitsschutzbedingungen zu verlangen.⁹¹ Daraus ergibt sich erstens ein eigenartiger Widerspruch zum Bundesvergaberecht, das für die öffentlichen Beschaffungen des Bundes exakt das Gegenteil vorschreibt (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB, Art. 6 VoeB)⁹². Zweitens fragt sich, wie sich dieses Verbot zu Art. 7 UWG⁹³ und zu Art. 11 lit. e IVöB⁹⁴ verhält. Und drittens stellt sich die Frage, was für die ausländischen Anbieterinnen gilt, die nicht unter das Binnenmarktgesetz fallen.

Die zuletzt gestellte Frage bereitet Schwierigkeiten, wenn es sich um ausländische Anbieterinnen handelt, die für den betreffenden Vergabefall einen international vereinbarten Anspruch auf Inländerbehandlung (insbesondere nach Massgabe des GATT/WTO-Übereinkommens) haben. Trifft dies zu, so bleibt meines Erachtens nichts anderes übrig, als auch die anbietenden Auslandfirmen vom Leistungsortsprinzip (Vorortsprinzip) auszunehmen. Diese konsequente Lösung scheint allerdings auf Widerstand zu stossen, weshalb zwei Alternativvorschläge diskutiert werden. Nach dem ersten Vorschlag darf und soll von den fraglichen Auslandfirmen verlangt werden, dass ihre Arbeits- und Arbeitsschutzbedingungen (für Leistungen in den Schweiz) dem schweizerischen Mindeststandard entsprechen, was auf die Anwendung eines "temperierten" Leistungsortsprinzips (Leistungsort Schweiz) hinausläuft. Der zweite Vorschlag ist radikaler. Danach soll das grundsätzliche Verbot des Leistungsortsprinzips generell (also auch für inländische Anbieterinnen) entfallen(!), sobald sich

⁹⁰ Art. 3 BGBM befasst sich mit den Beschränkungen des freien Marktzuganges, indem er bestimmt: "Für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter darf der freie Zugang zum Markt nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen: a. gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten; b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und c. verhältnismässig sind" (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Derartige Beschränkungen "dürfen in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten" (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

⁹¹ Vgl. S. 1268 f. der bundesrätlichen Botschaft zum Binnenmarktgesetz (BBl 1995 I 1213 ff.); ferner: COTTIER/WAGNER, zit. in Anm. 18, S. 1587; DANIOTH, zit. in Anm. 18, S. 99; WEBER, zit. in Anm. 18, S. 171. Ein gegenteiliger Antrag wurde in den parlamentarischen Beratungen abgelehnt (Einzelheiten bei WEBER, a.a.O.). Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM erlaubt indes die ausnahmsweise Anwendung des Leistungsortsprinzips, wenn sonst die Gefahr eines eigentlichen Sozialdumpings bestände (WEBER, a.a.O.).

⁹² Kritisch dazu allerdings GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 324 f., und COTTIER/WAGNER, zit. in Anm. 18, S. 1587. COTTIER/WAGNER ziehen a.a.O. sogar in Zweifel, ob Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB mit Art. III Ziff. 1 lit. b GPA vereinbar ist. Zur Gesamtproblematik siehe auch GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 62 f.

⁹³ Nach Art. 7 UWG handelt unlauter, "wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt, oder beruflich oder ortsüblich sind".

⁹⁴ Nach Art. 11 lit. e IVöB gehört die "Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen" zu den Vergabegrundsätzen, die bei der Vergabe der Aufträge einzuhalten sind. Diese Konkordatsregel präzisiert zwar nicht, welche "Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen" einzuhalten sind. Sollten aber die am Leistungsort geltenden Bestimmungen und Bedingungen gemeint sein, was anzunehmen ist, so wäre die Regel, bezogen auf ortsfremde Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, BGBM-widrig. Daran vermöchte auch die gegenteilige Rechtsauffassung, die der Vorsteher des EVD im Nationalrat vertreten hat (vgl. WEBER, zit. in Anm. 18, S. 172), nichts zu ändern.

"gleichberechtigte" Auslandfirmen am Vergabeverfahren beteiligen.⁹⁵ Weder der eine noch der andere Vorschlag vermag aber zu überzeugen. Beide sind nicht nur unpraktikabel, sondern sind auch unter rechtlichem Gesichtspunkt bedenklich: Der zweite Vorschlag verletzt, was die ortsfremden Anbieterinnen aus der Schweiz betrifft, die Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 BGBM; [178] und für den ersten Vorschlag ist zumindest zweifelhaft, ob er sich, was die ausländischen Anbieterinnen angeht, mit ihrem materiell verstandenen Anspruch auf Gleichbehandlung vereinbaren lässt.

- Nach *Art. 5 Abs. 2 BGBM* sind "Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben" verpflichtet, "die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag" amtlich zu publizieren. Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, *das Wort "umfangreich"* durch Schwellenwerte oder anderswie zu präzisieren, stellt sich die Frage nach den massgeblichen Kriterien. Kommt es auf den mengenmässigen Umfang des Vorhabens, auf den wertmässigen Umfang oder auf beides an? Und wo liegt die Grenze, von der an das Vorhaben "umfangreich" ist?⁹⁶
- Nach *Art. 9 Abs. 1 BGBM* sind "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, ... in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen".⁹⁷ Diese Bestimmung ist unklar gefasst. Versteht man sie wörtlich, so deckt sie im Bereich der öffentlichen Beschaffungen nur solche Vergabeentscheide, die den freien Zugang zum Markt tatsächlich beschränken. Das aber kann nicht der Sinn der Bestimmung sein. Vielmehr ist sie so auszulegen, dass *jeder* Vergabeentscheid (namentlich *jeder* Zuschlag) auf kantonaler und kommunaler Ebene in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat⁹⁸, damit eine Verletzung des BGBM durch Beschwerde rügar ist.

Schon die erwähnten Fragen zeigen auf, dass es im Bereich des Binnenmarktgesetzes noch mancherlei zu klären gilt. Zur Klärung aufgerufen ist insbesondere auch die Wettbewerbs-

⁹⁵ So: WEBER, zit. in Anm. 18, S. 171 f., und auch GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, S. 81 f., welche diese Lösung aber als "wenig befriedigend" erachten (S. 82). Der Vorschlag von WEBER steht in Einklang mit einem von ihm mitverfassten Schreiben des Bundesamtes für Aussenwirtschaft (31. Januar 1996), das sich mit den "Schnittstellen zwischen dem Submissionskonkordat und dem Binnenmarktgesetz im Submissionsbereich" auseinandersetzt.

⁹⁶ Wenig hilfreich ist diesbezüglich das in Anm. 95 zitierte "Schnittstellenpapier" des Bundesamtes für Aussenwirtschaft. Nach der Diktion dieses Schreibens ist "der Terminus 'umfangreich' ... nicht an die Obergrenze der GATT-Schwellen geknüpft. Auch besteht ein indirekter Zusammenhang mit den Rechtsschutzbestimmungen (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Wo viele Anbieter betroffen sind, wird die Vorschrift, Beschränkungen des Marktzugangs in Form von anfechtbaren Verfügungen zu erlassen, für die Praxis der Behörden bedeuten, dass sie ihre Verfügungen (Bekanntgabe, wer den Zuschlag erhalten hat) durch Publikation in einem amtlichen Blatt eröffnen werden, was Rekursmöglichkeiten impliziert...".

⁹⁷ Pro memoria: Art. 9 Abs. 1-3 BGBM tritt in Bezug auf Art. 5 BGBM erst am 1. Juli 1998 in Kraft. In Art. 9 Abs. 2 BGBM werden die Kantone verpflichtet, "wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz" vorzusehen, die unter Vorbehalt der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht, endgültig entscheidet. Mit dieser Vorschrift steht Art. 15 Abs. 3 der IVöB im Widerspruch (MICHEL, zit. in Anm. 41, S. 123). Zum Ganzen vgl. auch CLERC, zit. in Anm. 1, S. 474 ff.

⁹⁸ Vgl. auch COTTIER/WAGNER, zit. in Anm. 18, S. 1589, wonach "die Vergabe auf kantonaler und kommunaler Ebene in Form eines anfechtbaren hoheitlichen Aktes" erfolgen muss. Ob nur der Zuschlag oder auch andere Vergabeentscheide darunter fallen, lässt diese Formulierung allerdings offen.

kommission, welche die Einhaltung des Gesetzes zu überwachen hat und vom Gesetzgeber mit einschlägigen Untersuchungs-, Empfehlungs- und andern Befugnissen oder Pflichten ausgestattet wurde (vgl. Art. 8, Art. 10 und Art. 11 Abs. 2 BGBM).

5. Die Gefahr von Missbräuchen. Auch unter dem neuen Vergaberecht besteht die Gefahr von Missbräuchen. Da zur Durchsetzung der angestrebten Liberalisierung auch eine wirkungsvolle Missbrauchsbekämpfung gehört, stellt sich die Frage, wie das neue Vergaberecht auf die Missbrauchsgefahr reagiert. Diese Frage behandle ich am Beispiel des Bundesvergaberichts (BoeB und VoeB), wobei ich mich auf die wichtigsten Missbrauchsfälle konzentriere. Dazu gehören:

- a. *Die widerrechtliche Bevorzugung.* Die Gefahr, dass die Vergabebehörde eine bestimmte Anbieterin (oder eine bestimmte Kategorie von Anbieterinnen) widerrechtlich bevorzugt, ist jedem Vergabesystem immanent. Um so mehr rechtfertigt sich ein *Hinweis auf Schwachstellen, die eine derartige Bevorzugung erleichtern*.⁹⁹ Solche Schwachstellen, die (nur, aber immerhin) zum Teil vermeidbar wären, finden sich auch im neuen Bundesvergaberecht. Zu nennen sind etwa:
 - *Die freihändige Vergabe.* Zwar ist die freihändig-direkte Vergabe nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig, welche die Verordnung abschliessend aufzählt (vgl. Art. 13 und 36 VoeB). Doch sind einzelne Fälle so umschrieben, dass der Vergabebehörde ein Ermessensspielraum verbleibt, der leicht missbraucht werden kann, um den Auftrag direkt an die bevorzugte Anbieterin zu vergeben.
 - *Die Präqualifikation im selektiven Verfahren.* Sie eröffnet den Vergabebehörden die Möglichkeit, die Wettbewerbsposition der bevorzugten Anbieterinnen durch ungerechtfertigte Disqualifikation ihrer Mitbewerberinnen zu stärken, noch bevor die Disqualifizierten überhaupt ein Angebot eingereicht haben. Nachdem das selektive Verfahren eine frei verfügbare Alternative zum offenen Verfahren bildet, die nach den bisherigen Erfahrungen recht häufig gewählt wird, steht [179] jedenfalls fest: Die Frage der Präqualifikation wird sich auch in der eidgenössischen Vergabepaxis zu einem zentralen Diskussionspunkt entwickeln, gleich wie dies für die Vergabepaxis der EU-Länder geschehen ist. Für den selektiven Planungswettbewerb besteht schon heute die Befürchtung, dass er eher "die Abschottung Privilegierter" legalisiert, als dem Wettbewerb zu dienen.¹⁰⁰
 - *Die Modalitäten der Offertöffnung* (Art. 24 VoeB). Sie differieren je nach dem, ob es um die Vergabe von Bau- oder von anderen Aufträgen geht. Für keinen Fall aber verlangt das Bundesvergaberecht, dass auch die Anbieterinnen zur Offertöff-

⁹⁹ Vgl. dazu auch PIETH, zit. in Anm. 108, S. 39 f.

¹⁰⁰ LEUPPI, NZZ 1996, Nr. 272, S. 15. Nach der Beurteilung dieses Autors wird mit dem selektiven Planungswettbewerb "vom Territorialprinzip zum Anciennitätsprinzip gewechselt, von der Qualität auf den Bekanntheitsgrad umgestellt, womit die kulturelle Entwicklung nachhaltig beschnitten werden dürfte". Ob diese Beurteilung richtig ist, mag hier offen bleiben. Ein gewisses Gegengewicht auf Bundesebene schafft Art. 47 VoeB. Für selektive Planungswettbewerbe kann danach "in der Ausschreibung vorgesehen werden, dass unter den Anbietern und Anbieterinnen, die zur Wettbewerbseingabe eingeladen werden, ein bestimmter Anteil von Nachwuchsfachleuten sein muss". Die Bestimmung lässt allerdings offen, was "Nachwuchsfachleute" sind und wie zu verfahren ist, wenn sich eine zu geringe Zahl von Nachwuchsfachleuten meldet.

nung einzuladen seien. Deren Teilnahme könnte eine widerrechtliche Bevorzugung zwar nicht verhindern, aber eben doch erschweren. Das bisweilen gehörte Gegenargument, eine Offertöffnung unter Anwesenheit der Anbieterinnen erhöhe die Korruptionsgefahr, statt sie zu bekämpfen, ist kaum verständlich. Denn die Anwesenheit der Anbieterinnen verringert das Risiko, dass Angebote nachträglich abgeändert werden.¹⁰¹

- *Die Abgebotsrunden*, die auf Grund und nach Massgabe der Art. 20 BoeB/Art. 26 VoeB¹⁰² auch im offenen und selektiven Verfahren erlaubt sein sollen.¹⁰³ Solche Runden, die nicht nur der Erläuterung oder Präzisierung eines Angebotes dienen, sondern die Offertpreise zum Gegenstand haben, sind (wenn es darauf ankommt) ein hervorragendes Mittel, um Einheimische oder andere Favoriten zu bevorzugen.¹⁰⁴ Dessen war sich auch der eidgenössische Gesetzgeber bewusst. Wie paradox es auch tönt: Im eidgenössischen Parlament wurde die mögliche Bevorzugung einheimischer Anbieter sogar als Argument *für* die Durchführung von Abgebotsrunden verwendet.¹⁰⁵ Demgegenüber hat das Vergabekonkordat der Kantone die Abgebotsrunden zu Recht verboten (vgl. Art. 11 lit. c IVöB). Dabei liess man sich unter anderem auch von der richtigen Einsicht leiten, "dass ein transparentes Verfahren eher Gewähr für ein wirtschaftliches Angebot gibt als ... Abgebotsrunden betreffend des Angebotspreises"¹⁰⁶.
- *Die Regel, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält* (Art. 21 Abs. 1 BoeB, Art. 37 VoeB). Diese traditionelle Regel, für die sich der Gesetzgeber aus guten Gründen entschieden hat, eröffnet dem Ermessen der Vergabebehörden einen weiten Spielraum, womit "das Gesetz" notgedrungen auch die Gefahr eines Ermessensmissbrauchs in Kauf nimmt. Das zugestandene Ermessen und die damit verbundene Gefahr wird allerdings in zweifacher Weise vermindert: Erstens durch die vorherige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Rangordnung (Art. 21 Abs. 2 BoeB). Und zweitens dadurch, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebotes, abgesehen von den Offertpreisen, am *Nutzen des Beschaffungsobjektes selbst* zu messen ist, was auch der exemplifikatorische Kriterienkatalog des Art. 21 Abs. 1 BoeB zum Ausdruck bringt. Ein fiskal- oder arbeitspolitischer

¹⁰¹ Vgl. PIETH, zit. in Anm. 108, S. 40.

¹⁰² Nach Art. 20 BoeB, der durch Art. 26 VoeB komplettiert wird, dürfen "Verhandlungen" über die eingereichten Angebote auch im offenen und selektiven Verfahren geführt werden, sofern "in der Ausschreibung darauf hingewiesen" wurde oder "kein Angebot ... als das wirtschaftlich günstigste" erscheint.

¹⁰³ Kritisch dazu schon: GAUCH, ZSR 114, 1995 I, S. 325 ff.

¹⁰⁴ Vgl. MICHEL, *Le Nouveau Quotidien*, 15. 12. 1994, S. 9; TERCIER, *La libéralisation*, zit. in Anm. 3, S. 23 f.; PIETH, zit. in Anm. 108, S. 40.

¹⁰⁵ In der parlamentarischen Beratung wurde explizit gesagt, bei den Abgebotsrunden gehe es "primär auch darum, in Fällen, wo schweizerische Anbieter zu teure Angebote vorlegen, diesen die Möglichkeit zu geben, im Rennen zu bleiben, ihr Angebot noch einmal durchzusehen und zu überlegen, wo sie allenfalls günstiger werden könnten" (LEDERGERBER, 13. 12. 1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2278). Dass dieses Votum kein "Ausreisser" war, belegt die Intervention des damaligen Bundespräsidenten, der seinerseits beifügte: "Wenn ausländische Anbieter kommen, sind unter Umständen gerade die Leute, die jetzt so vehement gegen Preisdiskussionen sind, sehr froh, wenn sie noch solche Preisdiskussionen führen können" (STICH, 13. 12. 1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2299).

¹⁰⁶ Musterbotschaft IVöB zu Art. 11 lit. c.

Vorteil der Auftraggeberin, der sich aus der Berücksichtigung einer bestimmten Anbieterin ergeben kann, ist kein Kriterium, das zur Bestimmung des günstigsten Angebotes berücksichtigt werden darf. Hingegen verweist Art. 20 Abs. 1 BoeB ausdrücklich auch auf das Kriterium der Ästhetik, wodurch er ästhetische Aspekte, die nur [180] schwer "nachkontrollierbar" sind, den wirtschaftlichen Kriterien gleichstellt.

- *Die vielen Unklarheiten, welche im Gebiet des Planungs- und Gesamleistungswettbewerbes* nicht nur die Rechtsfindung, sondern auch die Nachprüfung des Verfahrens erschweren. Als "pars pro toto" sei nur die spezielle Zuschlagsordnung für den Gesamleistungswettbewerb erwähnt, die sich auf verschiedene Bestimmungen verteilt (Art. 51 Abs. 2, Art. 53, Art. 55 Abs. 1 lit. c, Art. 55 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 3 VoeB). Unklar ist nicht bloss das Zusammenspiel dieser Bestimmungen, sondern auch die Frage, wann und wie das Prinzip "des wirtschaftlich günstigsten Angebotes" zum Tragen kommt.¹⁰⁷ Vieles bedarf noch der Abklärung, z.B. auch die Relation zwischen dem Anonymitätsgebot (Art. 48 VoeB) und der gleichzeitigen Verpflichtung des Preisgerichts, eine grundsätzlich bindende (Art. 53 VoeB) Zuschlagsempfehlung auszusprechen (Art. 51 Abs. 2 VoeB).

Die Gründe, welche die Vergabestellen zu einer widerrechtlichen Bevorzugung einzelner Anbieterinnen motivieren können, sind mannigfach. Ein möglicher Grund ist gewiss auch die Korruption durch Bestechung.¹⁰⁸ Derartige Korruptionsfälle haben straf-, zivil- und wettbewerbsrechtliche Relevanz.¹⁰⁹ Das neue Vergaberecht des Bundes enthält hingegen keine Bestimmung, die sich explizit mit dem Tatbestand der Bestechung befasst. Doch sind Schmiergeldzahlungen und Schmiergeldversprechen zweifellos ein Ausschluss- und Widerrufgrund im Sinne des Art. 11 BoeB, obwohl sie in der exemplifikatorischen Aufzählung dieser Bestimmung fehlen.

- b. *Der Missbrauch der Nachfragemacht.* Marktöffnung und gleichzeitige Depression haben zur Folge, dass sich die Nachfragemacht des Staates und die Gefahr ihres Missbrauchs erhöhen. Das berührt einerseits den Problembereich des neuen Kartellgesetzes.¹¹⁰ Andererseits fragt sich aber auch, welche Abwehrmassnahmen das neue Vergaberecht des Bundes vorsieht. Die Antwort ist enttäuschend, enthält doch das neue Ver-

¹⁰⁷ Nach den amtlichen "Erläuterungen" zur VoeB "muss die Gesamleistungsvergabe streng nach den Zuschlagskriterien gemäss Art. 21 BoeB erfolgen".

¹⁰⁸ Vgl. darüber: PIETH, Korruption - ein Thema?, in: Baurechtstagung 1997, Band II, Freiburg 1997, S. 30 ff.; BORGHI und QUELOZ, La corruption - un thème suisse?, in: Journées du droit de la construction, Volume II, Fribourg 1997, S. 18 ff., vgl. auch DIESELBEN, Lücken und beschränkte Wirksamkeit des schweizerischen Rechts gegenüber Korruption: die Voraussetzungen für eine interdisziplinäre Untersuchung, recht 1997, 16 ff.

¹⁰⁹ Vgl. darüber GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in. Anm. 61, Nr. 391; BORGHI und QUELOZ, zit. in Anm. 108, S. 27 ff. und S. 33 ff.; Pieth, zit. in Anm. 108, S. 42 ff.

¹¹⁰ Nach TERCIER (zit. in Anm. 24, S. 33 f.) hat „die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts ... den Anforderungen des freien Wettbewerbs zu genügen, dessen Förderung eines seiner Ziele ist“. Insbesondere hat ein öffentlicher Auftraggeber mit marktbeherrschender Stellung „keine Befugnis, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, namentlich nicht durch die Ausübung eines übermässigen Preisdrucks“. „Liegt ein Missbrauch vor, so stellt sich die Frage, ob sich eine Anbieterin auf Grund des Kartellgesetzes an den Zivilrichter (oder die Kommission) wenden kann, um diesen Missbrauch zu rügen“.

gaberecht des Bundes keine Bestimmungen, die dem Missbrauch der Nachfragemacht entgegenwirken.

In verschiedenen Punkten ist das neue Vergaberecht sogar so gefasst, dass es den Missbrauch der Nachfragemacht noch *erleichtert*. Zu erwähnen sind etwa: das Tarif- und Konditionendiktat nach Art. 29 Abs. 3/58 VoeB¹¹¹, die Institution der Abgebotsrunden (Art. 20 BoeB/26 VoeB) sowie die unlimitierte "Verpflichtung" der Auftraggeberin, die Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 BoeB durch Strafabreden zu sichern (Art. 6 Abs. 5 VoeB). Obwohl zu hoffen bleibt, dass eidgenössische Vergabestellen die Mittel der Abgebotsrunden und Strafabreden nur mit der gebotenen Zurückhaltung einsetzen, haben erste Erfahrungen gezeigt, dass in Einzelfällen auch mit dem Gegenteil zu rechnen ist (vgl. die Beispiele in BR 1996, S. 96).

- c. *Preis- und andere Submissionsabsprachen*. Die Gefahr, dass Anbieterinnen den wirklichen Wettbewerb durch solche Absprachen beeinträchtigen oder beseitigen, wird durch die Liberalisierung des Marktes zwar vermindert, nicht aber aufgehoben. Auch diese Gefahr berührt einerseits den Problembereich des neuen Kartellgesetzes.¹¹² Und andererseits fragt sich wiederum, welche Abwehrmassnahmen das neue Vergaberecht des Bundes vorsieht. Die Antwort ergibt sich aus Art. 11 BoeB, der via Art. 34 Abs. 2 VoeB auch für "die [181] übrigen Beschaffungen des Bundes" gilt. Danach sind Abreden, die den "wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen" (Art. 11 lit. e BoeB), ein Grund, der die Auftraggeberin berechtigt, den Zuschlag zu widerrufen oder die an der Abrede beteiligten Anbieterinnen vom Verfahren auszuschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Art. 10 BoeB zu streichen. Die Bestimmung des Art. 11 BoeB befasst sich nur mit den vergaberechtlichen Konsequenzen der erwähnten Absprachen, nicht auch mit den zivil-, wettbewerbs- und strafrechtlichen Aspekten.¹¹³ Sie wird ergänzt durch Art. 13 Abs. 1 lit. b VoeB, der eine freihändige Vergabe erlaubt, wenn "im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht" werden, "die aufeinander abgestimmt sind".

Von den *gesetzlichen* Konsequenzen zu unterscheiden sind die *vereinbarten* Folgen der Submissionsabsprachen. Ausländische Ausschreiber schützen sich bisweilen durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe oder einer Schadenspauschale, worin sie die einzelne Anbieterin zu einer Geldleistung (z.B. in Prozenten der Vergabesumme) verpflichtet, falls sich herausstellt, dass sie sich an einer entsprechenden Absprache beteiligt hat. Für das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz sind derartige Verein-

¹¹¹ Nach Art. 29 Abs. 3 VoeB wendet die Auftraggeberin „grundsätzlich ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen an, es sei denn, die Natur des Geschäftes erfordere die Aushandlung besonderer Bedingungen“. Nach Art. 58 VoeB orientiert sich die Auftraggeberin „für Dienstleistungsaufträge nach Anhang 1 an bestehenden Musterverträgen und Rahmentarifen des Bundes“ (Abs. 1). „Übersteigen vereinbarte Preise für Dienstleistungen nach Anhang 1 die im Rahmentarif enthaltenen Höchstsätze, so bedarf der Vertrag der Zustimmung des Eidgenössischen Finanzdepartementes oder der von ihm bezeichneten Stelle“ (Abs. 2). „PTT und SBB erstellen Musterverträge und Rahmentarife für ihren Zuständigkeitsbereich. Dabei berücksichtigen sie die Musterverträge und Rahmentarife des Bundes“ (Abs. 3).

¹¹² Vgl. TERCIER, zit. in Anm. 24, S. 34; DERSELBE, La libéralisation, zit. in Anm. 3, S. 22.

¹¹³ Zu diesen Aspekten siehe GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 61, Nr. 472 f.; zum Aspekt des Kartellrechts siehe TERCIER, zit. in Anm. 24, S. 34. Ob Preis- und andere Submissionsabsprachen unter Umständen auch den Tatbestand des strafrechtlichen Betruges (Art. 146 StGB) erfüllen können, wie der deutsche Bundesgerichtshof für das deutsche Strafrecht annimmt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 38, S. 186 ff.), wurde für die Schweiz noch nicht entschieden (vgl. dazu SCHUBARTH, Submissionsbetrug, BR 1993, S. 56 ff.).

barungen jedoch kaum bekannt.

IV. Schluss

Meine Ausführungen zum neuen Vergaberecht haben das aufgegriffene Thema zwar nur punktuell behandelt. Gleichwohl reichen sie aus, um zu erkennen, dass das neue Recht nicht in allen Punkten problemlos ist. Vielmehr teile ich die Beurteilung von PIERRE TERCIER, wonach „le nouveau droit applicable aux marchés publics présente de très nombreuses faiblesses, que l'on peut d'autant plus regretter qu'elles alourdissent et désécurisent le marché“.¹¹⁴ Umgekehrt aber bringt das neue Recht mannigfache Verbesserungen, von denen zu hoffen bleibt, dass sie sich in der Praxis bewähren. Und im übrigen ist nicht ausgeschlossen, „que contrairement à une tradition helvétique ... on procède rapidement à quelques révisions partielles“.¹¹⁵

Korr.: sf 15.6.2007

¹¹⁴ TERCIER, La libéralisation, zit. in Anm. 3, S. 25.

¹¹⁵ TERCIER, La libéralisation, zit. in Anm. 3, S. 26.