

Martin Beyeler

Der Geltungsanspruch des Vergaberechts

Probleme und Lösungsansätze
im Anwendungsbereich und
im Verhältnis zum Vertragsrecht

Schulthess § 2012

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|--------|
| Vorwort und Dank | V |
| Inhaltsübersicht | IX |
| Quellenverzeichnis | LXIII |
| Abkürzungsverzeichnis | LXXVII |
| Stichwortverzeichnis | 1633 |
| Zur Einführung | 1 |
| I. Der Geltungsanspruch des Vergaberechts und der vorliegende Text | 1 |
| II. Übersicht über die einzelnen Teile und Kapitel | 6 |
| | |
| Erster Teil Die Geltung des Vergaberechts | 13 |
| 1. Kapitel: Die Geltungsbereiche in der Übersicht | 15 |
| I. Subjektiver und objektiver Geltungsbereich | 15 |
| II. Die Verpflichtungswirkung des Vergaberechts | 16 |
| A. Das Vergaberecht verpflichtet die Auftraggeber | 16 |
| B. Kein Bieter wird durch Vergaberecht verpflichtet | 17 |
| III. Staatsvertraglicher und binnenstaatlicher Geltungsbereich | 18 |
| IV. Der Geltungsbereich und die Schwellenwerte | 19 |
| 2. Kapitel: Der subjektive Geltungsbereich | 23 |
| I. Die Grundsätze der subjektiven Unterstellung | 23 |
| A. Die Begriffe | 23 |
| B. Die Rechtsquellen | 24 |
| 1. Das Staatsvertragsrecht | 24 |
| 2. Das Bundesrecht | 26 |
| 3. Das interkantonale Recht | 26 |
| 4. Das kantonale Recht | 27 |
| C. Die unterstellten Subjekte | 27 |
| 1. Die Faustregel | 27 |
| 2. Die Präzisierungen zur Faustregel | 29 |
| a. Zum Annex 1 Anhang I GPA | 29 |
| b. Zu den „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ | 30 |
| c. Zu den teilunterstellten Subjekten | 31 |

| | | |
|-------|---|----|
| d. | Zur Auftragserteilung in Stellvertretung | 32 |
| aa. | Das Innenverhältnis | 33 |
| bb. | Das Aussenverhältnis | 35 |
| (i) | Bei echter Stellvertretung | 35 |
| (ii) | Bei unechter Stellvertretung | 36 |
| e. | Zur „Stellvertretung“ innerhalb von Rechtsträgern | 39 |
| f. | Zu den zentralen Beschaffungsstellen | 39 |
| g. | Zu den gemeinsamen Beschaffungen | 45 |
| aa. | Beschaffungen mehrerer öffentlicher Auftraggeber | 45 |
| (i) | Mehrere Bundes-Vergabestellen | 46 |
| (ii) | Mehrere kantonale oder kommunale Vergabestellen | 47 |
| (iii) | Bundes-Vergabestellen und kantonale oder kommunale Stellen zusammen | 48 |
| (iv) | Institutionalisierte Misch-Trägerschaften | 50 |
| bb. | Beschaffungen unter Einbezug von Nichtunterstellten (insbesondere Privaten) | 51 |
| 3. | Die Gründe für die subjektive Unterstellung | 52 |
| II. | Einzelfragen zur subjektiven Unterstellung | 58 |
| A. | Der Staat als öffentlicher Auftraggeber | 59 |
| 1. | Der Staat auf Bundesebene: die Eidgenossenschaft | 59 |
| a. | Auf der Bundesebene entscheidet die Positivliste von Annex 1 über die Erfassung | 60 |
| b. | Das BöB setzt nur, aber eben, die Staatsverträge um | 62 |
| c. | Glieder der Eidgenossenschaft, die von Annex 1 <i>nicht</i> erfasst werden | 64 |
| d. | Selbständige Stellen in Annex 1 | 64 |
| e. | Ausnahmen von der abschliessenden Natur der Liste in Annex 1 | 66 |
| aa. | Der Grundsatz der Statik des Geltungsbereichs des GPA | 67 |
| bb. | Die Geltung des GPA kann durch Umorganisationen nicht unterlaufen werden | 68 |
| cc. | Blosse Namensänderungen | 69 |
| dd. | Verselbständigungen | 70 |
| ee. | Schaffung neuer Vergabestellen | 70 |
| ff. | Absorptionen unter Beteiligung nicht in Annex 1 genannter Stellen | 71 |
| gg. | Wechsel zwischen den Staatsebenen | 72 |
| hh. | Aufgabenverzicht und materielle Privatisierung von Aufgaben | 73 |
| ii. | Keine funktionale Auslegung von Annex 1 | 74 |
| 2. | Der Staat auf kantonaler Ebene | 75 |
| a. | Der Kanton | 75 |

| | | |
|-------|--|-----|
| b. | Eigenständige kantonale Subjekte | 76 |
| c. | Interkantonale Stellen | 76 |
| d. | Stellen mit Bundes- und Kantons- oder Gemeindebeteiligung | 77 |
| e. | Kanadische Bieter können den Annex 2 nicht anrufen | 79 |
| 3. | Der Staat auf Gemeinde- und Bezirksebene: Die Gemeinden | 79 |
| a. | Die Gemeinde | 79 |
| b. | Der Bezirk | 79 |
| c. | Selbständige Subjekte (insbesondere Gemeindeverbände) | 80 |
| d. | Kantonalrechtliche Gleichstellung von selbständigen Stellen und Gemeinden | 81 |
| e. | Ein Subsumtionsbeispiel: die bernische Regionalkonferenz | 82 |
| f. | Zur internationalen Reichweite der Unterstellung von Gemeinden und Bezirken | 83 |
| B. | Staatsgebundene öffentliche Auftraggeber | 85 |
| 1. | Übersicht | 85 |
| 2. | Die „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ (EöR; „organisme de droit public“) | 86 |
| a. | Der Begriff | 86 |
| b. | Exkurs: EöR unter dem Bilateralen Abkommen | 89 |
| c. | Wo kommen EöR im schweizerischen Vergaberecht vor? | 90 |
| d. | Zur Redundanz des Zusatzes „n’ayant pas un caractère commercial ou industriel“ | 91 |
| e. | Das Begriffselement der Rechtspersönlichkeit | 92 |
| aa. | Rechtliche Selbständigkeit | 92 |
| bb. | Einfache Gesellschaften? | 93 |
| cc. | Subjekte des öffentlichen und des privaten Rechts | 94 |
| f. | Das Begriffselement der Staatsgebundenheit | 96 |
| aa. | Die Funktion des Kriteriums der Staatsgebundenheit | 96 |
| bb. | Das Wesen des Kriteriums der Staatsgebundenheit | 97 |
| cc. | Drei alternative Arten von Staatsgebundenheit | 98 |
| dd. | Erste Alternative: Öffentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung | 99 |
| ee. | Zweite Alternative: Öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans | 102 |
| ff. | Dritte Alternative: Öffentliche Finanzierung | 105 |
| (i) | Geld und geldwerte Vorteile | 105 |
| (ii) | Die Mittel müssen keine Einflussmöglichkeit bei Vergaben einräumen | 106 |
| (iii) | Mittel aus öffentlichen Quellen | 107 |
| (iv) | Ohne direkte Gegenleistung | 109 |

| | | |
|--------|---|-----|
| (v) | Öffentlich-rechtlich abgesicherte Mittel ohne direkte Gegenleistung | 113 |
| (vi) | Überhöhte Entgelte für die Einrichtung | 118 |
| (vii) | Verzicht öffentlicher Stellen auf Entgelt von der Einrichtung (Vorzugskonditionen) | 119 |
| (viii) | Das Überwiegen der öffentlichen Mittel im Gesamtvergleich | 120 |
| g. | Das Begriffselement der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art | 121 |
| aa. | Gründung zu besonderem Zweck | 121 |
| bb. | Zum Verhältnis zwischen dem Allgemeininteresse und der Nichtgewerblichkeit | 123 |
| cc. | Im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten | 125 |
| (i) | Der Begriff des Allgemeininteresses | 125 |
| (ii) | Die Tätigkeit braucht nicht dem Staat vorbehalten zu sein | 127 |
| (iii) | Die Tätigkeit muss nicht einzige oder hauptsächliche Tätigkeit sein | 128 |
| (iv) | Beispiele aus der EuGH-Praxis | 129 |
| (v) | Zusammenfassung und Schlussfolgerung | 131 |
| dd. | Nichtgewerbliche Tätigkeit | 132 |
| (i) | Das Wesen und die Funktion des Kriteriums der Nichtgewerblichkeit | 133 |
| (ii) | Der Begriff der Gewerblichkeit | 135 |
| (iii) | Tätigkeiten unter Wettbewerbsdruck | 138 |
| (iv) | Tätigkeiten ohne (genügenden) Wettbewerbsdruck | 140 |
| (v) | Gewerblichkeit trotz Fehlens von Wettbewerbsdruck | 143 |
| h. | Nachtrag: Sämtliche öffentlichen Aufträge von EöR sind vergaberechtpflichtig | 147 |
| aa. | Der deutsche Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB | 147 |
| bb. | Die IVöB-Musterbotschaft | 147 |
| cc. | Der französische und der italienische Text | 147 |
| dd. | Der deutsche Text widerspricht dem GPA | 148 |
| ee. | Fazit für kantonale und kommunale EöR | 150 |
| ff. | Auf der Bundesebene gelten spezielle Regeln | 151 |
| 3. | Das „öffentliche Unternehmen“ (ÖU; „entreprise publique“) | 152 |
| a. | Der Begriff des ÖU: Rechtspersönlichkeit und beherrschender Einfluss | 152 |
| b. | Die Begriffselemente des beherrschenden Einflusses | 153 |
| c. | Die unterschiedliche Staatsgebundenheit von ÖU und EöR | 154 |

| | |
|---|-----|
| d. Die beherrschenden Subjekte | 155 |
| e. ÖU sind nur für Sektorentätigkeiten unterstellt | 156 |
| C. Nichtstaatliche Auftraggeber | 157 |
| 1. Die Unterstellten im Überblick | 157 |
| 2. Subventionierte Private (Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB) | 159 |
| a. Die Rechtfertigung der Unterstellung subventionierter Privater | 159 |
| b. Subventionierte Private unter dem Bundesvergaberecht? | 160 |
| c. Subventionierte Private unter der IVöB | 161 |
| aa. Die Subventionierung führt zur <i>subjektiven</i> Erfassung privater Personen | 162 |
| bb. Der Begriff der öffentlichen Gelder | 163 |
| (i) Finanzhilfen, allenfalls Abgeltungen | 164 |
| (ii) Gelder aller Staatsebenen | 165 |
| (iii) Geld, Vorzugskonditionen oder Naturalleistungen | 168 |
| (iv) Auftragsbezogene und weitere Subventionen | 170 |
| cc. Die 50-Prozent-Schwelle | 172 |
| (i) Mehr als die Hälfte | 172 |
| (ii) Alle Subventionen sind zusammenzurechnen | 172 |
| dd. Die Gesamtkosten | 173 |
| (i) Die Gesamtkosten des Auftrags | 173 |
| (ii) Wie sind andere Subventionen rechnerisch zu veranschlagen? | 173 |
| (iii) Ermittlung der durchschnittlichen Subventionierung | 174 |
| (iv) Betriebssubventionen | 175 |
| (v) Befreiung unter Berufung auf die durchschnittliche Subvention | 176 |
| ee. Weitergehendes kantonales Recht | 176 |
| 3. „Private Vergabestellen“ gemäss Bilateralem Abkommen | 178 |
| a. „Private Vergabestellen“ sind nur als Sektorauftraggeber von Belang | 178 |
| b. „Private Vergabestellen“ wirtschaften gestützt auf ausschliessliche oder besondere Rechte | 179 |
| aa. Der Begriff der besonderen oder ausschliesslichen Rechte | 179 |
| bb. Die Verengung des Begriffs der besonderen oder ausschliesslichen Rechte | 182 |
| (i) Nur Monopolkonzessionen | 183 |
| (ii) Im Wettbewerb errungene Konzessionen sind nicht einschlägig | 184 |
| (iii) Wettbewerbsfrei erworbene Rechte bleiben einschlägig | 188 |
| (iv) Zur Begründung der zweiten Verengung der Auslegung | 189 |

| | | |
|-------|---|-----|
| cc. | Autonomer Nachvollzug der Verengung der Auslegung in der Schweiz | 192 |
| (i) | Ein Nachvollzug ist möglich und gerechtfertigt | 192 |
| (ii) | Folgen für die Schweiz | 194 |
| (iii) | Konzessionsvergabe nach BGBM | 195 |
| (iv) | Konzessionsvergabe nach Bundesrecht | 196 |
| 4. | „Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ | 196 |
| a. | Die „anderen Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben“ nach der IVöB | 196 |
| b. | Hat der Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB eine eigene Bedeutung? | 198 |
| c. | Die „anderen Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben“ nach dem BGBM | 201 |
| 5. | Kirchen und Kirchgemeinden | 201 |
| a. | Positivrechtliche Unterstellung | 202 |
| b. | Unterstellung durch Auslegung? | 202 |
| aa. | Sind Kirchen und Kirchgemeinden Träger von Staatsaufgaben? | 203 |
| bb. | Subventionierte Kirchen | 205 |
| cc. | Sind Kirchen und Kirchgemeinden Einrichtungen des öffentlichen Rechts? | 206 |
| (i) | Rechtspersönlichkeit | 207 |
| (ii) | Zum besonderen Zweck gegründet, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben auf nichtgewerbliche Art zu erfüllen | 207 |
| (iii) | Staatsgebundenheit | 208 |
| (iv) | Öffentliche Beeinflussung? | 208 |
| (v) | Öffentliche Bestellung des Leitungsorgans? | 208 |
| (vi) | Mehrheitliche öffentliche Finanzierung? | 208 |
| (vii) | Kein Eingriff in die kirchliche Autonomie | 214 |
| D. | Die verschiedenen öffentlichen Auftraggeber in einer tabellarischen Gegenüberstellung | 216 |
| E. | Die Sektorenauftraggeber im Besonderen | 217 |
| 1. | Geltungsbereich und materielles Sektoren-Vergaberecht | 218 |
| 2. | In welchen Fällen gilt das Sektoren-Vergaberecht? | 219 |
| a. | Welche Subjekte können Sektorenauftraggeber sein? | 219 |
| b. | Welche Sektorentätigkeiten werden vergaberechtlich erfasst? | 221 |
| c. | Freistellung in liberalisierten Sektoren | 223 |
| aa. | Kein Geltungsgrund für Vergaberecht in liberalisierten Sektoren | 223 |
| bb. | Freistellungsmechanismen | 224 |

| | | |
|-------------|---|-----|
| cc. | Das Freistellungsverfahren gemäss Bilateralem Abkommen im Besonderen | 228 |
| dd. | Blosse Liberalisierung oder echter Wettbewerb? | 230 |
| d. | Selbstbefreiung privater Vergabestellen | 232 |
| e. | Aufträge im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit in der Schweiz | 233 |
| f. | Tätigkeit in mehreren vergaberechtlich relevanten Sektoren | 233 |
| g. | Im Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit | 234 |
| h. | Kantonale und kommunale Aufträge <i>ohne</i> Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit | 237 |
| i. | Bundesaufträge <i>ohne</i> Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit | 242 |
| j. | Sektorenfremde Aufträge auf der Bundesebene im Einzelnen | 243 |
| aa. | Schienenverkehrsunternehmen | 243 |
| bb. | Post.Auto Schweiz AG | 247 |
| cc. | Die Schweizerische Post | 247 |
| dd. | Zahlungs- und Finanzdienstleistungen: PostFinance | 248 |
| ee. | swissgrid ag | 249 |
| k. | Tätigkeiten im Ausland | 249 |
| aa. | Vergabe-Kollisionsrecht | 249 |
| bb. | Ausserhalb der Schweiz | 252 |
| cc. | Inner- und ausserhalb der Schweiz | 252 |
| dd. | Tochtergesellschaften im Ausland | 254 |
| ee. | Internationale Werke und Unternehmen | 255 |
| ff. | Organisationen des internationalen Rechts | 256 |
| 3. | Welche Regeln gelten für Auftragsvergaben im Sektor? | 256 |
| a. | Vorbehalte gegenüber ausländischen Bietern | 257 |
| b. | Weiterveräusserung des Auftragsgegenstands unter Konkurrenzbedingungen | 257 |
| c. | Wasserbeschaffung | 260 |
| d. | Einkauf von Energie und Brennstoffen zur Energieerzeugung | 260 |
| e. | Cross-Border-Leasing von Schienenverkehrsunternehmen | 261 |
| f. | Wasser-, Strom-, Gas- oder Wärmeeinspeisung als Überschuss- oder Abfallprodukt | 263 |
| F. | Sind Auftragnehmer ihrerseits öffentliche Auftraggeber? | 265 |
| 1. | Das Prinzip: Einmaligkeit der Ausschreibung | 265 |
| 2. | Das Prinzip hebt das Vergaberecht nicht aus | 267 |
| 3. | Schlussfolgerung | 268 |
| 3. Kapitel: | Der objektive Geltungsbereich | 269 |
| I. | Grundlagen und Grundsätze | 269 |
| A. | Der Begriff des objektiven Geltungsbereichs | 269 |

| | | |
|------|--|-----|
| B. | Der Begriff des öffentlichen Auftrags im Überblick | 269 |
| C. | Die zwei Fragestellungen des objektiven Geltungsbereichs | 270 |
| D. | Die situationsabhängige Ausnahme von Geschäften | 270 |
| II. | Der Begriff des öffentlichen Auftrags | 273 |
| A. | Keine Legaldefinition | 273 |
| B. | Der herkömmliche Begriff | 275 |
| 1. | Zur Herkunft | 275 |
| 2. | Die herkömmliche Umschreibung | 275 |
| 3. | Der herkömmliche Begriff ist zu eng und umgehungsanfällig | 276 |
| C. | Der funktionale Begriff | 278 |
| 1. | Ausrichtung des funktionalen Begriffs an den Zielen des Vergaberechts | 278 |
| a. | Öffentliche Ressourcen und Wettbewerbsneutralität | 278 |
| b. | Begriffsbestimmung im Lichte der vergaberechtlichen Ziele | 279 |
| 2. | Der Begriff und seine Elemente | 281 |
| 3. | Das synallagmatische Rechtsgeschäft | 281 |
| a. | Freiwilligkeit des Leistungserbringers | 281 |
| b. | Auswahlfreiheit für den öffentlichen Auftraggeber | 284 |
| c. | Der Vertrag als (häufigste) Form des öffentlichen Auftrags | 287 |
| d. | Das Synallagma | 290 |
| e. | Kooperationen und Gesellschaftsgründungen | 292 |
| f. | Zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben | 296 |
| g. | Zur Einräumung hoheitlicher Zwangsbefugnisse | 300 |
| aa. | Öffentliche Aufträge können Zwangsbefugnisse beinhalten | 300 |
| bb. | Verträgt sich Wirtschaftlichkeit mit Zwangsbefugnissen? | 302 |
| (i) | Anwendung von Vergaberecht heisst nicht Auslagerungszwang | 303 |
| (ii) | Das Vergaberecht kann den Bedenken Rechnung tragen | 304 |
| cc. | Der Auslagerungsentscheid konditioniert die Anwendung des Vergaberechts | 306 |
| 4. | Die öffentliche Veranlassung des Geschäfts | 307 |
| a. | Die Veranlassung durch den Auftraggeber | 307 |
| b. | Einsatz der Leistungen für die öffentliche Aufgabenerfüllung | 308 |
| c. | Das Begriffselement der öffentlichen Aufgabe hat keine inhaltliche Limitierungswirkung | 310 |
| aa. | Was im öffentlichen Interesse getan wird, ist öffentliche Aufgabe | 310 |
| bb. | Der öffentliche Auftrag dient nicht immer ausdrücklich vorgeschriebenen Aufgaben | 314 |

| | | |
|-------|--|-----|
| cc. | Ein Zusammenhang mit Fiskaltätigkeiten reicht aus | 315 |
| (i) | Auch Fiskalgeschäfte können öffentliche Aufträge sein | 315 |
| (ii) | Fiskalgeschäft heisst nicht Wettbewerbsdruck | 317 |
| (iii) | Fiskalgeschäfte, die die übrigen Merkmale aufweisen, sind vergaberechtpflichtig | 318 |
| (iv) | Ausnahmen gelten nur in den Sektoren | 319 |
| dd. | Mögliche Freihandvergaben für Vermögenanlagegeschäfte | 320 |
| ee. | Wettbewerbsvorbehalt für alle öffentlichen Auftraggeber de lege ferenda? | 321 |
| 5. | Der kommerziell motivierte Leistungserbringer | 323 |
| a. | Der Auftraggeber handelt im öffentlichen Interesse | 323 |
| b. | Der Leistungserbringer ist kommerziell motiviert | 323 |
| c. | Das Aufeinandertreffen öffentlicher und kommerzieller Interessen | 324 |
| d. | Aufträge ausserhalb des Marktes | 325 |
| aa. | Kommerzielle Motivation setzt kein unmittelbares Gewinnstreben voraus | 325 |
| bb. | Ideelle Zwecke verfolgende Organismen | 326 |
| cc. | Auftragsübernahme aus ideellen Motiven und auf nichtkommerzieller Basis | 327 |
| dd. | Kommerzielle Tätigkeiten ideeller Organisationen | 331 |
| 6. | Die auftragsgegenständlichen Leistungen (Bauten, Güter, Dienste) | 332 |
| a. | Bauleistungen | 332 |
| b. | Güterlieferungen | 333 |
| c. | Dienstleistungen | 333 |
| d. | Leistungsgemische | 334 |
| 7. | Das Entgelt | 334 |
| a. | Keine unentgeltliche Leistungserbringung | 334 |
| b. | Fast alles kann Entgelt sein | 335 |
| c. | Charakteristische Leistung und Entgelt | 337 |
| d. | Entgelt bei Kooperation und Partnerschaft | 338 |
| e. | Das Begriffselement des Entgelts ist äusserst breit | 339 |
| III. | Öffentliche Aufträge und andere Geschäfte | 339 |
| A. | Die klassischen Beschaffungsaufträge | 339 |
| 1. | Leistungen für den Eigengebrauch | 340 |
| 2. | Leistungen im Dienste des Publikums | 340 |
| B. | Veräusserungsgeschäfte | 341 |
| 1. | Reine Veräusserungsgeschäfte sind keine öffentlichen Aufträge | 341 |
| 2. | Reine Veräusserungen an kommerziell motivierte Private sind auszuschreiben | 343 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 3. | Veräusserung im Rahmen öffentlicher Aufträge | 347 |
| a. | Rückvergütungen | 347 |
| b. | Veräusserungen als Bezahlung für Leistungen | 348 |
| c. | In natura bezahlter Auftrag oder Bau- und Dienstleistungskonzession? | 351 |
| d. | Erstes Subsumtionsbeispiel: Der Genfer Plakatkonzessionsfall | 352 |
| e. | Zweites Subsumtionsbeispiel: Abfälle, die Wertstoffe sind | 354 |
| aa. | Bezahlung des <i>Abnehmers</i> durch den Auftraggeber | 356 |
| bb. | Bezahlung des <i>Auftraggebers</i> durch den Abnehmer | 358 |
| C. | Konzessionen | 361 |
| 1. | Monopolkonzessionen | 362 |
| a. | Der Begriff der Monopolkonzession | 362 |
| aa. | Ein exklusives Recht, wirtschaftlich tätig zu werden – verbunden mit Pflichten | 362 |
| bb. | Grundsätzliches Verbot anstelle grundsätzlicher Erlaubnis der Wirtschaftstätigkeit | 364 |
| cc. | Abgrenzung von der Bewilligung | 365 |
| dd. | Abgrenzung von der Sondernutzungskonzession | 366 |
| b. | Das Wesen der Monopolkonzession | 367 |
| aa. | Monopolkonzessionen regulieren Wirtschaftstätigkeiten | 367 |
| bb. | Regulierung ist nicht Auftragserteilung | 370 |
| cc. | Die Betätigungspflicht und die Pflicht zur Ausweitung der Tätigkeit | 371 |
| dd. | Ausnahmsweise: Monopolkonzessionen mit Auftrags-elementen | 373 |
| ee. | Zur Bestellung von Leistungen im öffentlichen Regionalverkehr | 375 |
| c. | Zur Vergabe von Monopolkonzessionen | 378 |
| aa. | Konzessionsvergaberecht | 378 |
| bb. | Die Vergabe kantonaler und kommunaler Monopolrechte (Art. 2 Abs. 7 BGBM) | 379 |
| cc. | Bundesrechtliche Monopole | 385 |
| d. | Beauftragung von Monopolkonzessionären | 387 |
| 2. | Sondernutzungskonzessionen | 390 |
| a. | Der Begriff der Sondernutzungskonzession | 390 |
| b. | Die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen | 394 |
| aa. | Die Sondernutzungskonzession ist grundsätzlich kein öffentlicher Auftrag | 394 |
| bb. | Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM | 396 |
| cc. | Sondernutzungskonzessionen im Rahmen öffentlicher Aufträge | 402 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 3. | Die Abgrenzung zur Bewilligung | 403 |
| 4. | Die Bau- und die Dienstleistungskonzessionen | 405 |
| a. | Der Begriff der Bau- oder Dienstleistungskonzession | 406 |
| b. | Der Unterschied zu den Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen | 413 |
| c. | Das Wesen der Bau- und Dienstleistungskonzessionen | 415 |
| d. | Die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen | 416 |
| aa. | Bau- und Dienstleistungskonzessionen sind öffentliche Aufträge | 416 |
| bb. | Bau- und Dienstleistungskonzessionen sind keine reinen Veräusserungen | 420 |
| cc. | Vergaberechtliche Erfassung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen | 422 |
| dd. | Zum besonderen Risiko des Bau- oder Dienstleistungskonzessionärs | 426 |
| e. | Zur Übertragung hoheitlicher Befugnisse | 430 |
| f. | Exkurs: Lieferkonzession | 431 |
| g. | Ein Subsumtionsbeispiel: Spitex-Leistungen | 431 |
| aa. | Bewilligungen und Zulassungen sind reine Regulationsinstrumente | 431 |
| bb. | Zulassungen mit Konzessions- oder Auftragscharakter | 432 |
| cc. | Die Zulassung gemäss KVG im Allgemeinen | 432 |
| dd. | Die Zulassung zur Erbringung spitalexterner Pflegeleistungen | 433 |
| D. | Subventionen | 438 |
| 1. | Finanzhilfen | 438 |
| 2. | Abgeltungen | 439 |
| E. | Erschliessungsverträge | 441 |
| 1. | Erschliessung durch ein Gemeinwesen | 441 |
| 2. | Erschliessung durch Grundeigentümer | 442 |
| F. | Ersatzvornahme | 444 |
| 1. | Hoheitliche Ersatzvornahme | 445 |
| 2. | Vertragliche Ersatzvornahme | 446 |
| G. | Gesetzlich vorgesehene Leistungserbringer | 447 |
| H. | Unternehmensgründungen | 449 |
| 1. | Gründung ist kein Auftrag | 449 |
| 2. | Gründung und Beauftragung | 450 |
| a. | Beauftragung rein öffentlich gehaltener Unternehmen | 450 |
| b. | Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen (IÖPP) | 450 |
| aa. | Keine ausschreibungsfreie Beauftragung | 450 |
| bb. | Kein Anteilsverkauf nach vergaberechtsfreier Vergabe | 452 |

| | | |
|-----|--|-----|
| cc. | Keine vergaberechtsfreie Gründung, wenn sie mit einer Beauftragung verknüpft ist | 455 |
| dd. | Ausschreibung von Gründung und Beauftragung zusammen | 456 |
| ee. | Regeln für die Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen | 458 |
| | (i) Tätigkeit im Rahmen des Zuschlags | 459 |
| | (ii) Zur Dauer des Geschäfts und zum weiteren Vorgehen | 461 |
| | (iii) Keine Veräusserung der öffentlichen Anteile während der Laufzeit | 463 |
| ff. | Regeln für das Vergabeverfahren | 463 |
| gg. | Zusammenfassung | 466 |
| I. | Gemischtwirtschaftliche Kooperationen ohne Rechtspersönlichkeit | 467 |
| | 1. Kooperationen sind meistens öffentliche Aufträge | 467 |
| | 2. Freihändig eingegangene Kooperationen | 468 |
| J. | Das Querschnittsthema Public Private Partnership (PPP) | 469 |
| | 1. PPP ist keine vergaberechtliche Kategorie | 469 |
| | 2. Einige Modelle | 474 |
| | a. Build-Operate-Transfer-Modell | 476 |
| | b. Bau- und Dienstleistungskonzessionen | 478 |
| | c. Auslagerungsmodelle | 478 |
| | d. Projekt- und Aufgabenerfüllungsgesellschaften | 479 |
| | e. Gemeinsame Bauprojekte | 479 |
| IV. | Bauten, Lieferungen, Dienstleistungen | 480 |
| A. | Bauleistungen | 481 |
| | 1. Der vergaberechtliche Begriff der Bauleistung | 481 |
| | a. Das Vergaberecht erfasst alle Arten von Bauleistungen | 481 |
| | b. Beispiele erfasster Bauleistungen | 481 |
| | c. Die Abgrenzung von der Lieferung von Baumaterialien und Bauteilen | 482 |
| | d. Abgrenzung von den Dienstleistungen, insbesondere von jenen des Baubereichs | 482 |
| | e. Die Ausnahme für Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur | 483 |
| | 2. Besondere Vergaberechtsregeln für Bauleistungen | 484 |
| | a. Die Schwellenwerte | 484 |
| | b. Die Bauwerkregel | 484 |
| | aa. Die Regel | 484 |
| | bb. Der Begriff des Bauwerks | 488 |
| | c. Die Bagatellklausel | 490 |
| | aa. Manche Aufträge grosser Bauwerke entschlüpfen den Staatsverträgen | 490 |

| | | |
|-----|--|-----|
| bb. | Nur 20 Prozent eines Bauwerks können ausserhalb der Staatsverträge vergeben werden | 491 |
| cc. | Die Anwendung von Bauwerkregel und Bagatellklausel | 492 |
| dd. | Freies Ermessen in der Auswahl der Bagatellklausel-Aufträge | 493 |
| ee. | Das Ermessen wird verbindlich bei Verfahrenseinleitung ausgeübt | 493 |
| d. | Bauwerkregel, Bagatellklausel und Beschwerde vor Bundesgericht | 495 |
| e. | Weitere Besonderheiten (insbesondere Freihandvergaben) | 496 |
| B. | Lieferungen | 497 |
| 1. | Der Begriff des Lieferauftrags | 497 |
| a. | Abgrenzung von Lieferungen und Dienstleistungen | 498 |
| aa. | Der Grundsatz: Die Lieferung fokussiert auf die Ware | 498 |
| bb. | Lieferung von Sachen und Dienstleistungen | 498 |
| cc. | Immaterialgüterrechte und Daten: Lieferung oder Dienstleistung? | 499 |
| dd. | Freihanderwerb von Immaterialgüterrechten | 500 |
| b. | Kriegsmaterial und Dual-Use-Güter | 501 |
| aa. | Kriegsmaterial | 501 |
| bb. | Dual-Use-Güter | 503 |
| c. | Wasser, Strom und Brennstoffe zur Energiegewinnung | 504 |
| aa. | Lieferungsmonopole | 505 |
| bb. | Frei gehandelte Güter | 505 |
| cc. | Zu den Ausnahmen nach Annex 3 Anhang I GPA (und nach Anhang VIII BAöB) | 507 |
| dd. | Die Annexe 1 und 2 Anhang I GPA | 509 |
| | (i) „Aufträge betreffend Tätigkeiten“ („marchés portant sur des activités“) | 509 |
| | (ii) Aufträge über den Kauf bestimmter Güter? | 509 |
| | (iii) Aufträge im Rahmen bestimmter Tätigkeiten des Auftraggebers? | 509 |
| | (iv) Ein blosser Verweis auf den Sektorenbereich | 510 |
| ee. | Fazit 511 | |
| ff. | Stromzertifikate | 511 |
| 2. | Der Erwerb und die Veräusserung von Rechten an Grundstücken und Bauten | 512 |
| a. | Die Vergaberechtsfreiheit von Grundstücksgeschäften | 513 |
| b. | Die Reichweite des Grundstücksprivilegs | 514 |
| aa. | Mieterausbau | 515 |
| bb. | Vermieterausbau | 516 |

| | | |
|--------|---|-----|
| cc. | Grundstückserwerb, Baurechtserwerb oder Gebäudemiete und ein öffentlicher Auftrag | 518 |
| (i) | Alles, was über das Vorbestehende hinausgeht, ist öffentlicher Auftrag | 518 |
| (ii) | Der Auftraggeber als direkter juristischer Besteller | 518 |
| (iii) | Erwerb von Rechten an einem künftigen Bauzustand | 520 |
| (iv) | Kauf von künftigen Bauten | 523 |
| (v) | Einräumung eines Baurechts an einer künftigen Baute | 523 |
| (vi) | Miete künftiger Bauten | 524 |
| (vii) | Die Regeln über die gemischten Geschäfte und die Freihandvergabe | 526 |
| (viii) | Rechtsmissbräuchliche Grundstücksveräußerung | 529 |
| (ix) | Eine Neuenburger Besonderheit | 530 |
| c. | Grundstücksveräußerungen | 531 |
| C. | Dienstleistungen | 532 |
| 1. | Der Begriff des Dienstleistungsauftrags | 532 |
| a. | Arten von Dienstleistungen | 533 |
| b. | Zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen | 533 |
| c. | Die Positivliste der staatsvertraglich erfassten Dienstleistungen | 534 |
| aa. | Die provCPC-Klassifikation | 536 |
| bb. | Zur Auslegung von Positivliste und Klassifikation | 537 |
| cc. | Subsumtion auf der Ebene der Subklassen | 538 |
| dd. | Not elsewhere classified (n.e.c.) | 539 |
| ee. | Geschäfte mit unterschiedlich klassierten Dienstleistungen | 540 |
| d. | Die von der Positivliste <i>nicht</i> erfassten Dienstleistungen | 542 |
| e. | Dienstleistungsmonopole | 546 |
| f. | Konzerninterne Dienstleistungen | 546 |
| 2. | Besondere Dienstleistungen im Einzelnen | 548 |
| a. | Versicherungsgeschäfte | 548 |
| aa. | Umfassende Unterstellung aller Versicherungsgeschäfte | 548 |
| bb. | Versicherungs-Beratungsleistungen | 549 |
| cc. | Zur Frage der Befangenheit von Versicherungsberatern | 549 |
| (i) | Der Submissionsberater als Verwaltungshelfer | 550 |
| (ii) | Befangenheit durch Rückvergütung (Courtage) | 550 |
| (iii) | Befangenheit durch Arbeitsvertrag oder Auftrag | 558 |
| (iv) | Nur unabhängige Honorar-Berater sind unbefangen | 559 |
| dd. | Das Gebäudeversicherungs-Monopol | 559 |
| ee. | Sozialversicherungen | 560 |
| b. | Geschäfte im Zusammenhang mit Radio und Fernsehen | 562 |
| aa. | Geschäfte von Sendeanstalten | 562 |

| | | |
|-----|---|-----|
| bb. | Einkauf und Verkauf von Sendezeit | 563 |
| cc. | Geschäfte gewöhnlicher Auftraggeber über Inhalte und Werbespots | 563 |
| c. | Personaleinstellung | 563 |
| aa. | Anstellung und Ernennung von Personal | 563 |
| bb. | Beratungsleistungen im Personalbereich | 564 |
| d. | Personalausleihe und Personalstellung | 564 |
| aa. | Personalausleihe | 565 |
| bb. | Personalstellung | 567 |
| cc. | Personalstellung, die in Wahrheit eine gewöhnliche Dienstleistung ist | 569 |
| e. | Juristische Dienstleistungen | 572 |
| aa. | Keine staatsvertragliche Erfassung | 572 |
| bb. | Rechtsvertretung öffentlicher Auftraggeber vor Gericht | 573 |
| cc. | Amtliche Rechtsvertretung | 574 |
| f. | Finanzdienstleistungen | 576 |
| aa. | Finanzdienstleistungen werden von den Staatsverträgen grundsätzlich erfasst | 576 |
| bb. | Kredit- und Anleihegeschäfte | 576 |
| cc. | Beratung im Zusammenhang mit Finanzgeschäften | 576 |
| dd. | Wertpapiergeschäfte | 577 |
| ee. | Keine allgemeine Freistellung von Fiskalgeschäften | 578 |
| D. | Geschäftsmischungen | 578 |
| 1. | Die Praxis mischt, das Vergaberecht qualifiziert einheitlich | 578 |
| 2. | Öffentlicher Auftrag, mit einem aliud vermischt | 579 |
| a. | Grundstücks-Erwerbsgeschäfte | 579 |
| b. | Aliud-Mischungen im Allgemeinen | 579 |
| aa. | Der Grundsatz: Behandlung des öffentlichen Auftrags nach Vergaberecht | 579 |
| bb. | Die Ausnahme: Notwendige Verknüpfung von Auftrag und überwiegendem aliud | 580 |
| cc. | Gewöhnliche Anwendung des Vergaberechts bei freiwilliger Mischung | 583 |
| dd. | Manch ein aliud ist Entgelt | 584 |
| 3. | Mischungen von Bauten, Gütern und Dienstleistungen | 584 |
| a. | Zum Bedarf nach einheitlicher Qualifikation | 584 |
| b. | Schwellenwertprobleme | 585 |
| c. | Sachliche Einordnungsprobleme | 587 |
| aa. | Die Ausgangslage | 587 |
| bb. | Das zweistufige Vorgehen | 587 |
| cc. | Ist die Verknüpfung notwendig? | 587 |

| | | |
|-----|---|-----|
| dd. | Präponderanzmethode bei notwendiger Verknüpfung | 589 |
| ee. | Ein Anwendungsbeispiel: Recht und Informatik | 591 |
| ff. | Kann die Leistungstrennung als rechtmässiges Alternativverhalten gelten? | 591 |
| 4. | Kapitel: Interne Vergaben | 593 |
| I. | Klares und Unklares zur In-house-Vergabe | 593 |
| II. | Die In-house-Geschäfte | 596 |
| A. | Der Begriff des In-house-Geschäfts | 596 |
| 1. | Interne Leistungsflüsse | 596 |
| 2. | Abgrenzung von der vergaberechtsgemässen Beauftragung Interner | 597 |
| B. | Die Vergaberechtsfreiheit des In-house-Geschäfts | 599 |
| 1. | Freiheit der internen Organisation für alle öffentlichen Auftraggeber | 599 |
| 2. | Die zwei Aspekte der Vergaberechtsfreiheit | 600 |
| a. | Der „Make or buy“-Entscheid | 600 |
| b. | Hausinterne Konkurrenz | 602 |
| C. | Die Wahl zwischen internem und externem Leistungserbringer | 602 |
| 1. | In-house-Vergabe jenseits eines Vergabeverfahrens | 602 |
| a. | Fortführung von In-house-Beziehungen | 602 |
| b. | Auslagerung von bisher intern erbrachten Leistungen | 603 |
| c. | In-house-Beschaffung von bisher ausgelagerten Leistungen | 603 |
| d. | Neue Leistungen | 603 |
| 2. | In-house-Vergabe nach eingeleitetem Vergabeverfahren | 604 |
| a. | Verfahrensabbruch und Zuschlagswiderruf zwecks In-house- Vergabe | 604 |
| b. | Haftung aus culpa in contrahendo nach Verfahrensabbruch | 607 |
| c. | Kein Abbruch für die Vergabe an interne Verfahrensteilnehmer | 608 |
| D. | Zur Rechtfertigung der Vergaberechtsfreiheit von In-house-Geschäften | 609 |
| 1. | Die Abwesenheit eines Vertrags ist unwesentlich | 609 |
| 2. | Der materielle Grund liegt in der Wettbewerbsneutralität | 611 |
| a. | Kein Zwang zur materiellen Privatisierung | 612 |
| b. | Kein Zwang zur funktionellen Privatisierung | 615 |
| c. | Kein Zwang zur Beschaffung von Hilfsleistungen auf dem Markt | 620 |
| aa. | Der Begriff der Hilfsleistung | 620 |
| bb. | Herstellung von Hilfsleistungen ausserhalb der Wirtschaft | 621 |
| d. | Das In-house-Geschäft ist vergaberechtsfrei, weil wettbewerbsneutral | 625 |
| 3. | Fazit | 631 |
| E. | Nicht alle In-house-Vergaben sind vergaberechtsfrei | 631 |
| F. | Die „internen Leistungserbringer“ gemäss Bundesinformatikverordnung | 633 |
| 1. | Wo gilt die Bundesinformatikverordnung (BinfV)? | 633 |

| | | |
|------|--|-----|
| 2. | Die organisatorische Regulierung der „internen Leistungserbringer“ | 633 |
| 3. | Grundsätzliche Freiheit der In-house-Vergabe auch unter der BinfV | 634 |
| 4. | Die parallele Offertstellung durch „interne Leistungserbringer“ | 634 |
| a. | Geltung des BöB für die Beschaffung bei Wettbewerbsteilnehmern | 634 |
| b. | Auswahl bei Parallelofferten von „internen Leistungserbringern“ | 634 |
| c. | Vergabe an den „internen Leistungserbringer“ | 635 |
| 5. | Bemerkungen zur In-house-Vergabe nach BinfV | 636 |
| a. | Die BinfV vermag keine In-house-Regeln zu verändern | 636 |
| b. | Die Vergabe auf eine interne Parallelofferte bedeutet Verfahrensabbruch | 637 |
| c. | Einschränkung der Parallel-Offertstellung auf die notwendigen Fälle 637 | 637 |
| III. | Die Quasi-in-house-Geschäfte | 638 |
| A. | Übersicht | 638 |
| 1. | Der Begriff der Quasi-in-house-Vergabe | 639 |
| 2. | Der Stand der Dinge in der Schweiz | 640 |
| B. | Das Kontrollerfordernis | 641 |
| 1. | Der Fokus liegt auf dem Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer | 641 |
| 2. | Kontrollmöglichkeit unabhängig von der Rechtsform | 641 |
| 3. | Der Zweck des Kontrollerfordernisses: Wettbewerbsschutz | 642 |
| 4. | Die verschiedenen Teilaspekte der Kontrolle | 643 |
| a. | Einzelfallbeurteilung | 643 |
| b. | Die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Leistungserbringer | 643 |
| aa. | Kontrolle durch Einwirkungsmöglichkeit | 644 |
| bb. | Geteilte Kontrolle ist möglich | 645 |
| cc. | Das Verbot jeglicher Privatbeteiligung | 647 |
| dd. | Privatbeteiligung nach Auftragserteilung | 650 |
| ee. | Privatbeteiligung, die ausgeschlossen wurde | 652 |
| 5. | Kritik des Kontrollerfordernisses | 653 |
| a. | Der Gerichtshof entfernt sich vom üblichen Kontrollbegriff | 653 |
| b. | Braucht es überhaupt eine Beteiligung des Auftraggebers? | 657 |
| c. | Nicht jeder öffentliche Auftraggeber ist Quasi-in-house- Leistungserbringer | 660 |
| C. | Das Tätigkeitserfordernis | 661 |
| 1. | Der Begriff des Tätigkeitserfordernisses | 661 |
| 2. | Exkurs: Die Frage der Beteiligung gehört zum Kontrollerfordernis | 662 |

| | | |
|--|--|-----|
| 3. | Der Zweck des Tätigkeitserfordernisses: Wettbewerbsschutz | 663 |
| 4. | Welche Fremdtätigkeiten sind unschädlich? | 664 |
| a. | Sollen Dritttätigkeiten anhand von Quoten beurteilt werden? | 665 |
| b. | Dritttätigkeiten sind nach ihrem Gehalt zu beurteilen | 667 |
| IV. | Vergaberechtsfreiheit allen wettbewerbsneutralen Vergaben | 671 |
| A. | Weg von den Bildern – hin zu den Grundsätzen | 672 |
| 1. | Die Quasi-in-house-Vergabe als Abbild der In-house-Vergabe | 672 |
| 2. | Die Quasi-in-house-Kriterien als Konkretisierung des Wettbewerbsschutzes | 674 |
| 3. | Eine Fortentwicklung der Kriterien | 677 |
| a. | Zur Frage der Beteiligung | 677 |
| b. | Direkt aus der Wettbewerbsneutralität abgeleitete Kriterien | 679 |
| B. | Die In-state-Vergaben | 680 |
| 1. | Wettbewerbsneutrale Vergaben an einen öffentlichen Leistungserbringer | 681 |
| a. | Erste Voraussetzung: Keine Privatbeteiligung | 685 |
| b. | Zweite Voraussetzung: Keine Wettbewerbstätigkeit | 687 |
| aa. | Erlaubte Dritttätigkeiten | 689 |
| bb. | Verbot der Submissionsteilnahme | 689 |
| cc. | Verbot von kommerziellen Geschäften und Verhaltensweisen | 690 |
| dd. | Sektorenunternehmen | 692 |
| c. | Ist das Verlassen des Zuständigkeitsbereichs per se eine Wettbewerbsteilnahme? | 692 |
| 2. | Konkretisierungen | 697 |
| a. | Vergaben zwischen öffentlich-rechtlich konstituierten Subjekten | 697 |
| b. | Sektorenunternehmen | 699 |
| c. | Nicht jede Tochtergesellschaft kann vergaberechtsfrei beauftragt werden | 701 |
| 3. | Nicht alle Vergaben zwischen öffentlichen Auftraggebern sind vergaberechtsfrei | 702 |
| Zweiter Teil Schnittbereiche zwischen Vergabe- und Vertragsrecht | | 705 |
| I. Kapitel: Der Anbieter | | 707 |
| I. Grundlagen und Grundsätze | | 707 |
| A. Die Begriffe | | 707 |
| B. Jeder kann ein Bieter sein | | 708 |
| 1. | Der Grundsatz | 708 |
| a. | Geschäftsfähige Subjekte und Zusammenschlüsse solcher Subjekte | 708 |
| b. | Natürliche und juristische Personen | 709 |

| | | |
|-----|---|-----|
| c. | Zur Zweckbestimmung juristischer Personen | 709 |
| d. | Öffentlich-rechtliche Subjekte und Zusammenschlüsse solcher Subjekte | 711 |
| 2. | Die Präzisierungen | 712 |
| a. | Öffentlich-rechtliche Bieter | 712 |
| b. | Ausländische Bieter | 713 |
| c. | Nicht alle Bieter erfüllen die Voraussetzungen und sind geeignet | 713 |
| C. | Involvierte Nicht-Anbieter | 715 |
| 1. | Die Vertragspartner des Leistungserbringers | 715 |
| 2. | Vergaberechtliches Interesse an Nicht-Anbietern | 716 |
| a. | Arbeitsteilung schützt nicht vor Prüfung | 716 |
| b. | Die Berufung auf anbieterfremde Aspekte | 717 |
| c. | Verbot der Weitervergabe | 717 |
| 3. | Subunternehmer und Lieferanten | 718 |
| a. | Die Bedeutung der Unterscheidung | 718 |
| b. | Terminologisches | 718 |
| c. | Der Grad der Involvierung in die Erfüllung ist entscheidend | 719 |
| aa. | Vertragspartner des Bieters, die mit der Leistung zu tun haben | 719 |
| bb. | Hilfe bei der Pflichterfüllung oder Hintergrundtätigkeiten | 720 |
| cc. | Zur Qualifikation von Subunternehmern und Lieferanten in konkreten Fällen | 721 |
| dd. | Tochtergesellschaften sind nicht per se Mitanbieterinnen | 723 |
| d. | Die Auslegung der einschlägigen Vorschriften | 723 |
| 4. | Konzerngesellschaften | 725 |
| II. | Einzelfragen | 726 |
| A. | Staatliche und subventionierte Anbieter | 726 |
| 1. | Das Teilnahmerecht der Subjekte mit staatlichem Hintergrund | 727 |
| a. | Das Teilnahmerecht | 727 |
| b. | Die Präzisierungen | 728 |
| aa. | Gesetzliche Grundlage | 729 |
| bb. | Keine Teilnahme vergaberechtlich privilegierter Subjekte | 729 |
| cc. | Die Verfahrensteilnahme steht unter einem doppelten Vorbehalt | 730 |
| c. | Für das Vergaberecht ist der Markt eine Gegebenheit | 730 |
| d. | Verfahrensteilnahme und In-house-Vergabe | 731 |
| 2. | Das Teilnahmerecht der steuerbegünstigten oder subventionierten Subjekte | 731 |
| a. | Subventionen und Begünstigungen können einen Wettbewerbsvorteil begründen | 731 |

| | | |
|-----|---|-----|
| b. | Rechtmässige Subventionen und Begünstigungen bleiben unbeachtlich | 732 |
| c. | Das Teilnahmerecht | 733 |
| d. | Die Ausnahme: Unrechtmässige Begünstigungen | 734 |
| B. | Schweizerische und ausländische Anbieter | 734 |
| 1. | Die Grundregel: Teilnahmeanspruch nur für schweizerische Anbieter | 734 |
| a. | Beschaffungsmärkte sind traditionell verschlossen | 734 |
| b. | Das Vergaberecht ist nach wie vor protektionistisch ausgestaltet | 735 |
| c. | Die Öffnung der Märkte erfolgte bisher nur punktuell | 736 |
| d. | Ausländische Bieter können auch ohne Anspruch teilnehmen | 736 |
| 2. | Die Ausnahme: Teilnahmeanspruch für privilegierte ausländische Bieter | 737 |
| 3. | Der schweizerische Anbieter | 739 |
| a. | Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz | 739 |
| b. | Niederlassung in der Schweiz | 740 |
| aa. | Das Niederlassungsprinzip fliesst aus dem Binnenmarktgesetz | 740 |
| bb. | Der Begriff der Niederlassung | 742 |
| cc. | Konkretisierung des Niederlassungsprinzips | 742 |
| dd. | Das Niederlassungsprinzip gilt nur für Niederlassungsofferten | 743 |
| c. | Ausländisch gehaltene oder kontrollierte schweizerische Anbieter | 745 |
| d. | Ausländische Staatsangehörige in der Schweiz | 745 |
| e. | Doppelte Staatsangehörigkeit und Auslandschweizer | 746 |
| 4. | Der privilegierte ausländische Anbieter | 746 |
| a. | Wer ist privilegierter ausländischer Bieter? | 747 |
| b. | Erste Voraussetzung: ein in casu anwendbarer Staatsvertrag | 747 |
| c. | Zweite Voraussetzung: Schutz für den ausländischen Bieter durch den Staatsvertrag | 748 |
| aa. | Die privilegierten Bieter nach den einzelnen Staatsverträgen | 748 |
| bb. | Wann ist ein Bieter einem Staatsvertrags-Staat zuzurechnen? | 749 |
| cc. | Eine Niederlassung ist ausreichend | 751 |
| 5. | Nicht-privilegierte ausländische Anbieter | 752 |
| a. | Der Grundsatz der Rechtlosigkeit | 752 |
| b. | Die faktische Teilnahmemöglichkeit der nicht-privilegierten ausländischen Bieter | 753 |
| aa. | Die Teilnahme ist nicht verboten | 755 |
| bb. | Die Vergabestelle kann Nicht-Privilegierte nach Ermessen zulassen | 755 |
| cc. | Kein Konkurrent kann den Ausschluss eines nicht-privilegierten Bieters verlangen | 756 |

| | | |
|-----|--|-----|
| dd. | Nicht-privilegierte Bieter dürfen nicht privilegiert werden | 756 |
| c. | Das Teilnahmerecht für Nicht-Privilegierte im Ausnahmefall | 757 |
| aa. | Vertrauen in die bedingte Zuschlagserteilung | 759 |
| bb. | Schützenswertes Vertrauen ist nicht leichthin anzunehmen | 759 |
| cc. | Vertrauenerweckende Handlungen der Vergabestelle | 759 |
| dd. | Kein Einwand des späteren Ausschlusses | 760 |
| ee. | Der ausdrückliche Vorbehalt des späteren Ausschlusses | 761 |
| ff. | Vertrauensschutz für Nicht-Privilegierte | 761 |
| 6. | Multinationale Bietergemeinschaften | 762 |
| a. | Mischungen aus gleich Berechtigten | 763 |
| b. | Mischungen aus Berechtigten und Nicht-Privilegierten | 763 |
| C. | Die Bietergemeinschaften (Arbeitsgemeinschaften, Konsortien) | 764 |
| 1. | Der Begriff der Bietergemeinschaft | 764 |
| 2. | Zur Zulässigkeit von Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren | 767 |
| a. | Der Grundsatz: Die Zulassung | 767 |
| b. | Die Ausnahme: Das Teilnahmeverbot | 768 |
| aa. | Kein Ausschluss nach freiem Ermessen | 768 |
| bb. | Verbot von Bietergemeinschaften zum Schutz des Wettbewerbs | 771 |
| cc. | Verbot von Bietergemeinschaften aus im Geschäft liegenden Gründen | 772 |
| 3. | Bietergemeinschaften, vergaberechtliche Grundvoraussetzungen und Eignung | 776 |
| a. | Die Grundvoraussetzungen und die Eignung | 776 |
| b. | Alle Konsorten müssen die Grundvoraussetzungen erfüllen | 782 |
| c. | Die Eignung muss dort vorliegen, wo geleistet wird | 783 |
| aa. | Der Grundsatz: Zurechnung und Zusammenlegung von Eignungsaspekten | 783 |
| bb. | Keine abstrakte Eignungsanrechnung | 785 |
| cc. | Allgemeine Eignungskriterien | 786 |
| dd. | Eignungskriterien speziell für Bietergemeinschaften | 786 |
| 4. | Zur Stabilität des Mitgliederkreises von Bietergemeinschaften | 787 |
| a. | Die Veränderung des Mitgliederkreises ist eine Angebotsänderung | 787 |
| b. | Die Veränderung des Mitgliederkreises kann die Eignung gefährden | 787 |
| c. | Zum Verbot der Veränderung des Mitgliederkreises | 788 |
| aa. | Veränderung vor der förmlichen Verfahrensteilnahme | 788 |
| bb. | Veränderung im Rahmen erlaubter Verhandlungen | 788 |
| cc. | Veränderung nach Präqualifikation | 789 |
| dd. | Veränderung nach Offertabgabe | 790 |
| ee. | Ausnahmsweise erlaubter Mitgliedertausch | 792 |

| | | |
|-------|---|-----|
| d. | Veränderungen innerhalb von Gemeinschaftsmitgliedern | 793 |
| aa. | Wegfallen von eignungsrelevanten Aspekten | 793 |
| bb. | Wegfallen von zuschlagsrelevanten Aspekten | 793 |
| cc. | Fusion und Aufspaltung | 794 |
| 5. | Die Mehrfachbeteiligung | 795 |
| a. | Gesetzliches oder ad hoc aufgestelltes Verbot der Mehrfachbeteiligung | 796 |
| b. | Gibt es ein ungeschriebenes Verbot der Mehrfachbeteiligung? | 799 |
| aa. | Die Mehrfachbeteiligung ist nicht per se eine Absprache | 799 |
| (i) | Informationen über die jeweils andere Offerte | 799 |
| (ii) | Information ist nicht Abrede | 800 |
| (iii) | Mehrfachbeteiligung führt nicht zur Vermutung einer Absprache | 801 |
| (iv) | Absprachen müssen auch bei Mehrfachbeteiligung nachgewiesen werden | 803 |
| bb. | Die Mehrfachbeteiligung kann unter besonderen Umständen den Wettbewerb berühren | 805 |
| (i) | Mehrfachbeteiligung läuft dem Geheimwettbewerb zuwider | 805 |
| (ii) | Der Informationsfluss ist meist unschädlich oder gar wettbewerbsfördernd | 805 |
| (iii) | Ausnutzung der Informationen in besonderen Fällen | 806 |
| (iv) | Mehrfachbeteiligung heisst nicht automatisch Wettbewerbsbeeinträchtigung | 807 |
| cc. | Mehrfachbeteiligung führt nie automatisch zum Ausschluss | 808 |
| c. | Zum Einzelanbieter, der auch an einer Bietergemeinschaft beteiligt ist | 809 |
| d. | Mehrfachbeteiligung kann zu zivilrechtlichen Ansprüchen führen | 809 |
| 6. | Ad hoc gebildete Konsortien („gemeinsame Vergabe an mehrere Anbieter“) | 810 |
| a. | Arten von Ad-hoc-Konsortien | 810 |
| b. | Keine hoheitliche Gründung von Arbeitsgemeinschaften | 811 |
| c. | Die vergaberechtlichen Voraussetzungen der Bildung von Ad-hoc-Konsortien | 811 |
| aa. | Ankündigung in der Ausschreibung | 811 |
| bb. | Vorliegen entsprechender Offerten | 812 |
| (i) | Teilzuschläge setzen Teilofferten voraus | 812 |
| (ii) | Das Konsortialverhältnis muss offeriert sein | 813 |
| cc. | Vergabe auf die wirtschaftlich günstigste Gesamtlösung | 814 |

| | | |
|-----|---|-----|
| dd. | Bildung von Ad-hoc-Konsortien ohne Ankündigung in der Ausschreibung | 814 |
| | (i) Grundsätzlich zulässige Verhandlungen | 815 |
| | (ii) Verhandlungen nach Luzerner Recht | 816 |
| | (iii) Verhandlungen nach Zürcher Recht | 817 |
| | (iv) Wirtschaftlichkeit und Gleichbehandlung bei luzernischen und zürcherischen Verhandlungen | 818 |
| 7. | Bietergemeinschaften im Beschwerdeverfahren | 819 |
| a. | Kein Auftrag an unvollständige Bietergemeinschaften | 819 |
| b. | Zur Möglichkeit des Ausscherens von Mitgliedern nach der Zuschlagserteilung an einen anderen (oder nach einem Ausschluss) | 820 |
| c. | Die herkömmliche Sichtweise: Nichteintreten bei (frühzeitigem) Ausscheren | 821 |
| d. | Abhilfe für eine ungerechte Lösung | 825 |
| | aa. Primärrechtsschutz kommt nicht infrage | 825 |
| | bb. Die Auslieferung aller Konsorten an den Willen eines einzigen Mitglieds ist unbillig | 826 |
| | cc. Ein Vorschlag: Direkte Gewährung von Sekundärrechtsschutz für Rumpfkonsortien | 827 |
| e. | Nachtrag: Virtuelle Bietergemeinschaft bei der Anfechtung einer Ausschreibung | 832 |
| D. | Die Erfüllungsgehilfen (Subunternehmer) | 834 |
| 1. | Die drei Gruppen von Vertragspartnern des Leistungserbringers | 834 |
| 2. | Das vergaberechtliche Interesse an den Subunternehmern | 836 |
| 3. | Zur vergaberechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes von Subunternehmern | 836 |
| a. | Gesetzliche Regelungen der Zulässigkeit von Subunternehmern | 836 |
| b. | Grundsätzliche gesetzliche Zulässigkeit | 837 |
| | aa. Keine ausdrückliche Regelung | 837 |
| | bb. Der Grundsatz der Freiheit der Weitervergabe | 838 |
| | cc. Einschränkung der Freiheit durch die Vergabestelle | 838 |
| | dd. Sachliche Begründung und Verhältnismässigkeit der Einschränkung | 839 |
| c. | Grundsätzliches gesetzliches Verbot | 841 |
| | aa. Verboten, wenn nicht ausdrücklich erlaubt | 841 |
| | bb. Auflockerung des Verbots | 841 |
| | cc. Weitervergabe nur gestützt auf eine ausdrückliche Erlaubnis | 842 |
| | dd. Das Tessiner Verbot des „appalto totale“ im Besonderen | 842 |
| | (i) Der Totalunternehmer im Baubereich | 843 |

| | | |
|-----|--|-----|
| | (ii) Der Totalunternehmer in den übrigen Branchen | 845 |
| | (iii) Verbot der totalen Weitervergabe und der Zusammenfassung aller Leistungen | 845 |
| 4. | Zur vergaberechtlichen Prüfung der Subunternehmer | 846 |
| a. | Zur Nennung und allfälligen Vorverpflichtung von Subunternehmern | 846 |
| aa. | Informationen über Weitervergaben und Subunternehmer | 847 |
| bb. | Vorgesehene Weitervergaben sind zu melden | 847 |
| cc. | Vorgesehene Subunternehmer | 849 |
| | (i) Der Bieter muss die Namen nicht von sich aus nennen | 849 |
| | (ii) Die Vergabestelle kann die Angabe und die Zusicherung von Namen verlangen | 850 |
| | (iii) Die Vergabestelle muss verhältnismässig vorgehen | 851 |
| | (iv) Verfrühte Vorverpflichtung kann nachteilig sein – auch für den Auftraggeber | 852 |
| b. | Die Vergabestelle kann Subunternehmer nicht nach Ermessen ablehnen | 853 |
| c. | Alle Subunternehmer müssen die Grundvoraussetzungen erfüllen | 854 |
| aa. | Subunternehmer sind faktische Leistungserbringer | 854 |
| bb. | Der Zweck der Grundvoraussetzungen verlangt nach umfassender Anwendung | 854 |
| cc. | Gesetzliche Grundlagen | 856 |
| dd. | Sind nach der VöB auch Lieferanten zu prüfen? | 857 |
| ee. | Subunternehmer müssen die Grundvoraussetzungen auch im Vertragsverhältnis erfüllen | 859 |
| d. | Subunternehmer müssen für ihren Leistungsteil geeignet sein | 860 |
| aa. | Auch die Eignung der Subunternehmer ist von Bedeutung | 860 |
| bb. | Recht und Pflicht zur Subunternehmer-Eignungsprüfung | 860 |
| cc. | Die von den Subunternehmern zu erfüllenden Eignungskriterien | 863 |
| | (i) Grundvoraussetzungen | 863 |
| | (ii) Eignungskriterien allgemeiner Natur | 863 |
| | (iii) Erfüllung nur der relevanten Eignungskriterien | 863 |
| | (iv) Zur Zusammenlegung von Ressourcen | 864 |
| | (v) Regeln der Vergabestelle zur Eignung von Subunternehmern | 865 |
| e. | Zum nachträglichen Austausch von Subunternehmern | 865 |
| aa. | Nicht benannte Subunternehmer | 865 |
| bb. | Benannte Subunternehmer | 866 |
| | (i) Unverbindliche Nennung | 866 |
| | (ii) Verbindliche Zusicherung | 866 |

| | | |
|-------------|---|-----|
| cc. | Die Voraussetzung der Gleichwertigkeit des Ersatzes | 867 |
| dd. | Austausch nur bei umgehendem Ersatz | 868 |
| ee. | Austausch nach Zuschlag und Vertragsschluss | 869 |
| ff. | Selbstübernahme anstelle eines Subunternehmer-Austauschs | 870 |
| 5. | Eignung unter Verweis auf Subunternehmer-Eigenschaften | 870 |
| a. | Die Eignung muss nicht immer individuell vorliegen | 870 |
| b. | Verweis auf Subunternehmer zwecks Begründung der Eignung | 871 |
| aa. | Verweis auf Aspekte des Subunternehmers, die dem Bieter fehlen | 871 |
| bb. | Gemeinsam erfüllte Eignungskriterien | 872 |
| cc. | Zurechnung nur von tatsächlich vorhandenen Eigenschaften zugesicherter Subunternehmer | 872 |
| dd. | Keine abstrakte Zurechnung | 873 |
| ee. | Der Vorbehalt des immer erforderlichen Mindestmasses an Bieter-Eignung | 874 |
| c. | Exkurs: Verweis auf Subunternehmer-Eigenschaften für den Angebotsvergleich | 874 |
| d. | Keine voraussetzungslose Zurechnung der Aspekte von Konzerngesellschaften | 875 |
| 6. | Vorgeschriebene Subunternehmer | 877 |
| a. | Das Vorschreiben von Subunternehmern kommt einer Auftragsvergabe gleich | 877 |
| b. | Vorgeschriebene Subunternehmer müssen in einer Vorsubmission ausgewählt werden | 878 |
| c. | Vertragsrechtliche Konsequenzen des Vorschreibens von Subunternehmern | 882 |
| 7. | Die Mehrfachnennung von Subunternehmern | 882 |
| 8. | Ist die Weitervergabe ein ausschreibungspflichtiger Vorgang? | 884 |
| E. | Veränderungen innerhalb der Anbieter | 884 |
| 1. | Fusionen und Spaltungen | 884 |
| 2. | Wegfallen von Eignungsaspekten | 885 |
| 3. | Wegfallen von Zuschlagsaspekten | 886 |
| 2. Kapitel: | Das Angebot | 887 |
| I. | Grundlagen und Grundsätze | 887 |
| A. | Die vielfältigen Funktionen des Angebots | 887 |
| B. | Die vergaberechtliche Regulierung des Angebots | 887 |
| C. | Der Begriff des Angebots | 888 |
| 1. | Der vertragsrechtliche Begriff des Angebots | 888 |
| a. | Ein Leistungsversprechen | 888 |
| b. | Verbindlichkeit | 889 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 2. | Der vergaberechtliche Begriff des Angebots | 890 |
| a. | Begründung der Parteistellung und von Verfahrensrechten | 890 |
| b. | Erst das Angebot besiegelt die Verfahrensteilnahme | 890 |
| 3. | Das Verhältnis zwischen Zulässigkeit und Gültigkeit des Angebots | 891 |
| a. | Keine vergaberechtliche Zulässigkeit ohne vertragsrechtliche Gültigkeit | 891 |
| b. | Verbindliche Angebote ermöglichen eine verlässliche Auswahl | 892 |
| c. | Unverbindliche „Angebote“ sind letztlich unnütz | 893 |
| d. | Ein Zuschlag auf ein unverbindliches oder unbestimmtes Angebot ist unzulässig | 894 |
| e. | Unzulässige Angebote können (aber dürfen nicht) angenommen werden | 895 |
| 4. | Angebot oder Nichtangebot? | 896 |
| a. | Die Bieter können erklären, was sie wollen | 897 |
| b. | Wenn eine Offerte vorliegt, ist sie als solche zu behandeln | 898 |
| c. | Die Möglichkeit von Detailverhandlungen macht das Angebot nicht unverbindlich | 900 |
| aa. | Ein erklärter Vorbehalt ist zu beachten | 900 |
| bb. | Die Bieter erklären Einigungsvorbehalte weder zwingend noch automatisch | 901 |
| D. | Der Begriff des Teilnahmeantrags | 903 |
| 1. | Der Teilnahmeantrag ist ein vergaberechtliches Institut | 903 |
| 2. | Der Teilnahmeantrag ist in aller Regel kein Angebot | 903 |
| 3. | Der Teilnahmeantrag ist nicht verpflichtend | 904 |
| E. | Die Angebotsfreiheit der Bieter | 905 |
| 1. | Freiheit im Entscheid über die Verfahrensteilnahme | 905 |
| 2. | Freiheit bezüglich des Angebotsinhalts | 906 |
| 3. | Keine vergaberechtliche Auslegung der Angebote | 907 |
| 4. | Zum Verhältnis zwischen Ausschreibungsvorgaben und Angebotsfreiheit | 908 |
| 5. | Vergaberechtliche Angebotsvorschriften betreffen die Zulässigkeit der Offerten | 909 |
| F. | Die vergaberechtlichen Angebotsregeln | 911 |
| 1. | Vertragsrechtliche Gültigkeit ist notwendig, aber nicht hinreichend | 911 |
| 2. | Die Gegenstände der vergaberechtlichen Angebotsregeln | 912 |
| 3. | Die Folgen der Verletzung vergaberechtlicher Angebotsvorschriften | 912 |
| 4. | Schwere, leichte und mittlere Regelverstöße | 913 |
| a. | Der schwerwiegende Verstoß gegen vergaberechtliche Angebotsvorschriften | 913 |
| aa. | Der schwerwiegende Fehler | 913 |
| bb. | Die Folgen schwerwiegender Fehler | 914 |

| | | |
|-------|---|-----|
| b. | Der geringfügige Verstoss gegen vergaberechtliche Angebotsvorschriften | 914 |
| aa. | Der geringfügige Fehler | 914 |
| bb. | Geringfügige Fehler begründen keinen Ausschluss | 915 |
| c. | Der mittelschwere Verstoss gegen vergaberechtliche Angebotsvorschriften | 918 |
| aa. | Der mittelschwere Fehler | 918 |
| bb. | Die Folgen mittelschwerer Fehler | 918 |
| cc. | Der im Ermessen liegende Ausschluss | 919 |
| 5. | Fehlerhafte Teilnahmeanträge | 921 |
| II. | Formelle Angebotsvorschriften | 921 |
| A. | Schriftlichkeit | 921 |
| 1. | Der Grundsatz des unterzeichneten Papierangebots | 921 |
| 2. | Zur Unterschrift und zur Ermächtigung des für den Bieter Handelnden | 922 |
| a. | Ort und Anzahl der Unterschriften | 923 |
| b. | Angebote ohne Unterschrift | 924 |
| aa. | Ohne Unterschrift ist ein Angebot nicht zulässig | 924 |
| bb. | Gewährung einer Nachfrist zur Leistung der Unterschrift | 924 |
| cc. | Die Gewährung einer Nachfrist ist in der Regel zulässig und erforderlich | 925 |
| c. | Unterzeichnung eines Angebots durch den Bieter oder durch Bevollmächtigte | 927 |
| aa. | Natürliche und juristische Personen als Einzelanbieterinnen | 927 |
| bb. | Bietergemeinschaften | 928 |
| cc. | Zur Vertretung von Bieterinnen | 929 |
| dd. | Vertretungsvorschriften der Vergabestelle | 930 |
| ee. | Elektronische Vertretung | 932 |
| 3. | Die Digitalisierung des Angebots | 932 |
| a. | Terminologie: Bestandteile, Offerte, Einreichung | 932 |
| b. | Zur Zulässigkeit der Elektronik im Vergabeverfahren | 933 |
| aa. | Zur Zulässigkeit von physisch eingereichten elektronischen Angebotsbestandteilen | 933 |
| bb. | Zur Zulässigkeit der elektronischen Übermittlung von Offerten | 934 |
| (i) | Das GPA | 934 |
| (ii) | Das nationale Recht | 937 |
| (iii) | Die Regeln zur elektronischen Übermittlung von Angeboten in der Übersicht | 938 |

| | | |
|--------|--|-----|
| (iv) | Kein Anspruch der Bieter auf elektronische Offertübermittlung ohne Ankündigung der Vergabestelle | 939 |
| (v) | Kein Ausschluss von konventionellen Offerten | 941 |
| (vi) | Qualifizierte elektronische Signatur | 941 |
| (vii) | Zeitstempel | 944 |
| (viii) | Datenintegrität | 946 |
| (ix) | Gleichbehandlung | 947 |
| (x) | Vertraulichkeit | 950 |
| (xi) | Elektronisch eingereichte Angebotsbestandteile | 950 |
| cc. | Physisch eingereichte elektronische Offerten | 951 |
| B. | Formvorschriften über die Angebotsgestaltung | 951 |
| III. | Zeitliche Angebotsvorschriften | 953 |
| A. | Die Eingabefrist | 953 |
| 1. | Der Begriff | 953 |
| 2. | Fristwahrung: Zugangs- oder Absendeprinzip? | 954 |
| a. | Das Schweigen der Erlasse | 954 |
| b. | Frist für die Entgegennahme gemäss GPA | 956 |
| aa. | Entgegennahme heisst Zugang | 957 |
| bb. | Ohne Zugangsprinzip wären Minimalfristen zwecklos | 958 |
| cc. | Das GPA verdrängt das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht | 959 |
| c. | Die Vergabestelle darf stets das Zugangsprinzip wählen | 959 |
| d. | Das Absendeprinzip ist erst recht immer erlaubt | 961 |
| e. | Was gilt im Einzelfall? | 961 |
| 3. | Zur Nichteinhaltung der Eingabefrist | 962 |
| 4. | Die Dauer der Eingabefrist | 965 |
| a. | Bekanntgabe in Ausschreibung und Unterlagen | 965 |
| b. | Die Dauer der Frist ist im Allgemeinen nicht justitiabel | 966 |
| aa. | Eingabefrist und Offertqualität | 966 |
| bb. | Zu <i>kurze</i> Eingabefristen sind grundsätzlich kein Vergaberechtsproblem | 967 |
| cc. | Diskriminierend kurze Fristen als Ausnahmefall | 969 |
| dd. | Zu lange Eingabefristen sind kein Vergaberechtsproblem | 969 |
| c. | Die staatsvertraglichen Minimalfristen | 970 |
| aa. | Zehn bis vierzig Tage Minimalfrist | 970 |
| bb. | Zur Frage der Justitiabilität der Minimalfristen | 971 |
| 5. | Die Erstreckung der Eingabefrist | 972 |
| a. | Gerichtliche Fristverlängerung | 972 |
| b. | Fristerstreckung durch die Vergabestelle | 972 |
| aa. | Fristerstreckung ist grundsätzlich erlaubt | 972 |

| | | |
|-----|---|------|
| bb. | Verspätete Erstreckung ist verboten | 973 |
| cc. | Förmliche Wiedererwägung der Ausschreibungsverfügung | 974 |
| dd. | Gleichbehandlung bei der Fristerstreckung | 974 |
| B. | Die Bindefrist | 976 |
| 1. | Der Begriff | 976 |
| 2. | Der Ausschluss von zu kurz befristeten Offerten | 976 |
| 3. | Kein Ausschluss von zu lang befristeten Offerten | 977 |
| 4. | Die Dauer der Bindefrist | 978 |
| a. | Ankündigung der Dauer der gewünschten Bindefrist | 978 |
| b. | Freies Ermessen bei der Festlegung der gewünschten Dauer | 980 |
| c. | Für alle Bieter die gleiche Bindefrist | 981 |
| d. | Die tatsächliche Dauer ergibt sich nur aus der Offerte selbst | 982 |
| e. | Ausdrückliche Erklärung einer Bindefrist | 983 |
| f. | Stillschweigende Erklärung einer Bindefrist | 984 |
| 5. | Zur Verlängerung oder Erneuerung der Bindefrist | 984 |
| a. | Keine einseitige Bindungsverlängerung durch die Vergabestelle | 984 |
| b. | Vom Bieter erklärte Bindungsverlängerungen sind erlaubt | 985 |
| c. | Erneuerung der Offertverbindlichkeit | 987 |
| d. | Verlängerung oder Erneuerung unter Anpassung von Preisen und Konditionen | 987 |
| e. | Fristverlängerungen in Verhandlungen | 989 |
| 6. | Die Verbindlichkeit der Offerten im Beschwerdeverfahren | 989 |
| a. | Der Beschwerdeführer bleibt meistens gebunden | 989 |
| b. | Der Zuschlagsempfänger bleibt meistens gebunden | 990 |
| IV. | Der Grundsatz der Ausschreibungskonformität | 991 |
| A. | Mit der Ausschreibung übereinstimmend (Ausschreibungskonformität) | 994 |
| 1. | Der Begriff der Ausschreibungskonformität | 994 |
| 2. | Zur Feststellung von Ausschreibungskonformität | 995 |
| 3. | Ausschreibungskonformität mit Bezug auf die Leistungen | 996 |
| a. | Der Grundsatz | 996 |
| b. | Die Spielräume | 997 |
| c. | Die funktionale Ausschreibung | 997 |
| d. | Die Varianten | 998 |
| e. | Die Alternativen | 999 |
| 4. | Ausschreibungskonformität mit Bezug auf die Geschäftskonditionen | 1000 |
| 5. | Ausschreibungskonformität mit Bezug auf die Vergabebedingungen | 1002 |
| B. | Von der Ausschreibung abweichend (Ausschreibungswidrigkeit) | 1003 |
| 1. | Abweichungen im Allgemeinen | 1003 |
| 2. | Bedingungen, Vorbehalte und einschränkende Annahmen im Besonderen | 1004 |
| a. | Die Bedingung | 1005 |

| | | |
|-----|---|------|
| b. | Der Vorbehalt | 1005 |
| c. | Die Annahme | 1006 |
| d. | Zur Ausschreibungswidrigkeit von Bedingungen, Annahmen und Vorbehalten | 1007 |
| aa. | Bedingungen | 1007 |
| bb. | Annahmen, die Bedingungen sind | 1008 |
| cc. | Annahmen bei lückenhaften Ausschreibungsunterlagen | 1008 |
| dd. | Vorbehalte | 1010 |
| e. | Die gemäss Ausschreibung erlaubten Abweichungen | 1010 |
| f. | Die Aufforderung zur Deklaration von Vorbehalten | 1011 |
| 3. | Notwehrhafte Abweichung von diskriminierenden Vorgaben | 1013 |
| a. | Diskriminierende Vorgaben können nicht massgeblich sein | 1013 |
| b. | Diskriminierende Vorgaben können in Rechtskraft erwachsen | 1014 |
| c. | Missbrauch von Marktmacht und Verletzung privater Rechte | 1019 |
| aa. | Kartell- und Zivilrecht sind über die zuständigen Instanzen durchzusetzen | 1019 |
| bb. | Die Vergabebeschwerdeinstanz hat Kartell- und Zivilrecht nicht zu prüfen | 1019 |
| cc. | Die Ausnahme: Nicht anders erhältlichere effektiver Rechtsschutz | 1024 |
| d. | Vorgaben im Konflikt mit dem Strafrecht | 1024 |
| 4. | Der Ausschluss von Offerten, die von der Ausschreibung abweichen | 1025 |
| a. | Abweichungen missachten den auftraggeberischen Willen | 1025 |
| b. | Abweichungen stellen den Angebotsvergleich potentiell infrage | 1025 |
| c. | Geringfügige Abweichungen rechtfertigen keinen Ausschluss | 1027 |
| d. | Mittelschwere Abweichungen erfordern nicht immer einen Ausschluss | 1027 |
| e. | Alle übrigen Abweichungen erfordern einen Ausschluss | 1028 |
| C. | Die Varianten | 1029 |
| 1. | Der Begriff und die Grundregeln | 1029 |
| a. | Eine Variante weicht von Vorgaben ab | 1029 |
| b. | Die Variante als wirtschaftlich günstigstes Angebot | 1030 |
| c. | Die Variante basiert auf Ideen | 1034 |
| aa. | Mit einer Variante werden Ideen anvertraut | 1035 |
| bb. | Keine Weiterverwendung ohne Zustimmung | 1036 |
| cc. | Die ad hoc erteilte Einwilligung zur Weiterverwendung ist stets wirksam | 1041 |
| 2. | Varianten und Ausschreibungskonformität | 1044 |
| a. | Die „ausschreibungskonforme Variante“ ist kein Paradoxon | 1044 |
| b. | Variantenregeln | 1045 |
| c. | Varianten haben auch gewöhnlich-konforme Teile | 1046 |

| | | |
|-------|--|------|
| 3. | Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Varianten | 1046 |
| a. | Grundsätzliche Zulässigkeit im konkreten Verfahren | 1046 |
| aa. | Zulässigkeit als Regel | 1048 |
| bb. | Unzulässigkeit als Regel | 1049 |
| cc. | „Besondere Bedingungen betreffend Varianten“ | 1050 |
| dd. | „Informationen“ über die Varianten | 1050 |
| ee. | Grundsätzliche Zulässigkeit heisst nicht, dass alles zulässig wäre | 1052 |
| ff. | Verbot und Beschränkung von Varianten nach freiem Ermessen | 1052 |
| (i) | Niemand hat einen Anspruch auf die Zulassung von Varianten | 1052 |
| (ii) | Definitionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers bei der Leistungsbeschreibung | 1055 |
| (iii) | Die Definitionsfreiheit betrifft auch die Zulässigkeit von Varianten | 1064 |
| (iv) | Das Diskriminierungsverbot | 1065 |
| b. | Regeln der Vergabestelle betreffend die Varianten | 1070 |
| aa. | Einschränkende Vorschriften | 1070 |
| (i) | Formvorschriften | 1072 |
| (ii) | Inhaltsvorschriften | 1072 |
| (iii) | Transparente Bekanntgabe der inhaltlichen Grenzen | 1073 |
| (iv) | Unterlassung der Bekanntgabe von subjektiv wesentlichen Punkten | 1074 |
| bb. | Ausweitende Vorschriften | 1074 |
| 4. | Allgemeine formelle Variantenregeln | 1075 |
| a. | Der Grundsatz der Zusätzlichkeit | 1075 |
| aa. | Zur Erfüllung des Grundsatzes der Zusätzlichkeit | 1076 |
| bb. | Sind Varianten ohne Grundangebot per se auszuschliessen? | 1077 |
| cc. | Der Zweck und die Grenzen des Grundsatzes der Zusätzlichkeit | 1079 |
| dd. | Gesetzlich vorbehaltene Ausnahmen vom Grundsatz der Zusätzlichkeit | 1082 |
| b. | Der Grundsatz der Vollständigkeit | 1084 |
| aa. | Erlaubte Unvollständigkeit | 1084 |
| bb. | Abdeckung aller ausgeschriebenen Bedürfnisse | 1085 |
| cc. | Adäquater Detaillierungsgrad | 1087 |
| c. | Der Grundsatz der Klarheit | 1088 |
| aa. | Formelle Klarheit | 1088 |
| bb. | Inhaltliche Klarheit | 1089 |
| cc. | Ausschluss unklarer Varianten | 1091 |

| | | |
|-----|---|------|
| 5. | Allgemeine materielle Variantenregeln | 1092 |
| a. | Nur Leistungsvarianten können zulässig sein | 1093 |
| aa. | Der Begriff der Leistungsvariante | 1093 |
| bb. | Arten von inhaltlich unzulässigen Varianten | 1096 |
| cc. | Ausdrückliche Erlaubnis von ansonsten unzulässigen Varianten | 1102 |
| dd. | Abweichende Zeitpunkte und Quoten von Teilzahlungen bei Leistungsvarianten | 1103 |
| b. | Gleichwertigkeit | 1105 |
| aa. | Der Zweck des Erfordernisses der Gleichwertigkeit | 1105 |
| bb. | Minderwertigkeit ist grundsätzlich unproblematisch, soweit sie gemessen werden kann | 1107 |
| cc. | Der Begriff der Gleichwertigkeit | 1108 |
| dd. | Wesentliche Ziele und Interessen | 1110 |
| ee. | Exkurs: Wettbewerbe und funktionale Ausschreibungen | 1113 |
| ff. | Ermittlung der wesentlichen Ziele und Randbedingungen im Einzelfall | 1114 |
| | (i) Ausdrücklich bekanntgegebene Punkte | 1114 |
| | (ii) Objektiv erkennbare sowie bekannte Punkte | 1115 |
| | (iii) Unbekannte und nicht erkennbare subjektive Punkte | 1116 |
| | (iv) Unbekannte und nicht erkennbare objektive Punkte | 1117 |
| gg. | Neue Ziele | 1118 |
| 6. | Die Gleichwertigkeit der Variante und der Vertrag | 1119 |
| a. | Keine Vertragsverpflichtung zur Gleichwertigkeit ohne Vertragsabrede | 1119 |
| b. | Die Auslegung des Varianten-Vertrags | 1120 |
| c. | Ausdrückliche Gleichwertigkeitsklauseln | 1121 |
| D. | Teilangebote | 1122 |
| 1. | Der Begriff des Teilangebots | 1122 |
| a. | Nicht alle ausgeschriebenen Leistungen | 1122 |
| b. | Teilangebote, Minderleistungsvarianten und Varianten | 1123 |
| c. | Das Gesamtangebot | 1124 |
| 2. | Zur Frage der Zulässigkeit von Teilangeboten | 1124 |
| a. | Grundsätzliche Unzulässigkeit von Teilangeboten | 1124 |
| b. | Grundsätzliche Zulässigkeit von Teilangeboten | 1127 |
| 3. | Einzellosangebote und Kombinationsangebote | 1132 |
| a. | Der Begriff des Loses | 1132 |
| b. | Getrennte und gemeinsame Ausschreibung von Losen | 1134 |
| c. | Regeln für die getrennte Ausschreibung von Losen | 1135 |
| aa. | Gewöhnliche Regeln in jedem einzelnen Verfahren | 1135 |
| bb. | Mehrere Zuschläge zugunsten eines Bieters | 1136 |

| | | |
|-----|---|------|
| cc. | Zur Berücksichtigung von Loszusammenlegungen und Mehrfachvergaben beim Zuschlag | 1137 |
| dd. | Sind auf Lose bezogene Teilnahmehürden zulässig? | 1138 |
| d. | Regeln für die gemeinsame Ausschreibung von Losen | 1140 |
| aa. | Einzellosangebote und Einzellosvergabe | 1140 |
| bb. | Kombinationsangebote und Kombinationsvergabe | 1141 |
| cc. | Transparenz über die Kombination | 1142 |
| dd. | Vergabe nur auf zulässige Kombinationsangebote | 1144 |
| ee. | Der Kombinationsentscheid | 1148 |
| ff. | Losbezogene Teilnahmevorschriften | 1149 |
| | (i) Losabschottung | 1149 |
| | (ii) Ausschluss von Einzellosbietern und faktischer Zwang zu Gesamtoffenerten | 1153 |
| V. | Erläuterung und Bereinigung des Angebots | 1155 |
| A. | Die Erläuterung des Angebots | 1155 |
| B. | Die Bereinigung des Angebots | 1158 |
| VI. | Offenkundige Fehler und weitere Irrtümer | 1162 |
| A. | Die Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern | 1163 |
| 1. | Die Begriffe | 1163 |
| 2. | Die vertragsrechtlichen Aspekte der Fehlerkorrektur | 1165 |
| 3. | Korrektur nur bei klarem Willen | 1166 |
| a. | Die Offensichtlichkeit des Fehlers an sich ist für eine Korrektur nicht ausreichend | 1166 |
| b. | Zur Klarheit des wirklichen Willens bei Schreibfehlern | 1169 |
| c. | Zur Klarheit des wirklichen Willens bei Rechnungsfehlern | 1170 |
| 4. | Erlaubte und gebotene Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehlern | 1171 |
| 5. | Ausschluss des nicht korrigierbaren Angebots? | 1173 |
| B. | Erklärungs- und Grundlagenirrtum im Vergabeverfahren | 1173 |
| 1. | Die vertragsrechtliche Behandlung von Irrtümern | 1174 |
| a. | Erklärungs- und Motivirrtum | 1174 |
| b. | Wesentlicher und unwesentlicher Irrtum | 1175 |
| c. | Unwesentlicher Irrtum hat keine Folgen | 1175 |
| d. | Wesentlicher Irrtum befreit von der Verbindlichkeit | 1176 |
| e. | Bewahrung der Verbindlichkeit: Akzept der Irrtumsbeseitigung | 1177 |
| f. | Haftung aus fahrlässigem Irrtum | 1177 |
| g. | Keine Relevanz des Irrtums bei richtigem Verständnis | 1178 |
| 2. | Die vergaberechtliche Behandlung von Irrtümern | 1179 |
| a. | Unwesentlicher Irrtum ist unerheblich | 1179 |
| b. | Wesentlicher Irrtum erlaubt den Angebotsrückzug | 1180 |
| c. | Keine Korrektur von wesentlichen Irrtümern | 1181 |
| d. | Korrektur von Irrtümern im Rahmen zulässiger Verhandlungen | 1183 |

| | | |
|--|--|------|
| e. | Keine Pflicht zur Fehlersuche | 1184 |
| 3. | Haftung aus fahrlässigem Irrtum im Kontext des Vergabeverfahrens | 1186 |
| a. | Nutzlos gewordene Aufwendungen | 1186 |
| b. | Zur Differenz zwischen irrtumsbehafteter und tatsächlich berücksichtigter Offerte | 1186 |
| aa. | Die Haftung aus fahrlässigem Irrtum ist eine Form der culpa in contrahendo | 1187 |
| bb. | Differenz-Ersatz aus Billigkeitsgründen? | 1188 |
| c. | Zur Differenz zwischen hypothetisch irrtumsfreier und tatsächlich berücksichtigter Offerte | 1189 |
| d. | Schäden aus Abbruch wegen Irrtums | 1191 |
| VII. | Die Spekulationsangebote | 1191 |
| A. | Zum Begriff der Spekulation | 1192 |
| 1. | Die spekulative Hypothese | 1192 |
| 2. | Das Spekulationsgeschäft | 1192 |
| 3. | Das Spekulationsangebot | 1194 |
| B. | Gewöhnliche Risiken und Chancen öffentlicher Auftraggeber | 1197 |
| 1. | Das gewöhnliche Mehrkostenrisiko | 1198 |
| 2. | Das gewöhnliche Mengenänderungsrisiko | 1199 |
| a. | Der Einheitspreisvertrag | 1199 |
| b. | Unechte Mehr- oder Minderkosten | 1200 |
| 3. | Das gewöhnliche Vergaberisiko | 1202 |
| a. | Infragestellung des Auswahlentscheides | 1202 |
| b. | Einsparungen bei hypothetischer Wahl eines anderen Leistungserbringers | 1202 |
| c. | Keine Infragestellung des Auswahlentscheids | 1203 |
| d. | Realisierung des Vergaberisikos | 1204 |
| e. | Ein Mengengerüst ist bei einer Mehrheit von Einheitspreisen erforderlich | 1206 |
| f. | Ausgeschriebene Möglichkeiten müssen im Offertvergleich berücksichtigt werden | 1208 |
| 4. | Die Rentabilitätschance | 1209 |
| a. | Umsatzchancen und Umsatzrisiken | 1209 |
| b. | Rentabilitätschancen und Rentabilitätsrisiken | 1209 |
| c. | Nicht jede Chancenrealisierung geht auf Spekulation zurück | 1210 |
| d. | Spekulation | 1211 |
| C. | Erscheinungsformen von Spekulationsofferten | 1211 |
| 1. | Die Vergabespekulation: | |
| reines Abpreisen im Hinblick auf die Vergabe | | 1212 |
| a. | Der Begriff der Vergabespekulation | 1212 |
| b. | Die Funktionsweise der Vergabespekulation | 1213 |

| | | |
|-----|--|------|
| c. | Beispiel einer Vergabespekulation | 1215 |
| d. | Die Vergabespekulation erhöht das Vergaberisiko | 1216 |
| e. | Ein Fall aus der Praxis: Vergabespekulation auf Alternativ-Honorarofferten | 1217 |
| 2. | Die Margenspekulation: überhöhte Margen ohne Niederschlag im Preisvergleich | 1220 |
| a. | Kombiniertes Auf- und Abpreisen verschiedener Einheitspreispositionen | 1222 |
| aa. | Die reine Preissenkung ist riskant | 1222 |
| bb. | Die Funktionsweise des kombinierten Auf- und Abpreisens | 1222 |
| cc. | Kombiniertes Auf- und Abpreisen schafft eine Chance auf zusätzliche Rentabilität | 1225 |
| dd. | Kombiniertes Auf- und Abpreisen ist riskant | 1226 |
| ee. | Kombiniertes Auf- und Abpreisen erhöht das Vergaberisiko | 1228 |
| b. | Margenspekulation auf geringen Ausschreibungsmengen | 1228 |
| c. | Spekulation auf Alternativpositionen, Optionen und Eventualpositionen | 1230 |
| aa. | Vergabe mit Bewertung aller Alternativpositionen | 1230 |
| bb. | Vergabe mit Bewertung von nur einer Alternativposition | 1232 |
| cc. | Vergabe ohne Bewertung von Optionen oder Eventualpositionen | 1233 |
| dd. | Vergabe mit Bewertung der Optionen oder Eventualpositionen | 1233 |
| d. | Spekulation auf Bestellungsänderungen beim Gesamtpreisvertrag | 1234 |
| e. | Verschiebung von mengenabhängigem Umsatz in mengenunabhängige Preise | 1234 |
| aa. | Einheitspreisverträge mit Pauschalpositionen | 1236 |
| bb. | Die Funktionsweise der Umlagerung in Pauschalpositionen | 1236 |
| cc. | Die Umlagerung verschafft dem Bieter eine Chance auf zusätzliche Rentabilität | 1239 |
| dd. | Die Umlagerung birgt Risiken für den Bieter | 1239 |
| ee. | Die Umlagerung erhöht das Vergaberisiko | 1241 |
| ff. | Zur Umlagerung in die Pauschale für Baustelleneinrichtungen | 1242 |
| 3. | Minuspreise | 1244 |
| 4. | Spekulation ausserhalb des Baubereichs | 1246 |
| D. | Zur vergaberechtlichen Behandlung von Spekulationsofferten | 1247 |
| 1. | Wissen heisst nicht spekulieren, doch kann ein Schweigen treuwidrig sein | 1248 |
| a. | Identifikation von Fehlern | 1248 |
| b. | Unbeabsichtigte und beabsichtigte Fehler | 1249 |

| | | |
|-------|---|------|
| c. | Erkennbare Fehler in Schätzungen und Prognosen | 1249 |
| d. | Nichtaufklärung über unbeabsichtigte Fehler ist treuwidrig | 1250 |
| e. | Über dem Auftraggeber bekannte Probleme muss nicht aufgeklärt werden | 1251 |
| f. | Dürfen dem Auftraggeber bekannte Fehler und dergleichen in der Preisgestaltung berücksichtigt werden? | 1252 |
| aa. | Zur Ungewissheit der Rentabilität von Einheitspreisen | 1252 |
| bb. | Risikoabfederung ist nicht treuwidrig | 1254 |
| cc. | Der Bieter muss mögliche Mengenabweichungen nicht ausblenden | 1258 |
| (i) | Preisofferte ungeachtet der Tatsachen und Erwartungen? | 1258 |
| (ii) | Die Bieter können offerieren, was sie wollen | 1259 |
| (iii) | Einheitspreise bergen namhafte Risiken | 1260 |
| (iv) | Nur Hasardeure blenden mögliche Geschehensverläufe aus | 1262 |
| (v) | Das Vergaberecht verlangt nicht, dass die Bieter Hasardeure sind | 1264 |
| dd. | Vorteilsweitergabe ist nicht treuwidrig | 1265 |
| g. | Spekulation auf Reserven | 1265 |
| 2. | Zum Ausschluss von Spekulationsofferten aus dem Vergabeverfahren | 1266 |
| a. | Vorbemerkungen | 1267 |
| aa. | Das Vertragsrecht hält in der Regel keinen Ausschlussgrund bereit | 1267 |
| bb. | Zur Erinnerung: Nicht jede Annahme ist Spekulation | 1268 |
| cc. | Zu den Preisbildungsregeln | 1269 |
| (i) | Preisbildungsregeln sind formelle Offertvorschriften | 1269 |
| (ii) | Die Verletzung von Preisbildungsregeln braucht nicht Spekulation zu sein | 1270 |
| (iii) | Ermittlung und Auslegung von Preisbildungsregeln | 1272 |
| b. | Die Ausschlussfrage bei den verschiedenen Spekulationsformen | 1273 |
| aa. | Verschiebung von Umsatz in Pauschalpositionen | 1273 |
| (i) | Der Ausschluss der Offerte, die Umsatz in Pauschalpositionen verschiebt | 1275 |
| (ii) | Zum Nachweis der Umlagerung von Umsatz in Pauschalpositionen | 1276 |
| (iii) | Kein Ausschluss bei einer Umlagerung mit nur geringfügigen Wirkungen | 1278 |
| (iv) | Der Zinsvorteil alleine rechtfertigt keinen Ausschluss | 1279 |
| (v) | Ausschluss wegen Ausnützung klarer Fehler | 1281 |

| | |
|--|------|
| (vi) Zwingender Ausschluss einer Umsatz in Pauschalpositionen umlagernden Offerte | 1281 |
| bb. Zu den übrigen Margenspekulationen | 1282 |
| (i) Spekulation auf Alternativ- oder Eventualpositionen oder Optionen | 1283 |
| (ii) Spekulation auf geringen Ausschreibungsmengen | 1284 |
| (iii) Spekulation durch kombiniertes Auf- und Abpreisen von Einheitspreispositionen | 1285 |
| cc. Zu den Vergabespekulationen | 1286 |
| E. Zur Sensitivitätsanalyse | 1288 |
| 1. Sensitivitätsanalyse lediglich zur Untersuchung | 1289 |
| 2. Sensitivitätsanalyse mit Einfluss auf den Angebotsvergleich | 1289 |
| F. Die vertragsrechtliche Behandlung von Spekulationsofferten | 1291 |
| 1. Die Gültigkeit der Spekulationsofferte | 1292 |
| 2. Die Verbindlichkeit der Spekulationsofferte | 1292 |
| 3. Ist Spekulation Täuschung? | 1294 |
| 4. Ist Spekulation Übervorteilung? | 1295 |
| 5. Ist Spekulation widerrechtlich oder unsittlich? | 1296 |
| 6. Anfechtung des über eine Spekulationsofferte geschlossenen Vertrags | 1297 |
| 7. Schweigen über erkannte klare Fehler ist treuwidrig | 1299 |
| | |
| 3. Kapitel: Die Vergabe und der Vertrag | 1303 |
| I. Das Verhältnis zwischen Vergabe- und Vertragsrecht | 1303 |
| A. Zwei Vorbemerkungen zum anwendbaren Vertragsrecht | 1303 |
| B. Die Zweischichtentheorie | 1304 |
| 1. Die parallele Geltung von Vergabe- und Vertragsrecht | 1304 |
| 2. Das Vergaberecht reguliert das Verhalten des Auftraggebers | 1311 |
| 3. Das Vergaberecht determiniert die vertragsrechtliche Lage nicht | 1316 |
| 4. Das Zusammenwirken von Vergabe- und Vertragsrecht | 1322 |
| II. Zum Gehalt und zu den Rechtswirkungen der Zuschlagsverfügung | 1326 |
| A. Abschlussverbot und Ausschreibungspflicht | 1326 |
| 1. Das grundsätzliche Verbot, Geschäfte abzuschliessen | 1327 |
| 2. Überwindung des Abschlussverbots im Vergabeverfahren | 1328 |
| a. Die Abschlusserlaubnis | 1328 |
| b. Die Abschlusserlaubnis ermöglicht nur ganz bestimmte Geschäfte | 1329 |
| c. Das Abschlussverbot ändert nichts am Vertragsrecht | 1330 |
| d. Die Abschlusserlaubnis basiert nicht immer auf einem materiell richtigen Zuschlag | 1330 |
| 3. Die Ausschreibungspflicht | 1331 |
| a. Öffentliche Ausschreibung und allgemeines Teilnahmerecht | 1331 |
| b. Vergaberechtlich gesteuerte Auswahl | 1332 |

| | |
|--|------|
| B. Der Zeitpunkt des Eintritts der Abschlusserlaubnis | 1333 |
| 1. Die Abschlusserlaubnis tritt mit der Vollstreckbarkeit des Zuschlags ein | 1334 |
| a. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im Verwaltungsverfahren | 1335 |
| aa. Der Grundsatz: Vollstreckbarkeit <i>mit</i> Eintritt der Rechtskraft | 1335 |
| bb. Die Ausnahme: Eintritt der Vollstreckbarkeit <i>ohne</i> Rechtskraft | 1336 |
| cc. Rückgängigmachung der vorzeitigen Vollstreckung | 1337 |
| b. Die Vollstreckbarkeit der vergaberechtlichen Zuschlagsverfügung | 1337 |
| aa. Die Abschlusserlaubnis tritt spätestens mit der Rechtskraft ein | 1337 |
| bb. Die vergaberechtliche Sonderregel zur Vollstreckbarkeit: der Standstill | 1338 |
| (i) Die Abwesenheit einer gesetzlichen aufschiebenden Wirkung im Vergabewesen | 1341 |
| (ii) Keine Rückgängigmachung der vorzeitigen Vollstreckung | 1341 |
| (iii) Der Standstill bei kantonalen und kommunalen Vergaben | 1342 |
| (iv) Der Standstill auf der Bundesebene | 1349 |
| cc. Abweisung aller Gesuche um aufschiebende Wirkung | 1352 |
| dd. Die Auslegung des Artikels 22 Absatz 1 BöB | 1352 |
| (i) Erlaubt das BöB den Sofortabschluss? | 1352 |
| (ii) Entscheidkompetenz für die Vergabebehörde? | 1353 |
| (iii) Zwecklose aufschiebende Wirkung? | 1354 |
| (iv) Alles nur Schein? | 1356 |
| (v) Ein nutzloser Art. 22 Abs. 1 BöB? | 1356 |
| (vi) Der Art. 22 Abs. 1 BöB ordnet einen Standstill an | 1357 |
| (vii) Das GPA gibt keine klare Antwort | 1358 |
| 2. Fortwährende Hemmung der Vollstreckbarkeit bei aufschiebender Wirkung | 1360 |
| 3. Zusammenfassung: Standstill und aufschiebende Wirkung | 1361 |
| 4. Eintritt der Vollstreckbarkeit des Zuschlags mit dem erstinstanzlichen Entscheid? | 1362 |
| a. Die Regel: Nach dem Verwaltungsgerichtsentscheid gilt kein Standstill mehr | 1363 |
| aa. Vor Bundesgericht gelten die allgemeinen Regeln | 1363 |
| bb. Kein Standstill vor Bundesgericht | 1363 |
| cc. Laut dem Bundesgericht gilt der Standstill nur vor der ersten Gerichtsinstanz | 1367 |

| | | |
|-------|--|------|
| b. | Die Präzisierung: Der Standstill überdauert den Entscheid von nicht-gerichtlichen unteren Instanzen | 1370 |
| aa. | Bern und Freiburg: Verwaltungsinterne Vorinstanzen | 1370 |
| bb. | Uri: Schlichtungsverfahren | 1372 |
| 5. | Die Fälle der ausserordentlichen Dringlichkeit | 1373 |
| 6. | Zum Verhältnis zwischen der Abschlusserlaubnis und der Richtigkeit des Zuschlags | 1374 |
| a. | Materielle Rechtmässigkeit des Zuschlags ist keine Voraussetzung der Abschlusserlaubnis | 1374 |
| b. | Materielle Rechtmässigkeit bewirkt keine Abschlusserlaubnis | 1376 |
| 7. | Zusammenfassung: Ab wann darf der Vertrag geschlossen werden? | 1377 |
| 8. | Nachtrag: Zur Zuschlagseröffnung als Voraussetzung der Abschlusserlaubnis | 1378 |
| a. | Nur der eröffnete Zuschlag kann zur Abschlusserlaubnis führen | 1378 |
| b. | Zuschlagseröffnung in den einzelnen Vergabeverfahren | 1379 |
| aa. | Ausschreibungsverfahren | 1379 |
| bb. | Einladungsverfahren | 1380 |
| cc. | Freihandverfahren | 1381 |
| dd. | Vergabeverfahren nach dem dritten Kapitel der VöB | 1383 |
| C. | Der Gehalt der Abschlusserlaubnis | 1387 |
| 1. | Der spezifische Gehalt der Abschlusserlaubnis | 1388 |
| 2. | Die Abschlusserlaubnis in persönlicher Hinsicht | 1391 |
| 3. | Die Abschlusserlaubnis in sachlicher Hinsicht | 1392 |
| a. | Die Grundlagen des erlaubten Geschäftsinhalts | 1393 |
| b. | Das Verbot der inhaltlichen Abweichungen | 1394 |
| c. | Zur Laufzeit des Vertrags im Besonderen | 1395 |
| aa. | Vereinbarung einer <i>längeren</i> Laufzeit | 1397 |
| (i) | Keine Laufzeit darf länger sein als ausgeschrieben, offeriert und zugeschlagen | 1397 |
| (ii) | Gesetzliche Maximallaufzeiten berechtigen nicht zur zuschlagswidrigen Verlängerung | 1398 |
| (iii) | Auch die neue VöB ermächtigt nicht zur Verletzung des Zuschlags | 1399 |
| bb. | Vereinbarung einer <i>kürzeren</i> Laufzeit | 1400 |
| d. | Zum Verhältnis zwischen der sachlichen Begrenzung der Abschlusserlaubnis und der Definitionsfreiheit | 1401 |
| e. | Präzisierungen sind erlaubt | 1402 |
| aa. | Nur Präzisierungen, keine Abweichungen | 1402 |
| bb. | Auch sehr weitgreifende Präzisierungen sind erlaubt | 1402 |

| | | |
|-------|--|------|
| f. | Unerhebliche Abweichungen sind erlaubt | 1404 |
| aa. | Unerheblich ist, was den Zuschlag nicht infrage stellt | 1404 |
| (i) | Was heisst unerheblich? | 1406 |
| (ii) | Unerheblich geänderte Geschäfte tangieren die Legitimität des Angebotsvergleichs nicht | 1407 |
| (iii) | Änderungen können nicht mit dem gewöhnlichen Vergaberisiko gerechtfertigt werden | 1409 |
| (iv) | Die verschiedenen Situationen | 1409 |
| bb. | Reine Begünstigung des Auftraggebers | 1410 |
| (i) | Reine Angebotsverbesserungen stellen den Zuschlag kaum infrage | 1410 |
| (ii) | Nachträgliche Rabatte und weitere Vergünstigungen | 1411 |
| (iii) | Nachträglich verbesserte Leistungen | 1412 |
| cc. | Reine Begünstigung des Zuschlagsempfängers | 1413 |
| dd. | Geschäftsänderungen im eigentlichen Sinne | 1414 |
| (i) | Unerhebliche Geschäftsänderungen sind zulässig | 1414 |
| (ii) | Hypothetischer Bieterreihenfolgesturz als Folge von Geschäftsänderungen | 1415 |
| (iii) | Grundlegende Projektänderungen erfordern eine Neuauflage des Verfahrens | 1417 |
| g. | Dringliche Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen | 1417 |
| h. | Freihändige Erteilung von Zusatzaufträgen | 1419 |
| i. | Ausgeschriebene Änderungen | 1420 |
| j. | Zuschlagswiderruf zur Vornahme von ansonsten nicht erlaubten Abweichungen | 1421 |
| 4. | Zur Abschlusserlaubnis, die im Freihandverfahren erworben wurde | 1422 |
| 5. | Die Abschlusserlaubnis ist keine Abschlusspflicht | 1422 |
| D. | Die Verletzung des Abschlussverbots | 1423 |
| 1. | Alle Verbotsverletzungen sind gleichwertig | 1424 |
| 2. | Beseitigung der Verletzung durch Änderung oder Auflösung des Vertrags | 1425 |
| 3. | Die Pflicht des Auftraggebers zur Vertragsauflösung oder Vertragsänderung | 1426 |
| 4. | Heilung der Verbotsverletzung | 1427 |
| a. | Heilung bei verfrühtem Abschluss | 1427 |
| aa. | Wann ist eine Heilung des verfrühten Abschlusses möglich? | 1427 |
| (i) | Nach einem Ausschreibungsverfahren oder nach einem kantonalen Einladungsverfahren | 1428 |
| (ii) | Nach einem überschwelligen Freihandverfahren | 1430 |
| (iii) | Nach einem überschwelligen Verfahren gemäss dem dritten Kapitel der VöB | 1430 |

| | |
|--|------|
| (iv) Gibt es aufschiebende Wirkung, ist Heilung (einstweilen) nicht möglich | 1431 |
| bb. Nach unterschwelligen Verfahren ist grundsätzlich keine Heilung erforderlich | 1431 |
| b. Heilung des in inhaltlicher oder persönlicher Hinsicht rechtswidrigen Geschäfts | 1431 |
| 5. Folgen der Verletzung des Abschlussverbots | 1432 |
| a. Vier Ansätze | 1435 |
| b. Kein direkter Eingriff der Beschwerdeinstanz in den Vertrag | 1441 |
| c. Keine Unwirksamkeit des vergaberechtswidrigen Vertrags | 1442 |
| aa. Die verschiedenen Unwirksamkeitstheorien | 1443 |
| bb. Kritik der Unwirksamkeit | 1447 |
| d. Die gerichtliche Durchsetzung der aus dem Abschlussverbot fliessenden Pflichten | 1451 |
| aa. Keine direkte Einwirkung auf den Vertrag | 1451 |
| bb. Einwirkung auf das vertragliche Verhalten des öffentlichen Auftraggebers | 1452 |
| cc. Vergaberechtliche Steuerung des vertraglichen Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers | 1455 |
| dd. Keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit | 1456 |
| ee. Eine spezielle Rechtsgrundlage ist nicht erforderlich | 1457 |
| (i) Kein vergaberechtlicher oder gerichtlicher Eingriff in den Vertrag | 1457 |
| (ii) Vergaberecht ist Steuerung des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers | 1457 |
| (iii) Vertragsauflösung als gesteuertes Verhalten | 1458 |
| 6. Durchsetzung des Vergaberechts bei Verletzung des Abschlussverbots | 1460 |
| a. Zur Bestimmung der dem Auftraggeber aufzuerlegenden Verhaltensweise | 1460 |
| aa. Beachtung des Vertragsrechts | 1461 |
| bb. Wahrung der Allgemeininteressen | 1462 |
| (i) Der Vertragspartner wird durch das Vertragsrecht geschützt | 1462 |
| (ii) Berücksichtigung des Allgemeininteresses | 1462 |
| (iii) Keine Rückabwicklung | 1463 |
| (iv) Keine Berücksichtigung von rein finanziellen Interessen | 1464 |
| b. Der Weg zu den Massnahmen betreffend den Vertrag | 1466 |
| aa. Bei verfrühtem Vertragsschluss | 1466 |
| bb. Bei <i>persönlich</i> falschem Vertragsschluss | 1467 |
| cc. Bei <i>sachlich</i> falschem Vertragsschluss | 1467 |

| | | |
|------|---|------|
| dd. | Von Amtes wegen angeordnete Massnahmen | 1469 |
| c. | Vorsorgliche Massnahmen | 1470 |
| aa. | Allgemeine Regeln | 1471 |
| bb. | Die Fälle des offenkundig verfrühten Vertragsabschlusses | 1474 |
| | (i) Offenkundig verfrüht | 1474 |
| | (ii) Sofortige Auflösung offenkundig verfrüht geschlossener Verträge | 1475 |
| | (iii) Die umgehende Auflösung von klar verfrüht geschlossenen Verträgen ist nicht präjudizierend | 1476 |
| cc. | Die übrigen Fälle | 1477 |
| | (i) Unklarheit der Vergaberechtswidrigkeit vor dem Endentscheid | 1477 |
| | (ii) Unklarheit über den verfrühten Vertragsschluss | 1478 |
| | (iii) Die Behauptung des persönlich oder sachlich falschen Vertrages | 1479 |
| | (iv) Der Unterschied zum offenkundig unerlaubten Abschluss | 1481 |
| | (v) Keine präjudizierenden Massnahmen | 1481 |
| | (vi) Der Vorbehalt der späteren Anordnung von Massnahmen | 1482 |
| | (vii) Befehl zur Sistierung der Vertragserfüllung | 1482 |
| d. | Endgültige Massnahmen | 1484 |
| aa. | Die Voraussetzungen des Primärrechtsschutzes gegenüber vergaberechtswidrigen Verträgen | 1484 |
| bb. | Keine Massnahmen, wo der Vertrag nicht mehr besteht oder schon erfüllt ist | 1484 |
| cc. | Unverzögliche Vertragsauflösung | 1485 |
| dd. | Offenlassung der Alternative der inhaltlichen Korrektur | 1489 |
| e. | Wie geht es nach der Umsetzung der Massnahme weiter? | 1490 |
| | aa. Nach einer Vertragsauflösung | 1490 |
| | bb. Nach einer geforderten Änderung des Vertragsinhalts | 1491 |
| f. | Strafandrohungen zur Bekräftigung des Verbots | 1492 |
| III. | Der Widerruf der Zuschlagsverfügung | 1492 |
| A. | Der Widerruf und die Rücknahme | 1493 |
| | 1. Der Begriff des Zuschlagswiderrufs | 1494 |
| | 2. Der Begriff der Rücknahme (Wiedererwägung) | 1496 |
| | 3. Das Vorgehen der Vergabestelle nach einer Rücknahme | 1499 |

| | |
|--|------|
| B. Die Voraussetzungen des Widerrufs (Widerrufsgründe) | 1501 |
| 1. Persönliche Widerrufsgründe | 1501 |
| a. Weggefallene oder nicht vorhandene Eignung | 1502 |
| aa. Die nachträglich eintretende oder bekanntwerdende Nichteignung | 1502 |
| bb. Ausnahmsweise Berufung auf einen bekannten Eignungsmangel | 1503 |
| cc. Nach dem Zuschlag ist der Masstab weniger streng | 1503 |
| dd. Konkurs des Zuschlagsempfängers | 1504 |
| ee. Wegfallen von Subunternehmern und Lieferanten | 1504 |
| b. Nichterfüllung von vergaberechtlichen Grundvoraussetzungen | 1506 |
| c. Zerstörung des Vertrauensverhältnisses und Scheitern der Verhandlungen | 1506 |
| aa. Falsche Angaben und ungerechtfertigtes Schweigen | 1506 |
| bb. Berufliches Fehlverhalten | 1507 |
| cc. Grundsätzlich sind nur nach dem Zuschlag bekanntwerdende Gründe erheblich | 1508 |
| dd. Das endgültige Scheitern der Vertragsverhandlungen als Widerrufsgrund | 1508 |
| d. Unzulässige Abreden | 1510 |
| e. Angebotsmängel sind grundsätzlich kein Widerrufsgrund | 1511 |
| 2. Sachliche Widerrufsgründe | 1512 |
| a. Leistungsänderungen | 1512 |
| b. Leistungsverzicht | 1514 |
| aa. Der definitive Verzicht ist immer ein zulässiger Widerrufsgrund | 1514 |
| bb. Ein Teilverzicht ist eine Projektänderung | 1515 |
| cc. Zur Frage des Nutzens eines Widerrufs bei definitivem Verzicht | 1516 |
| c. Abbruch nach Zuschlagserteilung? | 1516 |
| C. Fakultativer und zwingender sowie unmöglicher Widerruf | 1520 |
| 1. Der fakultative Widerruf | 1521 |
| 2. Der zwingende Widerruf | 1521 |
| 3. Anspruch der Konkurrenten auf Erlass eines Widerrufs | 1521 |
| 4. Der unzulässige Widerruf | 1522 |
| 5. Nach dem Vertragsschluss ist ein Widerruf weder nötig noch möglich | 1522 |
| D. Das Vorgehen nach einem Widerruf oder einer Rücknahme | 1524 |
| 1. Der Rückstieg ins Vergabeverfahren nach Rücknahme oder Widerruf | 1525 |
| a. Rücknahme und Widerruf reaktivieren das Vergabeverfahren | 1525 |
| b. Alle nicht rechtskräftig ausgeschlossenen Bieter sind grundsätzlich teilnahmeberechtigt | 1525 |

| | | |
|-------|---|------|
| c. | Die Zuschlagsanfechtung ist keine Voraussetzung für die weitere Verfahrensteilnahme | 1526 |
| aa. | Der Widerruf erfolgt unabhängig von einem allfälligen Beschwerdeverfahren | 1528 |
| bb. | Nur ein breiter Bieterkreis sichert Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit | 1528 |
| cc. | Ein Akzept der Nichtberücksichtigung ist unerheblich | 1529 |
| d. | Nur Bieter, die an die Offerte gebunden sind oder sein wollen | 1530 |
| 2. | Das weitere Vorgehen | 1530 |
| a. | Nach einer Zuschlagsrücknahme | 1530 |
| b. | Nach einem Zuschlagswiderruf aus <i>persönlichen</i> Gründen | 1532 |
| aa. | Die Stellung des vormaligen Zuschlagsempfängers | 1532 |
| bb. | Das weitere Vorgehen der Vergabestelle | 1533 |
| cc. | Zur Vollstreckbarkeit des Widerrufs | 1535 |
| (i) | Die Vollstreckbarkeit des Widerrufs ist Voraussetzung für das weitere Handeln | 1535 |
| (ii) | Das Vorgehen nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Widerrufs | 1536 |
| c. | Nach einem Zuschlagswiderruf aus <i>sachlichen</i> Gründen | 1537 |
| aa. | Bei nicht (mehr) vorhandenem Beschaffungsbedarf | 1538 |
| bb. | Bei grundlegender Projektänderung | 1538 |
| cc. | Bei erheblicher, aber nicht grundlegender Änderung | 1540 |
| (i) | Abbruch und Neuausschreibung | 1540 |
| (ii) | Nachofferten und Neuvergabe | 1541 |
| (iii) | Auch der vormalige Zuschlagsempfänger ist zu den Nachverhandlungen einzuladen | 1543 |
| E. | Zuschlagswiderruf und Rechtsschutz | 1544 |
| 1. | Beschwerdelegitimation im Zusammenhang mit dem Zuschlagswiderruf | 1545 |
| a. | Der Zuschlagsempfänger ist immer legitimiert, den Widerruf anzufechten | 1545 |
| b. | Konkurrenten sind nicht legitimiert, den Widerruf zu <i>bekämpfen</i> | 1547 |
| c. | Konkurrenten können legitimiert sein, einen Widerruf zu <i>erstreiten</i> | 1548 |
| 2. | Gutheissung der Widerrufsbeschwerde | 1548 |
| IV. | Entstehung und Leben des Vertrags | 1549 |
| A. | Keine Kontrahierungspflicht | 1550 |
| 1. | Der Auftraggeber muss immer nur das Abschlussverbot beachten | 1550 |
| 2. | Der Auftraggeber ist zum Vertragsschluss nie verpflichtet | 1552 |
| 3. | Der Zuschlagsempfänger ist nur vertragsrechtlich verpflichtet | 1553 |

| | |
|--|------|
| B. Die Vertragsverhandlungen (Detailverhandlungen) | 1554 |
| 1. Zum Gegenstand der Detailverhandlungen | 1555 |
| a. Die Zuschlagsfestlegungen bilden die Schranke der Verhandlungserlaubnis des Auftraggebers | 1555 |
| b. Verhandlungsfreiheit innerhalb der Abschlusserlaubnis | 1556 |
| c. Zum Problem der Verschärfung der Konditionen | 1558 |
| aa. Innerhalb der Abschlusserlaubnis gibt es keine Inhaltskontrolle | 1558 |
| bb. Die einseitige Verschärfung kann treuwidrig sein und zur Haftung führen | 1561 |
| 2. Der Gang der Detailverhandlungen | 1565 |
| a. Die Einleitung | 1565 |
| aa. Einleitung durch den Auftraggeber oder den Zuschlagsempfänger | 1565 |
| bb. Der Zeitpunkt der Einleitung | 1565 |
| cc. Zur „verfrühten“ Einleitung der Verhandlungen | 1567 |
| (i) Die Detailverhandlungen dürfen das Abschlussverbot nicht tangieren | 1567 |
| (ii) Die Detailverhandlungen dürfen den Zuschlag nicht beeinflussen | 1567 |
| b. Die Bindung des Zuschlagsempfängers während der Detailverhandlungen | 1568 |
| aa. Eine Verhandlungseinladung berührt die Verbindlichkeit der Zuschlagsofferte nicht | 1568 |
| bb. Das Wegfallen der Verbindlichkeit der Zuschlagsofferte | 1570 |
| (i) Das Wegfallen ändert nichts an späteren Offerten und auch nichts am Abschlussverbot | 1570 |
| (ii) Verhandlungen dürfen trotz Wegfallens der Verbindlichkeit geführt werden | 1571 |
| c. Wer erklärt in den Verhandlungen was? | 1572 |
| 3. Die Einigung | 1572 |
| a. Annahme einer Verhandlungsofferte (oder der Zuschlagsofferte) | 1572 |
| b. Meistens hat der Auftraggeber das letzte Wort | 1573 |
| 4. Die Nichteinigung | 1575 |
| a. Gründe für das Scheitern der Verhandlungen | 1575 |
| b. Zum Vorgehen nach dem Scheitern der Verhandlungen | 1576 |
| aa. Widerruf der Zuschlagsverfügung | 1576 |
| bb. Annahme einer verbindlichen Offerte | 1577 |
| 5. Pro Memoria: Keine Kontrahierungspflicht, kein Kontrahierungsanspruch | 1577 |

| | |
|---|------|
| C. Der Vertragsschluss | 1578 |
| 1. Beendigung des Vergabeverfahrens | 1578 |
| 2. Zustandekommen und Gültigkeit des Vertrags | 1579 |
| 3. Zur Schriftlichkeit | 1580 |
| a. Die gesetzlichen Schriftlichkeitsregeln | 1580 |
| b. Durch den Auftraggeber vorbehaltene Schriftlichkeit | 1581 |
| c. Durch den Bieter vorbehaltene Schriftlichkeit | 1583 |
| d. Schriftlichkeit und elektronischer Vertragsschluss | 1583 |
| 4. Vertragsschluss durch mündliche oder konkludente Erklärung | 1584 |
| D. Vertragserfüllung und Vertragsänderung | 1584 |
| 1. Die zuschlagsgemässe Erfüllung ist vergaberechtskonform | 1584 |
| 2. Vertragsänderungen sind grundsätzlich verboten | 1585 |
| 3. Unerhebliche Änderungen sind erlaubt | 1586 |
| 4. Ausgeschriebene Änderungen sind erlaubt | 1586 |
| a. Erlaubt ist, was zugeschlagen wurde | 1586 |
| b. Arten von ausgeschriebenen Änderungen | 1588 |
| c. Die Änderungsmöglichkeiten dürfen die Genauigkeit der Ausschreibung nicht berühren | 1588 |
| d. Beststellungsänderungsrechte | 1589 |
| aa. Gemäss den Art. 84 ff. SIA-118 | 1589 |
| bb. Andere einseitige Änderungsrechte | 1590 |
| e. Optionen und Alternativen | 1590 |
| 5. Freihandvergabe ist erlaubt (wenn sie erlaubt ist) | 1592 |
| a. Freihandvergabe und bisherige Abschlusserlaubnis | 1592 |
| b. Die Pflicht zur Vermeidung und Eindämmung von Freihand-Sachverhalten | 1593 |
| c. Ausserordentliche Dringlichkeit | 1594 |
| d. Spezifisch vorgesehene freihändige Vertragserweiterungen | 1594 |
| e. Liquidation des bisherigen Leistungserbringers | 1596 |
| 6. Änderungen der Vertragsdauer | 1596 |
| E. Zu den Rahmenverträgen | 1597 |
| 1. Die Vergabe des Rahmenvertrags | 1597 |
| 2. Der Abschluss der Einzelverträge unter dem Rahmenvertrag | 1600 |
| 3. Die Abweichung vom Rahmenvertrag | 1602 |
| 4. Die Änderung eines Einzelvertrags | 1602 |
| F. Die vorzeitige Vertragsauflösung | 1603 |
| 1. Das Vertragsrecht regelt die Vertragsauflösung alleine | 1603 |
| 2. Nach der Auflösung regelt das Vergaberecht das weitere Vorgehen des Auftraggebers | 1606 |

| | |
|---|------|
| Die wichtigsten Erkenntnisse | 1609 |
| I. Betreffend den subjektiven Geltungsbereich | 1609 |
| II. Betreffend den objektiven Geltungsbereich | 1611 |
| III. Betreffend die internen Vergaben | 1614 |
| IV. Betreffend die Anbieter | 1616 |
| V. Betreffend das Angebot | 1620 |
| VI. Betreffend den Vertrag | 1626 |
| Stichwortverzeichnis | 1633 |