

Christoph Jäger

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Die Vorbefassung des Anbieters
im öffentlichen Beschaffungsrecht**

Inhalt

Abkürzungen	XIX
Rechtsquellen und Materialien	XXV
Literatur	XXXI

Einleitung	1
-------------------------	----------

1. Teil: Grundlagen	5
----------------------------------	----------

I. Überblick über das öffentliche Beschaffungsrecht	5
A. Geltungsbereich und Rechtsgrundlagen	5
1. Geltungsbereich	5
2. Rechtsgrundlagen	7
a. Staatsvertragliche Vorgaben	7
b. Beschaffungen auf eidgenössischer Ebene	8
c. Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene	9
d. Verhältnis zum Privatrecht	10
B. Ziele und Grundsätze des Vergaberechts	11
1. Wirtschaftlichkeit und wirksamer Wettbewerb	12
2. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	12
3. Transparenz	14
C. Vergabeverfahren	14
1. Phasen des Beschaffungsvorgangs	14
2. Verfahrensarten	15
3. Ablauf des Vergabeverfahrens	17
4. Zum Ausschluss im Besonderen	19
5. Kontakte zwischen Vergabebehörde und Anbietern	20
II. Vergaberechtliche Vorbefassung	22
A. Begriff und Arten	22
1. Begriff	22
2. Arten	24
B. Beizug eines Anbieters zur Beschaffungsvorbereitung	25
1. Gründe	26
a. Anforderungen an die Projektierung und Vorbereitung	26
b. Fehlendes Fachwissen	28

(1) Fachwissen der Beschaffungsstelle.....	28
(2) Art des Beschaffungsvorhabens.....	29
(3) Rückgriff auf verwaltungsexternes Fachwissen.....	31
c. Fehlende Ressourcen	32
2. Vorbereitungsbeschaffung	33
3. Rechtsstellung des beigezogenen Anbieters.....	34
a. Auftragnehmer	34
b. Verwaltungshelfer.....	35
C. Problematik der vergaberechtlichen Vorbefassung.....	37
1. Neutralitätsgebot und praktische Bedürfnisse	37
2. Gefährdung der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs	38
a. Manipulation der Beschaffung («Zuschneiden»).....	38
b. Informationsasymmetrie	40
c. Interessenkonflikte.....	42
D. Lösungsansätze	43
1. Vermeidung der Vorbefassung.....	43
a. Funktionale Ausschreibung	44
b. Optionen und Rahmenverträge	45
(1) Erstauftrag mit optionalen Folgeaufträgen.....	46
(2) Rahmenverträge.....	46
c. Wettbewerbe und Studienaufträge	47
d. Dialog während des Vergabeverfahrens	48
(1) Unternehmensvarianten.....	48
(2) Offertverhandlungen	49
e. Wettbewerblicher Dialog	50
2. Begrenzung der Vorbefassung	51
a. Fachgremium aus Anbieter-Vertretern	51
(1) Zweck und Zulässigkeit	52
(2) Vor- und Nachteile.....	52
b. Punktueller Beizug, selektive Information.....	53
c. «Chinese Walls»	55
(1) Begriff und Funktion.....	55
(2) Übertragbarkeit auf die Vorbefassungsproblematik	56
(3) Informationsschranken im Machtbereich der Anbieterin.....	57

III. Abgrenzung zur Ausstandspflicht	59
A. Ausstandspflicht von Amtspersonen	59
1. Verfahrensrechtliche Sicherung der Unbefangenheit.....	59
2. Geltungsbereich der Ausstandspflicht.....	60
3. Ausstandsgründe	61
a. Interessenkonflikte.....	61
b. Vorbefassung	61
(1) Vorbefassung als Ausstandsgrund	62
(2) Andere «Vorbefassungen».....	62
B. Ausstandspflicht im Vergabeverfahren	63
1. Ausstandspflicht von Personen der Vergabebehörde.....	63
a. Mitglieder der Vergabebehörde	63
b. Hilfspersonen der Vergabebehörde.....	64
2. Ausstandspflicht des vorbefassten Anbieters?	66
a. Ausstandspflicht in der Vorbereitungsphase.....	66
b. Ausstandspflicht im Vergabeverfahren.....	67
c. Überlagerte Vorbefassung	67
d. Fazit	68
C. Würdigung	69
IV. Normierung der vergaberechtlichen Vorbefassung.....	71
A. Vorbemerkungen.....	71
1. Gesetzgeberisches Instrumentarium.....	71
2. Präventiver und reaktiver Regelungsansatz	72
3. Gegenwärtige Regelungssituation	73
B. General Procurement Agreement.....	73
1. Inhalt und Zweck von Art. VI Ziff. 4 GPA	74
2. Geltungsbereich von Art. VI Ziff. 4 GPA	75
C. Beschaffungsrecht des Bundes.....	77
D. Beschaffungsrecht der Kantone.....	78
1. Trennung der Auftraggeber- und der Anbieterseite	78
a. Übernahme von Art. VI Ziff. 4 GPA	79
b. Unabhängigkeits- oder Unvereinbarkeitsbestimmungen	79
(1) Unabhängigkeit der Beschaffungsstelle von den Anbietern	80
(2) Unvereinbarkeit von Behördentätigkeit und Angebotseingabe.....	80

2. Verfahrensausschluss des vorbefassten Anbieters	82
a. Übernahme von § 8 VRöB.....	83
b. Eigenständige Ausschlussregelungen	84
(1) Ausschreibungsunterlagen als Anknüpfungsobjekt	85
(2) Kombination mit einem Auffangtatbestand	86
(3) Wissensvorsprung als Anknüpfungsobjekt	87
E. Vergabe- und Verfassungsgrundsätze	88
F. Würdigung	89
Zusammenfassung I. Teil.....	91
2. Teil: Tatbestand der Vorbefassung	95
I. Vorbemerkungen.....	95
A. Bedingungen der Tatbestandsbestimmung.....	95
1. Ausgangspunkt: Begriff und Normierung der Vorbefassung	95
2. Spannungsverhältnis zwischen hoher und geringer Normdichte.....	96
3. Abgrenzung des Tatbestandes zur Zulässigkeitsfrage und Rechtsfolge.....	98
B. Tatbestandsmerkmale im Überblick.....	99
II. Anbieterin.....	100
A. Funktion des Tatbestandsmerkmals	101
B. Begriff der Anbieterin	102
III. Beteiligung an der Beschaffungsvorbereitung	103
A. Zeitlich: «Beschaffungsvorbereitung»	103
1. Anknüpfungspunkt: Verwaltungsinterne Vorbereitung	103
2. Beginn der Vorbereitungsphase	105
3. Ende der Vorbereitungsphase.....	106
B. Sachlich: «Beteiligung»	107
1. Anknüpfung an das bloße Tätigwerden	107
2. Nicht massgebend: Art und Umfang der Mitwirkung, Organisation und Funktion.....	107
IV. Dieselbe Beschaffung.....	110
A. Erfordernis des Sachzusammenhangs	110
B. Inhaltliche Überschneidung.....	112
1. Referenzpunkt: Beschaffungsgegenstand.....	112
a. Massgeblichkeit der Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	113

b. Grenzen der Planungs- und Ausgestaltungsfreiheit	114
2. Vergleich mit der früheren Tätigkeit.....	116
a. Inhaltliche Überschneidung	116
b. Keine inhaltliche Überschneidung.....	118
C. Vorbereitungscharakter der früheren Tätigkeit	119
1. Akzessorietät des früheren Auftrages.....	119
2. Akzessorische und eigenständige Beschaffungen	120
V. Wettbewerbsvorteil	122
A. Notwendigkeit eines Wettbewerbsvorteils	122
B. Massstab: wirksamer Wettbewerb.....	124
1. Wirtschaftsverwaltungs- und Wettbewerbsrecht.....	125
2. Vergaberecht	126
C. Wettbewerbsvorteile der Vorbefassung	127
1. Manipulierte Ausschreibung	128
a. Missbräuchliche Beeinflussung der Anforderungsseite	128
b. Fehlende Kompensation.....	129
2. Wissensvorsprung	130
a. Asymmetrische Information als Wettbewerbsvorteil.....	130
b. Kausalität des Zusatzwissens	131
c. Projektbezogenes, exklusives und verwertbares Wissen	132
d. Fehlende Kompensation.....	134
3. Psychologische Vorteile?.....	134
VI. Tatbestandsvarianten: Direkte und indirekte Vorbefassung	136
A. Vorbemerkungen.....	136
B. Direkte Vorbefassung.....	137
1. Identität von Anbieterin und mitwirkender Person	137
2. Direkte Vorbefassung juristischer Personen	138
a. Wissenszurechnung gemäss Zivilrecht	138
b. Konsequenzen für den Vorbefassungstatbestand.....	139
C. Indirekte Vorbefassung	141
1. Ausgangspunkt: Umgehungsanfälligkeit der direkten Vorbefassung ..	141
2. Zurechnung aus wirtschaftlicher Betrachtung.....	142
a. Begriff und Zweck der indirekten Vorbefassung.....	142
b. Zurechnung als normativer Wertungsentscheid.....	143
3. Zurechnungskriterium: Enge Verbindung	144
a. Rechtsprechung und Lehre	144

b.	Wahrscheinlichkeit des Wissensflusses oder der Begünstigung ...	145
(1)	Gefahr der Tatbestandsausuferung	146
(2)	Verlangter Wahrscheinlichkeitsgrad	146
c.	Intensität der Verbindung	147
4.	Beherrschungsverhältnis	148
a.	Beherrschung im Konzernrecht	149
(1)	Unternehmenszusammenfassung	149
(2)	Einheitliche wirtschaftliche Leitung	150
b.	Rückgriff auf den konzernrechtlichen Beherrschungsbegriff	150
(1)	Grundsätzliche Übertragbarkeit auf die indirekte Vorbefassung	151
(2)	Tatsächliche Beherrschung	152
(3)	Hinweis zur Beweissituation.....	154
c.	Fazit	154
5.	Auffangtatbestand: «andere rechtliche, tatsächliche oder persönliche Umstände»	155
a.	Zweck und Notwendigkeit eines Auffangtatbestandes	155
(1)	Ergänzung des Beherrschungs-Kriteriums.....	155
(2)	Einzelfallbeurteilung und Fallgruppen.....	157
b.	Teilidentität zwischen mitwirkender und anbietender Person	157
(1)	Bietergemeinschaften und Kollektivgesellschaften	157
(2)	Zurechnungsgründe	159
c.	Weitere wirtschaftliche Verbindungen	160
(1)	Massstab: qualifizierte Geschäftsbeziehung	161
(2)	Lieferant-Abnehmer-Verhältnis.....	162
(3)	Vorbefasster Subunternehmer.....	163
(4)	Gemeinschaftsunternehmen, besondere Marktsituationen und kartellrechtliche Sachverhalte.....	164
d.	Persönliche Verbindungen.....	165
(1)	Verbindung zu einer natürlichen oder über eine natürliche Person.....	165
(2)	Geschäftsbesorgungsverträge.....	167
(3)	Organschaft.....	168
(4)	Inhaberschaft von Beteiligungsrechten	170
(5)	Verwandtschaft, Freundschaft	170
VII.	Beweisfragen.....	172
A.	Beweisthema	172

B. Beweismass	173
1. Beweisanforderungen	173
2. Nachweis der Vorbefassung im Allgemeinen	174
3. Nachweis des Wettbewerbsvorteils im Besonderen	175
a. Beweisschwierigkeiten	175
(1) Feststellung der Wettbewerbsvorteile	175
(2) Feststellung der Auswirkungen auf den Wettbewerb	176
b. Beweiserleichterungen	176
(1) Mögliche Beweiserleichterungen	176
(2) Rechtsprechung und Lehre	177
(3) Reduktion des Beweismasses auf Glaubhaftmachen	179
C. Beweislastverteilung	180
1. Untersuchungsmaxime und Mitwirkungspflicht	180
2. Objektive Beweislast	181
a. Beweislast der Anbieter gemäss Rechtsprechung	181
(1) Korrektur der Beweislastverteilung durch das Bundesgericht	181
(2) Würdigung	182
b. Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 8 ZGB	184
(1) Übertragbarkeit ins Verwaltungs- bzw. Vergaberecht	184
(2) Beweislastverteilung nach Günstigkeitsprinzip	185
c. Weitere Kriterien zur Verteilung des Aufklärungsrisikos	186
(1) Prinzip der Erhaltung des Status quo	186
(2) Regel-Ausnahme-Argument	187
(3) Beweisnähe	187
(4) Mitwirkungspflicht	188
d. Differenzierte Beweislastverteilung	188
Zusammenfassung 2. Teil	191
3. Teil: Zulässigkeit der Verfahrensteilnahme	195
I. Vorbemerkungen	195
A. Terminologische Klärung	195
B. Konzeptionelle Klärung	196
II. Unzulässigkeit mit Ausnahmeverbehalt	197
A. Grundsatz	197
1. Verankerung in Rechtsprechung und Lehre	197

2.	Kasuistik.....	199
a.	Erstellen der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen	200
b.	Abgabe von Kostenschätzungen und Richtofferten	201
c.	Grundlagenerarbeitung und Vorabklärungen.....	202
B.	Ausnahmen.....	204
1.	Geringe Anzahl Anbieter	205
2.	Untergeordnete Mitwirkung.....	206
3.	Weitere Ausnahmen?	209
C.	Stellungnahme der Lehre	210
1.	Punktuelle Kritik	210
2.	Differenzierung	212
D.	Würdigung	213
1.	Normverständnis	213
a.	Analogie zur Ausstandspflicht als Ursprung.....	213
b.	Normen zur Vorbefassung als konditionale Regeln.....	214
2.	Ausnahmetatbestände.....	215
3.	Idee der Interessenabwägung	217
III.	Zulässigkeitsbeurteilung durch Interessenabwägung	218
A.	Zur Interessenabwägung im Allgemeinen.....	219
1.	Zweck und Voraussetzungen	219
2.	Methodische Schritte.....	220
B.	Zulässigkeit und Zweckmässigkeit	221
1.	Interessenkollision.....	221
a.	Pluralität gleichrangiger Rechtsziele im Beschaffungsrecht.....	221
b.	Zwingender Interessenkonflikt im Fall der Vorbefassung	222
2.	Konkretisierungsbedürftige oder lückenhafte Regelung	223
3.	Ergebnis und Stellungnahme der Lehre	224
a.	Interessenabwägung als adäquates Entscheidmittel.....	224
b.	Implizite Interessenabwägung in der Praxis	225
c.	Unvereinbarkeit mit der Rechtsgleichheit?.....	225
C.	Interessenlage.....	226
1.	Rechtlich anerkannte Interessen.....	227
a.	Öffentliche Interessen	227
b.	Private Interessen	228
c.	Verwischung der Grenzen bei der Interessenwahrung.....	228

2.	Sachlich berührte Interessen.....	229
a.	Gleichbehandlungs- und Wirtschaftlichkeitsinteressen	229
b.	Transparenz- und Rechtssicherheitsinteressen	231
c.	Wirtschaftliche und Vertrauensschutzinteressen der Anbieter	231
D.	Bewertung und Abwägung der Interessen.....	233
1.	Positivierte Wertungsmaßstäbe.....	233
a.	Fehlen vergaberechtsspezifischer Wertungen	234
b.	Verhältnismässigkeit als überdachendes Prinzip	235
2.	Bewertungskriterien	236
a.	Katalog beispielhafter Wertungsgesichtspunkte	236
b.	Auswirkungen auf den Bieterwettbewerb	237
c.	Wettbewerbsvorteil der Vorbefassung.....	238
(1)	Art des Wettbewerbsvorteils	239
(2)	Grösse und Bedeutung des Wettbewerbsvorteils	240
(3)	Indizien: Art und Intensität der Mitwirkung	241
d.	Ausgleichsmöglichkeit.....	243
e.	Bedeutung des Auftrags für die Anbieter.....	244
f.	Art der Ausschreibung und des Beschaffungsvorhabens	244
(1)	Bestimmtheitsgrad der Ausschreibung	244
(2)	Komplexität der Beschaffung	245
g.	Vorgehen und Fachwissen der Beschaffungsstelle	246
(1)	Organisation der Beschaffungsvorbereitung	247
(2)	Administratives Kontrollwissen.....	248
h.	Weitere Gesichtspunkte	249
3.	Abwägung der Interessen	250
	Zusammenfassung 3. Teil.....	252
4.	Teil: Rechtsfolgen der Vorbefassung	253
I.	Rechtsfolgen bei Zulässigkeit der Verfahrensteilnahme	253
A.	Gleichbehandlung mit Begleitmassnahmen	253
B.	Herstellung von Transparenz.....	254
1.	Inhalt der Offenlegung	255
2.	Zeitpunkt und Form.....	256
3.	Folgen unterbliebener Offenlegung.....	257
C.	Anordnung und Vollzug von Ausgleichsmassnahmen.....	258
1.	Begriff und Funktion der Ausgleichsmassnahmen.....	258

2.	Massnahmenauswahl.....	260
a.	Kriterien: konkreter Wettbewerbsvorteil und Verhältnismässigkeit.....	260
b.	Grenzen des Ausgleichs.....	261
3.	Einzelne Ausgleichsmassnahmen.....	262
a.	Herstellung der Neutralität der Ausschreibung.....	262
b.	Erweiterte Akteneinsicht und zusätzliche Auskünfte.....	264
c.	Angepasste Eingabefristen, Anordnung von Nachfristen.....	266
d.	Berücksichtigung bei der Angebotsbewertung?.....	267
II.	Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit der Verfahrensteilnahme.....	268
A.	Informations- und Durchsetzungspflicht der Vergabebehörde.....	269
1.	Aufklärungspflicht und Herstellung von Transparenz.....	269
a.	Vorwirkung: Aufklärungspflicht vor dem Beizug.....	269
b.	Offenlegung des Ausschlusses.....	270
2.	Präventive und reaktive Durchsetzung des Teilnahmeverbots.....	271
a.	Verhinderung der Verfahrensteilnahme.....	272
b.	Ausschlussverfahren.....	273
c.	Abbruch und Wiederholung des Verfahrens.....	275
B.	Rügepflicht der Konkurrenten.....	276
1.	Bestand.....	277
a.	Ausfluss von Treu und Glauben.....	277
b.	Würdigung.....	279
2.	Voraussetzungen, Zeitpunkt und Form der Rüge.....	280
a.	Möglichkeit und Zumutbarkeit.....	281
b.	Sofortige schriftliche Rüge.....	283
3.	Rechtsfolge verspäteter Geltendmachung.....	283
	Zusammenfassung 4. Teil.....	285
	5. Teil: Rechtsschutz und Haftung.....	287
I.	Vergaberechtliche Rechtsschutz- und Haftungsordnung.....	287
A.	Rechtsschutz bei öffentlichen Beschaffungen.....	287
1.	Ziel und Verhältnis zur allgemeinen Verwaltungsrechtspflege.....	287
2.	Beschaffungen des Bundes.....	288
3.	Beschaffungen der Kantone und Gemeinden.....	290
B.	Schadenersatz bei öffentlichen Beschaffungen.....	291
1.	Haftung aus öffentlichem Recht.....	291

2. Haftung aus Privatrecht	294
3. Konkurrenzen	296
II. Rechtsschutzfragen zur Vorbefassung des Anbieters	297
A. Anfechtungsobjekte	297
1. Selbständig anfechtbare Verfahrensentscheide	298
2. Separate Ausschlussverfügung	300
B. Parteien und Beschwerdelegitimation	301
1. Kreis der Verfahrensbeteiligten	301
a. Ausschlussverfahren von Amtes wegen	301
b. Ausschlussbegehren des Konkurrenten	302
2. Beschwerdelegitimation	303
a. Beschwerdebefugnis der Anbieter im Allgemeinen	303
b. Materielle Beschwer im Besonderen	304
C. Beschwerdeentscheid	306
1. Bestätigung des Status quo oder Korrektur im Verfahren	307
2. Gutheissung der Beschwerde gegen den Zuschlag	308
a. Zu Unrecht erfolgter oder unterlassener Ausschluss	308
b. Wiederholung des Verfahrens?	309
III. Haftung in Vorbefassungsfällen	311
A. Haftung der Vergabebehörde	311
1. Rechtswidriger Ausschluss	311
2. Verspäteter Ausschluss	313
3. Rechtswidriger Zuschlag	315
B. Haftung des vorbefassten Anbieters	316
1. Gegenüber der Vergabebehörde	316
2. Gegenüber den Konkurrenten	317
a. Problem der Widerrechtlichkeit	317
b. Vertrauenshaftung zwischen den Anbietern?	319
Zusammenfassung 5. Teil	321
Schluss	325
Stichwortverzeichnis	329