

**Christoph Jäger**

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Die Vorbefassung des Anbieters  
im öffentlichen Beschaffungsrecht**

---

# Inhalt

Abkürzungen .....	XIX
Rechtsquellen und Materialien .....	XXV
Literatur .....	XXXI

<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
-------------------------	----------

<b>1. Teil: Grundlagen .....</b>	<b>5</b>
----------------------------------	----------

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
<b>2. Teil: Tatbestand der Vorbefassung .....</b>	<b>95</b>
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.	Beherrungsverhältnis .....	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
<b>3. Teil: Zulässigkeit der Verfahrensteilnahme .....</b>	<b>195</b>
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
<b>4.</b>	<b>Teil: Rechtsfolgen der Vorbefassung .....</b>	<b>253</b>
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
	<b>5. Teil: Rechtsschutz und Haftung.....</b>	<b>287</b>
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
<b>Schluss .....</b>	<b>325</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>329</b>