

# IDÉ

Institut Droit et Economie  
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Isabelle Häner  
Bernhard Waldmann  
(Hrsg.)

## Brennpunkte im Verwaltungsprozess

Schulthess §

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013  
ISBN 978-3-7255-6766-9

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	IX
Abkürzungs- und Erlassverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI

## Referate

<b>Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege</b>	<b>1</b>
<i>Bernhard Waldmann</i>	
<b>Die Anforderungen an eine Beschwerde</b>	<b>27</b>
<i>Isabelle Häner</i>	
<b>Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte</b>	<b>47</b>
<i>Benjamin Schindler</i>	
<b>Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen</b>	<b>61</b>
<i>Philippe Weissenberger/Astrid Hirzel</i>	
<b>Die verwaltungsrechtliche Klage</b>	<b>87</b>
<i>Michael Merker</i>	
<b>Koordination der Rechtsprechung und Ermessenskontrolle am Bundesverwaltungsgericht</b>	<b>125</b>
<i>Markus Metz</i>	

## **Ateliers**

**Verfahrensrecht in der Sozialversicherung: Ausgewählte Besonderheiten** 133

*Hans-Jakob Mosimann*

**Der Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht** 153

*Peter Hänni/Thomas Meier*

**Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen** 159

*Robert Wolf*

## **Anhang**

**Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im öffentlichen Personalrecht** 189

*Bernhard Waldmann/Raphael Kraemer*

## **Verzeichnis der Autorinnen und Autoren**

*Isabelle Häner*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob Rechtsanwälte, Zürich

*Peter Hänni*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Freiburg

*Astrid Hirzel*, lic. iur., Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht

*Raphael Kraemer*, MLaw, Rechtsanwalt, Universität Freiburg

*Thomas Meier*, MLaw, Universität Freiburg

*Michael Merker*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baur Hürlimann AG, Zürich und Baden

*Markus Metz*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

*Hans-Jakob Mosimann*, Dr. iur., Richter am Sozialversicherungsgericht Zürich

*Benjamin Schindler*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen

*Bernhard Waldmann*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

*Philippe Weissenberger*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Richter am Bundesverwaltungsgericht

*Robert Wolf*, lic. iur., Richter am Verwaltungsgericht Zürich



---

# Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen

*Robert Wolf*

## Inhaltsübersicht

- I. Übersicht
- II. Vor dem Zuschlag
  - A. Wann muss der Anbieter eingreifen?
  - B. Ausschreibung
  - C. Ausschreibungsunterlagen
  - D. Präqualifikation im selektiven Verfahren
  - E. Erhalt der Vergabeunterlagen im Anschluss an die Präqualifikation
  - F. Nachträgliche Änderungen durch die Vergabestelle
  - G. Hinweise auf die Vorbefassung eines Anbieters
- III. Die Beschwerde gegen den Zuschlag
  - A. Steht ein Rechtsmittel zur Verfügung?
    - 1. Die Staatsverträge als Abgrenzungskriterium
    - 2. Bund
    - 3. Kantone
    - 4. Ausländische Anbieter
  - B. Eröffnung des Entscheids; Beschwerdefrist
  - C. Begründung des Vergabeentscheids
    - 1. Sonderregeln des Vergaberechts
    - 2. Praxis der Beschwerdeinstanzen
  - D. Legitimation
  - E. Beschwerdeanträge
  - F. Beschwerdeverfahren
    - 1. Ausländischer Anbieter
    - 2. Aufschiebende Wirkung
    - 3. Akteneinsicht
    - 4. Replikrecht
    - 5. Neue Tatsachen und Beweismittel
    - 6. Weitere Verfahrensfragen
  - G. Beschwerde an das Bundesgericht
    - 1. Rechtsmittel; anfechtbare Entscheide
    - 2. Beschwerdefrist; aufschiebende Wirkung
    - 3. Legitimation
- IV. Die Beschwerde gegen andere Vergabeentscheide
  - A. Präqualifikation im selektiven Verfahren
  - B. Ausschluss vom Verfahren
  - C. Freihändige Vergabe
  - D. Zuschlag im Einladungsverfahren
- V. Die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens
  - A. Beschwerdeführer
  - B. Vergabestelle

- C. Zuschlagsempfängerin
- D. Weitere Anbieterinnen

## I. Übersicht

Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen weist Besonderheiten auf, die ihn im Vergleich zu «ordentlichen» Verwaltungsverfahren anderer Bereiche als ungewöhnlich, wenn nicht gar irregulär, erscheinen lassen. Mit dem vorliegenden Text wird versucht, einen Überblick über dieses noch junge Rechtsgebiet zu geben.

Der zentrale Abschnitt der folgenden Ausführungen befasst sich mit der Beschwerde gegen den Zuschlag in einem offenen oder selektiven Verfahren (III.); es ist dies das «typische» und bei Weitem häufigste Rechtsmittelverfahren auf diesem Gebiet. Vorangestellt wird eine Übersicht über die Eingriffsmöglichkeiten (und Eingriffspflichten), die einem Anbieter schon vor dem Entscheid über den Zuschlag zustehen (II.). Anschliessend folgen Hinweise zu Beschwerden gegen andere Vergabeentscheide, welche verfahrensrechtliche Besonderheiten aufweisen (IV.), und zur Rechtsstellung der verschiedenen Beteiligten eines Beschwerdeverfahrens (V.).

Die Verfahrensregeln des Bundes- und kantonalen Rechts weisen mit Bezug auf das Beschaffungsrecht erhebliche Unterschiede auf. Zu einzelnen Fragen wird daher, wo immer möglich, einerseits auf die Rechtsnormen des Bundes und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>1</sup> andererseits auf die Regeln des Kantons Zürich und die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts (als Beispiele für das kantonale Verfahren), hingewiesen. Die Praxis anderer Kantone wird nur punktuell einbezogen, was sich nicht etwa damit begründen lässt, dass sie weniger bedeutsam wäre, sondern schlicht darauf zurückzuführen ist, dass mir der erforderliche Überblick (und die Zeit, mir diesen zu verschaffen) fehlt. Zur Ergänzung kann auf die systematische Zusammenstellung der Bundes- und kantonalen Rechtsprechung bei GALLI/MOSER/LANG/CLERC hingewiesen werden.

---

<sup>1</sup> Ich danke Bundesverwaltungsrichter *Marc Steiner* für seine wertvollen Hinweise zur Praxis des Bundesverwaltungsgerichts.



---

## II. Vor dem Zuschlag

### A. Wann muss der Anbieter eingreifen?

Von der Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens bis zum Zuschlag an einen Anbieter gibt die Vergabestelle<sup>2</sup> in verschiedenen Verfahrensstadien rechtlich relevante Informationen bekannt. Eignungskriterien, technische Anforderungen, Zuschlagskriterien etc. können zum Teil schon in der Ausschreibung enthalten sein. In grösserem Umfang folgen sie in den Ausschreibungsunterlagen, die den Interessenten auf Gesuch zugestellt werden, bzw. im selektiven Verfahren in den Unterlagen, welche die eingeladenen Anbieter nach der Präqualifikation erhalten. Hinzu kommt, dass die Vergabestellen nicht selten auch im weiteren Verlauf des Verfahrens noch Änderungen am Projekt oder an einzelnen Anforderungen vornehmen, die sie den Anbietern wiederum mitteilen.

Hält ein Anbieter einzelne Anforderungen bzw. Kriterien für unzulässig, so stellt sich für ihn die Frage,

- ob er dagegen sofort ein Rechtsmittel ergreifen kann bzw. muss;
- ob er verpflichtet ist, seine Vorbehalte auf andere Weise unverzüglich bekannt zu geben;
- oder ob er bis zum Vergabeentscheid zuwarten und seine Einwände noch mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringen kann, falls er diesen nicht erhält.

Die Anbieter würden es zumeist vorziehen, die Vergabestelle während des Verfahrens nicht mit Einwendungen oder gar Rechtsmitteln zu behelligen, da sie befürchten, ihre Chancen auf den Zuschlag zu beeinträchtigen. Sie müssen jedoch wissen, dass sie damit unter Umständen das Recht verirken, ihre Einwendungen zu einem späteren Zeitpunkt noch vorzubringen.

---

<sup>2</sup> Als *Vergabestelle* wird die Behörde oder Verwaltungseinheit mit selbständiger Entscheidungsbefugnis bezeichnet, die das Beschaffungsverfahren durchführt. Auch die Organe privatrechtlicher Auftraggeber, die dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, werden unter dieser Bezeichnung erfasst. Vgl. hinten V/B.

## B. Ausschreibung

Die Ausschreibung ist ein mit Beschwerde anfechtbarer Entscheid; im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass ihr Inhalt, sofern sie nicht angefochten wird, in Rechtskraft erwächst und später nicht mehr beanstandet werden kann.<sup>3</sup> Wichtige Anforderungen oder Zuschlagskriterien werden daher manchmal in die Ausschreibung aufgenommen, um sie definitiv «festzulegen».<sup>4</sup>

## C. Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen werden den Interessenten im Anschluss an die Ausschreibung auf Gesuch zugesandt. Die Zustellung dieser Unterlagen stellt unbestrittenermassen keinen anfechtbaren Entscheid dar; fraglich ist jedoch, ob die Unterlagen mit der Beschwerde gegen die Ausschreibung angefochten werden können bzw. müssen. Die Frage wird von der Rechtsprechung seit jeher unterschiedlich beantwortet,<sup>5</sup> und ihre Bedeutung hat in neuerer Zeit noch an Gewicht gewonnen. Denn während die Ausschreibungsunterlagen früher oft erst nach Ablauf der Beschwerdefrist beim Anbieter eintrafen und damit schon rein faktisch nicht mehr in eine Beschwerde gegen die Ausschreibung einbezogen werden konnten, werden sie heute auf der Internet-Plattform *simap.ch* oft zugleich mit der Ausschreibung als Datei zur Verfügung gestellt, sodass das zeitliche Hindernis entfällt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen Mängel der Ausschreibungsunterlagen, sofern diese rechtzeitig während der Beschwerdefrist zur Verfügung stehen, mit der Beschwerde gegen die Ausschreibung angefochten werden.<sup>6</sup> Dieselbe Praxis befolgen einzelne kantonale Gerichte,<sup>7</sup> nicht jedoch das Zürcher Verwaltungsgericht.<sup>8</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage im Grundsatz offen gelassen, geht jedoch davon aus, dass jedenfalls die

---

<sup>3</sup> BEYELER, Vergaberecht, Rz. 1957. Vgl. jedoch WOLF, ZBI 2003, S. 9 f.; und neuerdings VGer ZH, Urteil VB.2011.00676 vom 9.5.2012 E. 3.

<sup>4</sup> So wurde eine eher ungewöhnliche Gewichtung und Bewertungsmethode des Offertpreises nicht mehr in Frage gestellt, nachdem sie bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben und dagegen keine Beschwerde erhoben worden war. BVGer, Zwischenentscheid B-743/2007 vom 31.7.2007 E. 3.4.4; Endentscheid vom 16.12.2011 E. 2.2.3.3 und 2.5.1.

<sup>5</sup> Vgl. BEYELER, Vergaberecht, Rz. 1958, insb. Fn. 1852; WOLF, ZBI 2003, S. 5 ff.

<sup>6</sup> BGE 125 I 203; 129 I 319 E. 6.2.

<sup>7</sup> Z.B. das VGer BE; BVR 2007, S. 177. Vgl. WOLF, ZBI 2003, S. 5.

<sup>8</sup> VGer ZH, Urteil VB.2003.00211 vom 28.1.2004 E. 3.

Tragweite der strittigen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ohne Weiteres erkennbar sein müsse, um eine Anfechtungspflicht zu begründen.<sup>9</sup>

Soweit eine Beschwerde gegen den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen nicht möglich oder nicht erforderlich ist, stellt sich die Frage, ob der Anbieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, seine Einwendung auf andere Weise zur Kenntnis der Vergabestelle zu bringen.<sup>10</sup> Eine Pflicht zu frühzeitiger Beanstandung besteht jedenfalls dann, wenn die kritisierten Punkte eine ordnungsgemässe Durchführung des Vergabeverfahrens von vornherein in Frage stellen.<sup>11</sup> Aus Gründen der Beweisbarkeit wie auch der Transparenz des Verfahrens sind solche Einwendungen in jedem Fall schriftlich vorzubringen.<sup>12</sup>

#### **D. Präqualifikation im selektiven Verfahren**

Der Entscheid darüber, welche Anbieter im selektiven Verfahren zum Einreichen eines Angebots zugelassen werden, ist mit Beschwerde anfechtbar.<sup>13</sup> Die Auswahl der eingeladenen Anbieter erwächst, wenn sie nicht angefochten wird, in Rechtskraft und ist später nicht mehr in Frage zu stellen.

#### **E. Erhalt der Vergabeunterlagen im Anschluss an die Präqualifikation**

Im selektiven Verfahren werden den ausgewählten Anbietern nach dem Entscheid über die Zulassung weitere Unterlagen abgegeben, die einen Teil jener Angaben enthalten, die beim offenen Verfahren bereits in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind. Die Zustellung dieser Unterlagen ist ebenso wenig mit Beschwerde anfechtbar wie die Zustellung der Ausschreibungsunterlagen, und es besteht weder die Möglichkeit noch die Pflicht, deren Inhalt mit der Beschwerde gegen die Präqualifikation (Zulassung zum Angebot) anzufechten. Allfällige Mängel können daher grundsätzlich noch mit der Be-

---

<sup>9</sup> BVGer, Zwischenentscheid B-738/2012 vom 14.6.2012.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3; BVGer, Zwischenentscheid B-1172/2011 vom 31.3.2011 E. 4.2.4; WOLF, ZBl 2003, S. 10.

<sup>11</sup> VGer ZH, Urteil VB.2011.00598 vom 11.7.2012 E. 3.7; Urteil VB.1998.00327 vom 24.11.1999, in: BEZ 2000 Nr. 10 E. 4c.

<sup>12</sup> Erfolgt der Schriftverkehr im betreffenden Vergabeverfahren ganz oder zum Teil mittels E-Mail, so muss dies auch für eine entsprechende Eingabe des Anbieters zugelassen werden. VGer ZH, Urteil VB.2011.00714 vom 9.5.2012 E. 2.3.

<sup>13</sup> Hinten IV/A.

schwerde gegen den Zuschlag geltend gemacht werden.<sup>14</sup> Es stellt sich jedoch auch hier die Frage, wieweit ein Anbieter nach Treu und Glauben zu einer frühzeitigen Beanstandung gegenüber der Vergabestelle verpflichtet ist.<sup>15</sup>

## F. Nachträgliche Änderungen durch die Vergabestelle

Veränderte Verhältnisse oder neue Erkenntnisse können die Vergabestelle veranlassen, die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben nachträglich zu ändern oder zu präzisieren. Anpassungen können das Projekt und die technischen Anforderungen, aber auch weitere Punkte wie z.B. die verlangten Referenzen betreffen und unterschiedlichste Ausmasse annehmen. Ein gewisses Mass an nachträglichen Korrekturen lässt sich bei grösseren Beschaffungen offenbar kaum vermeiden.

Im Extremfall führen veränderte Anforderungen zum Abbruch und zur Wiederholung des Verfahrens, was in Form eines anfechtbaren Entscheids mit Rechtsmittelbelehrung bekannt gegeben wird. Weniger weit gehende Änderungen werden jedoch in den verschiedensten Formen bekannt gemacht, so als Präzisierung im Rahmen einer Fragenbeantwortung, als schriftliche Mitteilung an die Interessenten vor der Abgabe der Angebote, schliesslich sogar noch *nach* dem Eingang der Angebote, verbunden mit einer Aufforderung an die Anbieter, entsprechend angepasste Angebote einzureichen. Solche Mitteilungen stellen grundsätzlich keine anfechtbaren Entscheide dar. Vereinzelt sind Vergabestellen zwar dazu übergegangen, wesentliche Änderungen in Form einer Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen.<sup>16</sup> Geht man davon aus, dass die gesetzliche Aufzählung der anfechtbaren Vergabeentscheide nicht als abschliessend zu verstehen ist,<sup>17</sup> so ist gegen dieses Vorgehen m.E. nichts einzuwenden. Dennoch muss es aber dabei bleiben, dass vergleichbare Mitteilungen *ohne* Rechtsmittelbelehrung nicht weiterziehbar sind, da den Anbietern sonst die praktisch unlösbare Aufgabe überbürdet würde, die in der Praxis sehr zahlreichen Änderungsmitteilungen nach anfechtbaren und nicht anfechtbaren zu unterscheiden. Den Anbietern obliegt allerdings auch in diesen Fällen die Pflicht, die Vergabestelle nach Treu und Glauben allenfalls frühzeitig von einer Beanstandung zu unterrichten.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> BGE 130 I 241 E. 4.2.

<sup>15</sup> BGE 130 I 241 E. 4.3.

<sup>16</sup> Entsprechende Beispiele finden sich gelegentlich auf *simap.ch*.

<sup>17</sup> Dazu hinten IV.

<sup>18</sup> Vgl. vorn II/C.

## G. Hinweise auf die Vorbefassung eines Anbieters

Keine einheitliche Antwort gibt die Rechtsprechung auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt Einwände betreffend die Vorbefassung eines konkurrierenden Anbieters zu erheben sind. Nach der Zürcher Praxis ist die Rüge – in Analogie zur Rechtsprechung betreffend Ausstandsbegehren – zu erheben, sobald der Betroffene Kenntnis von den für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält.<sup>19</sup> Reicht zum Beispiel ein Ingenieurbüro, das bereits die Grundlagen für die Vergabe erarbeitet hat, anschliessend eine eigene Offerte ein, wird der Interessenkonflikt für die andern Anbieter spätestens dann erkennbar, wenn sie vom Angebot des Ingenieurbüros erfahren.<sup>20</sup> Wer die Vergabestelle zu diesem Zeitpunkt nicht auf die vermutete Vorbefassung hinweist,<sup>21</sup> kann den Einwand später nicht mehr erheben. Gegen diese strenge Sichtweise könnte eingewandt werden, dass das Bundesgericht die Gleichstellung von Ausstandspflicht und vergaberechtlicher Vorbefassung jedenfalls in materieller Hinsicht abgelehnt hat.<sup>22</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage bisher offen gelassen.<sup>23</sup>

## III. Die Beschwerde gegen den Zuschlag

### A. Steht ein Rechtsmittel zur Verfügung?

#### 1. Die Staatsverträge als Abgrenzungskriterium

Die heutige Gesetzgebung über das Beschaffungswesen verdankt ihre Entstehung dem auf Anfang 1996 wirksam gewordenen Beitritt der Schweiz zum GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA). Dieser Staatsvertrag und seine späteren Ergänzungen durch das bilaterale Abkommen mit der EG sowie das revidierte EFTA-Übereinkommen sind auch heute noch von prägender Bedeutung für das schweizerische Beschaffungsrecht. Über ihren eigentlichen Anwendungsbereich – den Zugang ausländischer Anbieter zu schweizerischen Vergabeverfahren – hinaus werden sie im innerstaatlichen Bereich zur Abgrenzung verschiedener Verfahrensarten und zur Beschränkung der Beschwerdemöglichkeiten sowohl an das Bundes-

<sup>19</sup> VGer ZH, Urteil VB.2001.00219 vom 10.4.2002 E. 3, RB 2002 Nr. 11.

<sup>20</sup> Z.B. wenn ihnen das Protokoll der Offertöffnung zugestellt wird. Das kann allerdings gemäss § 27 Abs. 4 SubmV ZH auch erst nach dem Zuschlag erfolgen.

<sup>21</sup> Ein Rechtsmittel muss zu diesem Zweck nicht erhoben werden und ist zumeist auch nicht möglich.

<sup>22</sup> BGer, Urteil 2P.164/2004 vom 25.1.2005, in: ZBl 106 (2005), S. 473 E. 5.7.3.

<sup>23</sup> BVGer, Zwischenentscheid B-1172/2011 vom 31.3.2011 E. 4.2.4.

verwaltungsgericht wie an das Bundesgericht verwendet. In diesem Sinn wird zwischen Tatbeständen im «Staatsvertragsbereich» und solchen ausserhalb desselben unterschieden.

In seiner innerstaatlichen Anwendung erfolgt die Abgrenzung des Staatsvertragsbereichs durch:

- Regeln über die unterstellten *Auftraggeber* (Bund, Kantone, Gemeinden, Unternehmungen aus bestimmten Sektoren wie Energie, Verkehr etc.);
- Bestimmungen über die unterstellten *Auftragsarten* (Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge), wobei insbesondere die Abgrenzung der einbezogenen Dienstleistungen komplex ist;
- Schwellenwerte für die Höhe des *Auftragsvolumens*, die je nach Auftraggeber und Auftragsart verschiedene Werte aufweisen.

## 2. Bund

Bei Beschaffungen des Bundes kann gegen Vergabeentscheide im Staatsvertragsbereich Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht geführt werden.

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, also insbesondere für die zahlreichen Beschaffungen mit Auftragswerten unterhalb der Schwellenwerte, steht im Bund kein eigentliches Rechtsmittel zur Verfügung;<sup>24</sup> in Frage kommt einzig die Aufsichtsbeschwerde an den Bundesrat. Diese Rechtslage steht im Widerspruch zur Rechtsweggarantie des Art. 29a BV, ist jedoch von den Gerichten aufgrund des Vorranges der Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV zu beachten.

In der Lehre wurde die Auffassung vertreten, dass ein Anbieter, der in einem Vergabeverfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs abgewiesen wurde, von der Vergabestelle gestützt auf Art. 25a VwVG verlangen könne, den Abschluss des Vertrages zu unterlassen, um danach die von ihr zu treffende Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten.<sup>25</sup> Auf diese Weise lasse sich die im Beschaffungsrecht nicht vorgesehene gerichtliche Überprüfung dennoch herbeiführen. Das Bundesverwaltungsgericht hat ein solches Vorgehen jedoch unter Hinweis auf den klaren Willen des Gesetzgebers abgelehnt.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 2 Abs. 3 BöB letzter Satz; Art. 39 VöB.

<sup>25</sup> HÄBERLI, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 83 Rz. 162; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, SHK BGG, Art. 83 Rz. 47; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 787; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.38 ff.

<sup>26</sup> BVGer, Urteil B-913/2012 vom 28.3.2012 E. 6; vgl. BVGer, Urteil B-1773/2006 vom 25.9.2008 E. 5.

### 3. Kantone

Gegen Vergabeentscheide der Kantone und Gemeinden sowie aller weiteren dem kantonalen Recht unterstellten Auftraggeber<sup>27</sup> ist grundsätzlich sowohl im Staatsvertragsbereich wie auch ausserhalb desselben die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht gegeben.<sup>28</sup> Geringfügige Ausnahmen bestehen in einzelnen Kantonen inbezug auf freihändige Beschaffungen unterhalb der (kantonalen) Schwellenwerte.<sup>29</sup>

### 4. Ausländische Anbieter

Der Zugang ausländischer Anbieter zu einem schweizerischen Vergabeverfahren wird ebenfalls durch die genannten Staatsverträge geregelt. Anspruch auf Teilnahme haben Unternehmungen aus den Vertragsstaaten dieser Übereinkommen, wobei der Zugang durch – je nach Land unterschiedliche – Bestimmungen betreffend Schwellenwerte, Auftragsarten und einbezogene Auftraggeber zusätzlich begrenzt wird.<sup>30</sup>

Soweit ausländischen Anbietern ein Teilnahmeanspruch aufgrund der Staatsverträge zusteht, sind sie berechtigt, einen negativen Entscheid mit denselben Rechtsmitteln des Bundes- und kantonalen Rechts anzufechten, welche schweizerischen Anbietern offen stehen.

Weniger klar ist die Rechtslage mit Bezug auf ausländische Anbieter *ausserhalb des Staatsvertragsrechts*: Nach der Praxis steht es schweizerischen Vergabestellen frei, diese Anbieter trotz des fehlenden Anspruchs zu einem Vergabeverfahren zuzulassen und ihnen einen Zuschlag zu erteilen.<sup>31</sup> Stehen diesen Anbietern dann aber auch die entsprechenden Beschwerdemöglichkeiten zur Verfügung?<sup>32</sup> Für Beschaffungen des *Bundes* hat das Bundesverwaltungsgericht dies unter Hinweis auf die einschränkende gesetzliche Regelung

<sup>27</sup> Vgl. Art. 8 IVöB.

<sup>28</sup> Art. 15 IVöB. Zur Gewährung dieses Rechtsschutzes sind die Kantone auch aufgrund von Art. 9 BGBM verpflichtet.

<sup>29</sup> Dazu hinten IV/C.

<sup>30</sup> Vgl. die Annexe 1–5 in Anhang I zum GPA; BEYELER, Vergaberecht, Rz. 1423 ff.

<sup>31</sup> VGer ZH, Urteil VB.2012.00328 vom 10.9.2012 E. 2; BEYELER, Vergaberecht, Rz. 1401, 1442 ff. Anders noch die Praxis der Eidg. Rekurskommission, BRK 2003-004 vom 27.3.2003; ferner CLERC, in: Tercier/Bovet, Art. 9 BGBM Rz. 74 a.E.

<sup>32</sup> Für Einräumung des Beschwerderechts nach Massgabe des Vertrauensschutzes BEYELER, Vergaberecht, Rz. 1456. Ablehnend CLERC, in: Tercier/Bovet, Art. 5 BGBM Rz. 23, 90, Art. 9 BGBM Rz. 74.

verneint.<sup>33</sup> Im kantonalen Bereich ist die Rechtslage weniger eindeutig; das Zürcher Verwaltungsgericht hat die Frage bisher offen gelassen.<sup>34</sup>

Anzumerken ist, dass ausländische Unternehmungen, die in der Schweiz eine *Niederlassung* besitzen und über diese an einem Vergabeverfahren teilnehmen, von vornherein wie Inländer behandelt werden.<sup>35</sup>

## B. Eröffnung des Entscheids; Beschwerdefrist

Im *Bund* beträgt die Frist für die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht 20 Tage,<sup>36</sup> Gerichtsferien werden beachtet, nicht jedoch bei Beschwerden betreffend aufschiebende Wirkung oder andere vorsorgliche Massnahmen.<sup>37</sup> Bei *kantonalen* Beschaffungen beträgt die Beschwerdefrist nur 10 Tage, und es kommen keine Gerichtsferien zur Anwendung.<sup>38</sup>

Vergabeentscheide werden den Beteiligten oft mehrfach mitgeteilt, nämlich mittels Publikation (teils in mehreren Medien) und individueller Zustellung.<sup>39</sup> Im Staatsvertragsbereich ist auf jeden Fall eine Publikation erforderlich.<sup>40</sup> Für *Beschaffungen des Bundes* erfolgt diese auf der Internet-Plattform *simap.ch*, welche vom gleichnamigen Verein unter Beteiligung des Bundes und der Mehrzahl der Kantone betrieben wird; die Publikation in einem Printmedium ist nicht mehr vorgesehen.<sup>41</sup> Eine individuelle Zustellung ist nicht vorgeschrieben, erfolgt in der Praxis aber zumeist dennoch. Ausserhalb des Staats-

---

<sup>33</sup> BVGE 2008/61 E. 3.1; 2008/48 E. 2.1; unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB und Art. 39 VöB.

<sup>34</sup> VGer ZH, Urteil VB.2012.00328 vom 10.9.2012 E. 2.

<sup>35</sup> Art. 1 Abs. 1 BGBM; BEYELER, Vergaberecht, Rz. 1409 ff.

<sup>36</sup> Art. 30 BöB.

<sup>37</sup> Art. 22a VwVG; BVGer, Urteil B-5865/2007 vom 3.12.2007 E. 1.5.1.1; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 834.

<sup>38</sup> Art. 15 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> IVöB.

<sup>39</sup> Die Zustellung kann elektronisch erfolgen, sofern das anwendbare Verfahrensrecht dies zulässt. Die entsprechenden Voraussetzungen sind jedoch heute in vielen Fällen noch nicht erfüllt; vgl. VGer ZH, Urteil VB.2012.00257 vom 8.8.2012 E. 2.2.1; Urteil VB.2011.00714 vom 9.5.2012 E. 2.3.

<sup>40</sup> Art. XVIII Ziff. 1 GPA. Nach dieser Bestimmung darf die Publikation bis zu 72 Tage nach dem Entscheid erfolgen.

<sup>41</sup> Für Ausschreibung und Zuschlag verlangt Art. 24 Abs. 2 BöB immer die Publikation, die gemäss Art. 8 VöB auf der Plattform *simap.ch* erfolgt. Andere Verfügungen können nach Art. 23 Abs. 1 BöB durch Veröffentlichung *oder* Zustellung eröffnet werden.



vertragsbereichs regelt der Bund die Eröffnung von Vergabeentscheiden nicht.<sup>42</sup>

In den *Kantonen* werden Vergabeentscheide auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs als Verfügungen eröffnet.<sup>43</sup> Für den Staatsvertragsbereich sehen die kantonalen Vorschriften die Publikation im kantonalen Amtsblatt oder auf *simap.ch* (oder beides) vor.<sup>44</sup> Der Kanton Zürich verlangt individuelle Zustellung aller Verfügungen; Zuschläge im offenen oder selektiven Verfahren sowie freihändige Vergaben im Staatsvertragsbereich werden überdies im kantonalen Amtsblatt und auf *simap.ch* publiziert.<sup>45</sup>

Bei mehrfacher Mitteilung ist für den *Fristbeginn* nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in jedem Fall die frühere Eröffnung zu beachten. Dasselbe dürfte in den meisten Kantonen gelten. Im Kanton Zürich besteht eine besondere Rechtslage insofern, als das anwendbare Recht die individuelle Zustellung als primäres Mittel der Eröffnung bezeichnet.<sup>46</sup> Nach der Rechtsprechung wird daher für den Beginn der Beschwerdefrist auf den Zeitpunkt der Zustellung abgestellt; eine spätere Publikation mit nochmaliger Rechtsmittelbelehrung kann allenfalls unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes berücksichtigt werden.<sup>47</sup>

Zweckmässigerweise sollten die *Rechtsmittelbelehrungen* bei mehrfacher Eröffnung so abgefasst sein, dass für den Empfänger kein Zweifel über den Beginn der Beschwerdefrist entsteht. Das Zürcher Verwaltungsgericht hat wiederholt – aber bisher erfolglos – auf dieses Erfordernis hingewiesen.

Zuweilen kommt es noch vor, dass die Anbieter lediglich mit dem Brief eines Ingenieurbüros, dem die Durchführung des Vergabeverfahrens übertragen wurde, über den Zuschlag orientiert werden. Kann eine solche Mitteilung als Eröffnung des Vergabeentscheids gelten? Das Bundesverwaltungsgericht und einzelne kantonale Gerichte haben dies verneint.<sup>48</sup> Die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts ist bisher weniger streng.

<sup>42</sup> Art. 8 VöB spricht zwar generell davon, dass Veröffentlichungen auf *simap.ch* erfolgen. Das gilt aber nur für vorgeschriebene Veröffentlichungen; für den Nichtstaatsvertragsbereich enthält die VöB keine Vorschrift über die Eröffnung von Entscheidungen.

<sup>43</sup> Art. 13 lit. g und h IVöB; vgl. Art. 9 Abs. 1 BGBM.

<sup>44</sup> Vgl. die Übersicht über kantonale Publikationsvorschriften auf *simap.ch* unter «Rechtliches/Informationen» > Gesetzliche Regelung der Publikation.

<sup>45</sup> Zustellung aller Verfügungen nach § 38 Abs. 1, zusätzliche Publikation gemäss § 35 SubmV ZH.

<sup>46</sup> § 38 Abs. 1 SubmV ZH.

<sup>47</sup> VGer ZH, Urteil VB.2011.00322 vom 28.9.2011 E.2; Urteil VB.2004.00477 vom 12.1.2005 E. 3.4, 3.5, RB 2005 Nr. 40.

<sup>48</sup> Das Verwaltungsgericht St. Gallen bezeichnete eine derartige Mitteilung als nichtigen Entscheid; VGer SG, Urteil B 2005/176 vom 6.12.2005.

## C. Begründung des Vergabeentscheids

### 1. Sonderregeln des Vergaberechts

Abgewiesene Teilnehmer eines Submissionsverfahrens haben – ebenso wie andere Adressaten einer sie belastenden Verfügung – Anspruch auf eine aussagekräftige Begründung des Entscheids. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich jedoch spezielle Regeln:

- In einem ersten Schritt eröffnet die Vergabestelle ihren Entscheid mit einer bloss summarischen Begründung.<sup>49</sup>
- Auf Gesuch hin gibt sie den abgewiesenen Anbietenden sodann weitere Informationen bekannt. Dazu gehören nebst einigen formellen Angaben insbesondere die «wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung» sowie die «ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes».<sup>50</sup>

Diese Regeln orientieren sich an den staatsvertraglichen Mindestanforderungen von Art. XVIII GPA und sind nicht primär darauf ausgerichtet, eine ausreichende Begründung entsprechend dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu gewährleisten. Den verfassungsrechtlichen Vorgaben muss aber dennoch nachgelebt werden. Bei Beschaffungen des Bundes sind zwar die Vorschriften des BöB für die Gerichte verbindlich; sie sind jedoch verfassungskonform zu interpretieren, und es erscheint denn auch durchaus möglich, sie so anzuwenden, dass die Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV erfüllt werden. Insbesondere schliessen sie nicht aus, dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt wird.

In der Praxis vermögen die von den Vergabestellen gelieferten Begründungen oft sogar den Mindestanforderungen des Vergaberechts nicht zu genügen.<sup>51</sup> So stellt die häufig verwendete Leerformel «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» nicht einmal eine summarische Begründung dar. Zur Erläuterung des Entscheids wird den abgewiesenen Anbietern manchmal ein mündliches «Debriefing» angeboten, was an sich eine sinnvolle Massnahme ist, jedoch gerade die heiklen Punkte nicht immer ausreichend zu klären vermag; die Anbieter erhalten zumeist auch nur sehr ungenügende Akteneinsicht. Hinzu kommt, dass die Zeit für die Ausarbeitung einer Beschwerdeschrift zumal im

---

<sup>49</sup> Art. 23 Abs. 1 BöB; § 38 Abs. 2 SubmV ZH.

<sup>50</sup> Art. 23 Abs. 2 BöB, § 38 Abs. 3 SubmV ZH. Die Erlasse anderer Kantone enthalten ähnliche Vorschriften.

<sup>51</sup> Vgl. auch STEINER, S. 413 ff.

kantonalen Verfahren sehr knapp ist; kurz vor Fristablauf erhaltene Informationen sind für die Beschwerdeführung nur noch von begrenztem Nutzen.

Mancher Anbieter hat sich daher schon gefragt, ob es sich überhaupt lohnt, während der kurzen Beschwerdefrist ein Gesuch um ergänzende Information zu stellen. Der Schritt ist aber dennoch anzuraten, da sonst in einem anschließenden Beschwerdeverfahren nicht glaubwürdig geltend gemacht werden kann, dass der Anspruch auf eine ausreichende Begründung verletzt sei.

## 2. Praxis der Beschwerdeinstanzen

Beschwerdeinstanzen können versuchen, die Vergabestellen dahin gehend zu «erziehen», dass sie schon mit dem Vergabeentscheid und insbesondere im darauf folgenden Auskunftverfahren substantielle Begründungen liefern. Das Bundesverwaltungsgericht und einzelne kantonale Gerichte haben auf diesem Weg gewisse Erfolge erzielt. Die Mängel lassen sich damit jedoch – zumal bei den kurzen Beschwerdefristen des kantonalen Rechts – selten vollständig beheben und liegen letztlich in der gesetzlichen Regelung begründet.

Den Gerichten bleibt daher keine andere Wahl, als die von den Vergabestellen begangene Verletzung des rechtlichen Gehörs mit den Mitteln des Beschwerdeverfahrens zu heilen. Nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts geschieht dies dadurch, dass der Vergabestelle erlaubt wird, die Begründung des angefochtenen Entscheids, soweit sie noch fehlt, mit der Beschwerdeantwort nachzureichen, worauf der Beschwerdeführer wiederum die Möglichkeit erhält, mit der Replik seine Beschwerdegründe entsprechend zu ergänzen. Die darauf folgende Duplik der Vergabestelle erfüllt faktisch die Funktion einer Beschwerdeantwort und darf grundsätzlich keine neuen Begründungselemente enthalten.<sup>52</sup> Anschliessend werden nicht selten noch weitere Schriftenwechsel erforderlich.<sup>53</sup>

Die aus diesem Verfahrensablauf resultierende Verlängerung des Beschwerdeverfahrens wirkt gerade auf dem Gebiet des Vergaberechts sehr störend. Die Frage drängt sich daher auf, ob mit der Rechtsprechung nicht eine *andere Lösung* getroffen werden könnte, um dieser unbefriedigenden Situation Herr zu werden. Als Alternative böte sich an, dem auf die Eröffnung des Entscheids folgenden Auskunftverfahren ein grösseres Gewicht zu verleihen, indem die Beschwerdefrist erst vom Eintreffen der ergänzenden Erläuterungen der Ver-

<sup>52</sup> VGer ZH, Urteil VB.2009.00393 vom 8.9.2010 E. 6.

<sup>53</sup> Mancher zusätzliche Schriftenwechsel, der aus Sicht des Gerichts nicht erforderlich wäre, lässt sich aufgrund des Replikrechts der Parteien nicht vermeiden; dazu hinten III/F/4.

gabestelle an berechnet würde.<sup>54</sup> Die Vergabestellen erhielten damit ausreichend Zeit für die sorgfältige Abfassung ihrer Begründung, und den Beschwerdeführenden stünde die ganze Rechtsmittelfrist zur Verfügung, um eine begründete Beschwerde einzureichen. Dieses Vorgehen vermöchte rechtsstaatlichen Anforderungen an die Wahrung des rechtlichen Gehörs zweifellos besser zu entsprechen. Eine Verkürzung des Beschwerdeverfahrens ergäbe sich daraus aber nur, wenn die Auskunft der Vergabestelle eine umfassende Begründung des Entscheids enthielte, sodass sich ein weiterer Schriftenwechsel nach der Beschwerdeantwort im Normalfall erübrigte. Auf Seiten der Vergabestellen hätte dies zweifellos zusätzlichen Aufwand zur Folge, da das erweiterte Auskunftverfahren häufiger in Anspruch genommen würde als heute das Beschwerdeverfahren. Zudem würde die Rechtskraft der Vergabeentscheide auch in Fällen, in denen anschliessend keine Beschwerde erhoben wird, entsprechend hinausgeschoben.

## D. Legitimation

Bezüglich der Legitimation zur Beschwerdeführung stellen sich noch weitgehend dieselben Fragen, welche schon vor zehn Jahren erörtert wurden.<sup>55</sup> So besteht weiterhin Uneinigkeit darüber, welche Bedeutung der *Chance eines Beschwerdeführers auf den Zuschlag* beizumessen ist. Die Frage hängt eng damit zusammen, welche Anbieter nach einer Gutheissung der Beschwerde noch für einen Zuschlag in Frage kommen. Das Bundesverwaltungsgericht geht in Anlehnung an die frühere Praxis der Eidg. Rekurskommission davon aus, dass der Zuschlag nebst dem bisherigen Zuschlagsempfänger grundsätzlich nur noch an Anbieter ergehen kann, welche den Vergabeentscheid angefochten haben. Deshalb ist z.B. ein Anbieter, dessen Offerte als schlechteste gewertet wurde, dennoch berechtigt, den Ausschluss der im ersten Rang liegenden Offerte zu beantragen; wenn die vor ihm liegenden Anbieter keine Beschwerde erheben, kann er bei Gutheissung seines Rechtsmittels den Zuschlag erhalten.<sup>56</sup>

Die Rechtsprechung im Kanton Zürich und weiteren Kantonen geht dagegen davon aus, dass nach der Gutheissung einer Beschwerde auch Anbieter, die den Zuschlag nicht angefochten haben, nochmals berücksichtigt werden kön-

---

<sup>54</sup> Auch auf der Grundlage von Art. XX Ziff. 5 GPA wird als Beginn der Beschwerdefrist der Zeitpunkt des Eingangs der ergänzenden Begründung befürwortet; vgl. ARROWSMITH SUE, *Government Procurement in the WTO*, Den Haag 2003, S. 397.

<sup>55</sup> WOLF, ZBl 2003, S. 11 ff.

<sup>56</sup> WOLF, ZBl 2003, S. 12.

nen. Ein Anbieter, dessen Offerte nur als drittbeste bewertet wurde, hat folglich keine Chance auf den Zuschlag, wenn er nur den Ausschluss der im ersten Rang liegenden Offerte verlangt; er muss vielmehr auch die Rangierung beanstanden und darlegen, dass sein Angebot zumindest an zweiter Stelle stehen müsste.<sup>57</sup> Zur Beschwerde ist nach dieser Rechtsprechung nur legitimiert, wer eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen.<sup>58</sup>

Mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation einer *Arbeitsgemeinschaft* ist die Rechtslage heute insoweit geklärt, als das Bundesverwaltungsgericht nun, ebenso wie zuvor das Zürcher Verwaltungsgericht<sup>59</sup> und das Bundesgericht,<sup>60</sup> die Mitglieder eines Konsortiums nur gemeinsam zur Beschwerde zulässt, sofern der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger noch nicht abgeschlossen ist.<sup>61</sup> Zur Rechtslage nach dem Vertragsschluss – wenn mit der Beschwerde nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags erreicht werden kann<sup>62</sup> – hat sich das Bundesverwaltungsgericht noch nicht geäußert. Das Genfer Verwaltungsgericht lässt die Beschwerdeführung durch einzelne Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft auch in diesem Fall nicht zu, was vom Bundesgericht als zumindest nicht willkürlich anerkannt wird.<sup>63</sup>

## E. Beschwerdeanträge

Mit der Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid ist in *materieller Hinsicht* zunächst die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen. Hinzu kommt der Antrag auf Erteilung des Zuschlags an den Beschwerdeführer; ein blosser Antrag auf Rückweisung an die Vergabestelle genügt m.E. nicht, sofern ein Zuschlag erteilt werden kann. Bei nicht rechtskundigen Beschwerde-

<sup>57</sup> Vgl. zu dieser Problematik BGer, Urteil 2P.176/2003 vom 6.2.2004, in: ZBI 105 (2004), S. 597 E. 3.3; Urteil 2P.261/2002 vom 8.8.2003 E. 4; HUNGERBÜHLER, Rz. 31; WOLF, ZBI 2003, S. 11 f., 27 f.

<sup>58</sup> Die Legitimation ist überdies auch dann gegeben, wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem der Beschwerdeführer ein neues Angebot einreichen kann. Vgl. zum Ganzen: VGer ZH, Urteil VB.1998.00327 vom 24.11.1998, RB 1999 Nr. 18; Urteil VB.2012.243 vom 21.9.2012 E. 2.1.

<sup>59</sup> VGer ZH, Urteil VB.1999.00347 vom 1.2.2000 E. 3, RB 2000 Nr. 11; vgl. WOLF, ZBI 2003, S. 15.

<sup>60</sup> BGE 131 I 153 E. 5.

<sup>61</sup> BVGE 2008/7 E. 2.2.2. (Anders noch BVGE 2007/13 E. 1.4, worin das Bundesverwaltungsgericht entsprechend der früheren Praxis der Eidg. Rekurskommission auch die Beschwerde eines einzelnen Mitglieds der Arbeitsgemeinschaft zugelassen hatte.)

<sup>62</sup> Hinten III/F/2.

<sup>63</sup> BGE 131 I 153 E. 6. Vgl. zu dieser Frage WOLF, ZBI 2003, S. 16 Rz. 87.

führen werden die Anträge jedoch in der Praxis grosszügig zu ihren Gunsten interpretiert.

Für den Fall, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erhält und die Vergabestelle darauf den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger schliesst,<sup>64</sup> wird zuweilen schon im Voraus ein Eventualantrag auf *Feststellung der Rechtswidrigkeit* des angefochtenen Entscheids gestellt. Das ist zwar nicht falsch, aber auch nicht nötig, weil das Begehren um Aufhebung des Zuschlags von Amtes wegen in ein Feststellungsbegehren umgedeutet wird, sobald die Aufhebung wegen des abgeschlossenen Vertrags nicht mehr möglich ist.<sup>65</sup>

Bei den Anträgen zum Verfahren ist jener betreffend *Erteilung der aufschiebenden Wirkung* von zentraler Bedeutung für den Erfolg der Beschwerde.<sup>66</sup> Die aufschiebende Wirkung kann im Bund nur auf Gesuch hin erteilt werden.<sup>67</sup> In den Kantonen ist die Erteilung von Amtes wegen zwar möglich,<sup>68</sup> kommt jedoch soweit ersichtlich kaum vor; auch das Zürcher Verwaltungsgericht erteilt die aufschiebende Wirkung praktisch nur auf Antrag.

Schliesslich ist es zweckmässig, bereits mit der Beschwerde ein Begehren betreffend *Einsicht* in die von der Gegenseite mit der Beschwerdeantwort einzureichenden *Akten* zu stellen. Damit kann der Entscheid über die Aktenherausgabe beschleunigt werden.

## F. Beschwerdeverfahren

### 1. Ausländischer Anbieter

Im Ausland domizilierten Anbietern, die als Beschwerdeführer oder Zuschlagsempfänger an einem Verfahren beteiligt sind, können Entscheide schweizerischer Behörden nicht mittels Postzustellung eröffnet werden. Erforderlich wäre eine Übermittlung auf dem Rechtshilfeweg, die jedoch erhebliche Zeit in Anspruch nimmt und angesichts der zeitlichen Dringlichkeit der Vergabeverfahren zumeist nicht in Betracht kommt.

Diesen Anbietern kann zwar der *Vergabeentscheid* rechtsgültig eröffnet werden, da dies bei Verfahren im Staatsvertragsbereich ohnehin mittels Publikati-

---

<sup>64</sup> Zu diesem Zusammenhang hinten III/F/2.

<sup>65</sup> Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlages sinngemäss mitenthalten; BGE 132 I 86 E. 3.2.

<sup>66</sup> Vgl. hinten III/F/2.

<sup>67</sup> Art. 28 Abs. 2 BöB.

<sup>68</sup> Art. 17 Abs. 2 IVöB.

on erfolgt.<sup>69</sup> Wo zusätzlich eine Mitteilung per Post versandt wird, ist diese nicht rechtswirksam und fällt für die Beschwerdefrist ausser Betracht.<sup>70</sup> *Anordnungen des Gerichts* lassen sich jedoch nicht ohne Weiteres mittels Publikation eröffnen. Der ausländische Beschwerdeführer wird daher zunächst aufgefordert, einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten in der Schweiz zu bezeichnen, wobei für den Unterlassungsfall auf die Rechtsfolgen gemäss der jeweiligen Prozessordnung hingewiesen wird.<sup>71</sup> Die Übermittlung dieser Aufforderung mittels gewöhnlicher Postsendung gilt mangels praktikabler Alternativen als zulässig.<sup>72</sup>

Ausländische Beschwerdeführer haben sodann regelmässig einen *Gerichtskostenvorschuss* zu leisten.

## 2. Aufschiebende Wirkung

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist für den Erfolg oder Misserfolg einer Beschwerde von ausschlaggebender Bedeutung. Von Gesetzes wegen kommt der Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid *keine aufschiebende Wirkung* zu; diese kann nur vom angerufenen Gericht erteilt werden.<sup>73</sup> Wird die aufschiebende Wirkung nicht beantragt oder wird sie verweigert, darf die Vergabestelle den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abschliessen. Nach dem Vertragsschluss kann das Gericht den Zuschlag nicht mehr aufheben, sondern stellt bei Gutheissung der Beschwerde lediglich noch die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids fest.<sup>74</sup> Diese Feststellung mag dem Beschwerdeführer noch als Grundlage eines – von vornherein sehr begrenzten – Entschädigungsanspruchs<sup>75</sup> dienen; das eigentliche Ziel seiner Teilnahme am Vergabeverfahren, die Übernahme des ausgeschriebenen Auftrags, kann er nicht mehr erreichen.

Obschon das Gesetz keine aufschiebende Wirkung vorsieht, darf der Vertrag nicht schon während der Beschwerdefrist, sondern erst dann abgeschlossen

<sup>69</sup> Vorn III/B.

<sup>70</sup> VGer ZH, Zwischenentscheid VB.2012.00436 vom 4.9.2012 E. 2.3.

<sup>71</sup> Art. 11b Abs. 1 und 36 lit. b VwVG; Art. 39 Abs. 3 BGG; § 6b VRG ZH.

<sup>72</sup> VGer ZH, Urteil VB.2012.00456 vom 8.8.2012 E. 1.3.

<sup>73</sup> Art. 28 BöB; Art. 17 IVöB.

<sup>74</sup> Art. 32 Abs. 2 BöB, Art. 9 Abs. 3 BGBM, Art. 18 Abs. 2 IVöB. Dem Feststellungsbegehren kann nicht entgegen gehalten werden, dass es im Verhältnis zur Leistungsklage auf Schadenersatz bloss subsidiärer Natur sei; BGE 132 I 86 E. 3.1, 3.2.

<sup>75</sup> Die massgeblichen Erlasse beschränken den Entschädigungsanspruch auf Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und dem Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Art. 34 Abs. 2 BöB; § 3 Abs. 2 des Zürcher Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten IVöB.

werden, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben bzw. einer erhobenen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung gewährt wurde (sog. *Standstill*). Für das kantonale Verfahren ergibt sich diese Regel aus Art. 14 Abs. 1 IVöB; für das Bundesrecht wurde sie von der Rechtsprechung entwickelt und gilt heute allgemein als anerkannt.<sup>76</sup>

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung obliegt nach den Verfahrensordnungen zumeist einem Vorsitzenden oder Instruktionsrichter. Das gilt grundsätzlich auch beim Bundesverwaltungsgericht; wegen der grossen Bedeutung der aufschiebenden Wirkung entscheidet dieses aber in der Regel dennoch in einer Besetzung mit drei Richtern.<sup>77</sup>

Die für den Entscheid massgeblichen Grundsätze (Interessenabwägung bezüglich Erfolgsprognose, Dringlichkeit der Vergabe usw.) werden andernorts ausführlich dargestellt.<sup>78</sup>

### 3. Akteneinsicht

Die Einsicht in Unterlagen der andern Verfahrensparteien ist aufgrund der Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten regelmässig kontrovers und erfordert Zwischenentscheide, die den Gerichten grossen Aufwand verursachen. Auf die Darstellung der diesbezüglichen Praxis wird hier verzichtet; auch dazu finden sich an anderer Stelle ausführliche Angaben.<sup>79</sup>

### 4. Replikrecht

Wo die Vergabestelle mit ihrer Beschwerdeantwort die ungenügende Begründung des angefochtenen Entscheids nachholt, dient die anschliessende Replik des Beschwerdeführers dazu, die *Verletzung seines rechtlichen Gehörs* zu heilen.<sup>80</sup> Auf das Einholen dieser Replik kann nur verzichtet werden, wenn die Beschwerde schon aufgrund der Beschwerdeantwort ohne Weiteres gutzuheissen ist.

---

<sup>76</sup> BEYELER, Vergaberecht, Rz. 2452 ff., 2494 ff. (mit zahlreichen Hinweisen); WOLF, ZBI 2003, S. 17. Keine Standstill-Regel gilt bei der Beschwerde ans Bundesgericht; hinten III/G/2.

<sup>77</sup> STEINER, S. 409 f.

<sup>78</sup> DENZLER/HEMPEL, S. 313 ff.; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 883 ff.; STEINER, S. 419 ff.

<sup>79</sup> GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 898 ff.; STEINER, S. 416 ff.; WOLF, ZBI 2003, S. 22 ff.; VGer ZH, Urteil VB.2011.316 vom 28.9.2011 E. 3.1.

<sup>80</sup> Vorne III/C/2.



Eine andere Funktion hat das aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf faires Verfahren und rechtliches Gehör) abgeleitete *allgemeine Replikrecht*, das den Parteien eines Gerichtsverfahrens das Recht gibt, sich zu sämtlichen Eingaben der übrigen Parteien, der Vorinstanzen und weiterer Beteiligter zu äussern. Bei diesem Anspruch ist es Sache der Parteien, über die Erforderlichkeit einer weiteren Stellungnahme zu entscheiden,<sup>81</sup> und die Gerichte haben es daher entgegen der früher geübten Praxis nicht mehr in der Hand, den Schriftenwechsel zu beenden, sobald die letzte Eingabe keine rechtlich relevanten neuen Aussagen enthält. Diese Rechtslage kann zu einer Verlängerung des Beschwerdeverfahrens führen, die sich gerade in zeitlich sensiblen Beschaffungsstreitigkeiten unangenehm bemerkbar macht.<sup>82</sup> Fraglich ist allerdings, wieweit sich auch Amtsstellen des Bundes und der Kantone auf die genannten Verfassungsgrundsätze berufen können. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass den Vergabestellen des Bundes keine Gehörsverletzung geschieht, wenn der Schriftenwechsel nach der letzten Eingabe einer privaten Verfahrenspartei beendet wird.<sup>83</sup>

Besonders störend wirken sich Verfahrensverzögerungen bei den *Zwischenentscheiden betreffend aufschiebende Wirkung und Akteneinsicht* aus. Das formelle Replikrecht gilt grundsätzlich auch für diese vorsorglichen bzw. summarischen Verfahren.<sup>84</sup> Das Bundesverwaltungsgericht vertritt jedoch mit guten Gründen, dass dies bei Zwischenentscheiden mit zeitlicher Dringlichkeit nur eingeschränkt zutreffe.<sup>85</sup> Das Zürcher Verwaltungsgericht ist in seiner neueren Praxis bestrebt, das Replikrecht auch beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung möglichst weitgehend zu wahren; bei der Gewährung der Akteneinsicht gelingt dies jedoch nur begrenzt.

## 5. Neue Tatsachen und Beweismittel

Beschwerdeführende versuchen im Beschwerdeverfahren oft, Ergänzungen bzw. Berichtigungen ihrer Offertunterlagen einzubringen. Wendet die Vergabestelle z.B. ein, eine Referenz habe nicht den Anforderungen entsprochen

<sup>81</sup> Vgl. LANTER, ZBI 2012, S. 172.

<sup>82</sup> Vgl. jedoch SCHINDLER BENJAMIN, Beschleunigungspotentiale im öffentlichen Verfahrensrecht, AJP 21 (2012), S. 13–21.

<sup>83</sup> Im kantonalen Verfahren ist hingegen zu beachten, dass *Gemeinden* sich im Rahmen der ihnen zustehenden Autonomie auch auf die Verfahrensgarantien der BV berufen können; BGE 131 I 91 E. 1; 129 I 313 E. 4.1.

<sup>84</sup> LANTER, ZBI 2012, S. 171.

<sup>85</sup> BVGer, Urteil B-6762/2011 vom 10.2.2012 E. 3. Ebenso DENZLER/HEMPEL, Rz. 39; STEINER, S. 425.

oder ein Zertifikat betreffend Qualitätsmanagement sei bereits abgelaufen, reichen sie vor Gericht weitere Referenzen und das neueste Zertifikat nach.

Nach den anwendbaren Verfahrensordnungen wären solche Noven zumeist zulässig. So können vor Bundesverwaltungsgericht<sup>86</sup> wie auch vor dem Zürcher Verwaltungsgericht<sup>87</sup> neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich vorgebracht werden. Nachträgliche Vorbringen der genannten Art stehen jedoch im Widerspruch zu den Vorschriften des Vergaberechts, nach welchen unvollständige Angebote auszuschliessen sind und eine Berichtigung bzw. Bereinigung der Offerten nur in engen Grenzen zulässig ist.<sup>88</sup> Bei der Überprüfung des Vergabeentscheids durch die Beschwerdeinstanz ist daher grundsätzlich auf Fakten abzustellen, welche der Vergabestelle zum Zeitpunkt des Zuschlags vorlagen.<sup>89</sup> Der Beschwerdeführer kann lediglich vorbringen, dass die Vergabestelle nach den vergaberechtlichen Regeln verpflichtet gewesen wäre, *vor* dem Zuschlag eine Ergänzung oder Berichtigung des mangelhaften Angebots zuzulassen.

## 6. Weitere Verfahrensfragen

Bei der Beschwerde gegen Vergabeentscheide steht den Gerichten *keine Überprüfung der Angemessenheit* zu<sup>90</sup>. Die diesbezüglichen Spezialnormen des Vergaberechts gehen allfälligen anders lautenden Vorschriften<sup>91</sup> der anwendbaren Verfahrensordnung vor.<sup>92</sup>

Hebt das Gericht den angefochtenen Zuschlag auf, so hat es die Möglichkeit, selber einen *neuen Zuschlag* zu erteilen oder die Sache, wenn weitere Abklärungen oder ein Ermessensentscheid erforderlich sind, an die Vergabestelle zurückzuweisen. Nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts wird die Sache selbst dann, wenn der neue Zuschlagsempfänger feststeht, mit einer entsprechenden Weisung an die Vergabestelle zurückgewiesen.<sup>93</sup>

---

<sup>86</sup> Art. 49 lit. b, 52 Abs. 1 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Rz. 2.204 ff.

<sup>87</sup> § 52 in Verbindung mit § 20a VRG. Das zusätzliche Erfordernis, dass das Verwaltungsgericht als erste gerichtliche Instanz entscheidet (§ 52 Abs. 2 VRG), ist bei Beschwerden gegen Vergabeentscheide immer erfüllt.

<sup>88</sup> Art. 25 VöB; §§ 29 und 30 SubmV ZH.

<sup>89</sup> VGer ZH, Urteil VB.2011.00316 vom 28.9.2011 E. 5.2.1; Urteil VB.2009.00369 vom 10.2.2010 E. 5.3; Urteil VB.1999.00348 vom 13.4.2000 E. 5c/bb.

<sup>90</sup> Art. 31 BöB; Art. 16 Abs. 3 IVöB.

<sup>91</sup> Z.B. Art. 49 lit. c VwVG für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht.

<sup>92</sup> STEINER, S. 410 f.

<sup>93</sup> VGer ZH, Urteil VB.2005.00602 vom 22.3.2006 E. 5; vgl. WOLF, ZBI 2003, S. 25 ff.

Dem Umstand, dass die Beschwerdeführenden oft erst im Verlauf des Beschwerdeverfahrens eine ausreichende Begründung des angefochtenen Entscheids erhalten, wird beim Entscheid über *Verfahrenskosten und Parteientschädigung* in unterschiedlicher Weise Rechnung getragen.<sup>94</sup>

## G. Beschwerde an das Bundesgericht

### 1. Rechtsmittel; anfechtbare Entscheide

Die Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Verwaltungsgerichte können beim Bundesgericht mit *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* gemäss Art. 82 ff. BGG angefochten werden, sofern nicht der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. f BGG gegeben ist. Nach dieser Bestimmung ist die Beschwerde auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen nur zulässig, wenn (1.) die Schwellenwerte des Staatsvertragsrechts (GPA und bilaterales Abkommen mit der EG) erreicht werden und sich (2.) eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Rechtsprechung und Lehre stimmen heute darin überein, dass die beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen.<sup>95</sup>

Die massgeblichen Schwellenwerte, die periodisch an Schwankungen des Schweizerfrankens gegenüber internationalen Währungen angepasst werden müssen, werden in einer Verordnung des EVD festgelegt.<sup>96</sup> Ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, beurteilt das Bundesgericht sehr restriktiv.<sup>97</sup>

Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aufgrund der Einschränkung von Art. 83 lit. f BGG nicht zur Verfügung, kann gegen Entscheide der kantonalen Gerichte die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts besteht in diesem Fall kein Rechtsmittel ans Bundesgericht.

<sup>94</sup> STEINER, S. 415; WOLF, ZBl 2003, S. 28 ff.; VGer ZH, Urteil VB.2012.00180 vom 20.7.2012. – Das Zürcher Verwaltungsgericht weist mit der Fristansetzung für die Replik darauf hin, dass die Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid, der erst mit der Beschwerdeantwort ausreichend begründet wurde, in der Regel ohne Kostenfolgen für den Beschwerdeführer zurückgezogen werden kann.

<sup>95</sup> HÄBERLI, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 83 Rz. 149 ff.; HUNGERBÜHLER, Rz. 6.

<sup>96</sup> Zur Zeit gilt die Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 (AS 2011 5581).

<sup>97</sup> Vgl. BGE 133 III 493; BGer, Urteil 2C\_634/2008 vom 11.3.2009 E. 1.3, 1.4; HUNGERBÜHLER, Rz. 12 ff.

*Zwischenentscheide*, z.B. betreffend die aufschiebende Wirkung, sind nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG ans Bundesgericht weiterziehbar. Bei einer Verweigerung der aufschiebenden Wirkung ist die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils in der Regel erfüllt, da nach dem Abschluss des Vertrages das Hauptziel der Beschwerde, der Zuschlag an den Beschwerdeführer, nicht mehr erreicht werden könnte.<sup>98</sup> Wird die aufschiebende Wirkung dagegen gewährt, dürfte dieser Entscheid nur in Ausnahmefällen weiterziehbar sein. Zu beachten ist, dass mit der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung von Verfassungsrecht gerügt werden kann.<sup>99</sup>

## 2. Beschwerdefrist; aufschiebende Wirkung

Die *Frist* für die Beschwerde an das Bundesgericht beträgt 30 Tage.<sup>100</sup> Dieselbe Frist gilt nach heutigem Recht auch für die Beschwerde gegen Zwischenentscheide. Betrifft der angefochtene Entscheid vorsorgliche Massnahmen wie insbesondere die aufschiebende Wirkung, kommen jedoch keine Gerichtsferien zur Anwendung.<sup>101</sup>

Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen *keine aufschiebende Wirkung*; diese kann ihr lediglich auf Gesuch hin erteilt werden.<sup>102</sup> Anders als vor den unteren Gerichten besteht auch keine Verpflichtung, bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zuzuwarten, bevor der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen wird (*kein «Standstill»*).<sup>103</sup> Die Vergabestelle kann daher nach dem Entscheid der Vorinstanz, sofern dieser für sie günstig lautet, ohne Weiteres zum Abschluss des Vertrages schreiten. Will der unterlegene Anbieter dies verhindern, muss er sehr schnell handeln und beim Bundesgericht superprovisorisch ein entsprechendes Verbot beantragen.<sup>104</sup>

## 3. Legitimation

Tritt ein *Anbieter* als Beschwerdeführer auf, so beurteilt sich die Legitimation im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen wie vor der unteren Beschwer-

---

<sup>98</sup> HUNGERBÜHLER, Rz. 28.

<sup>99</sup> Art. 98 BGG. Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gilt als vorsorgliche Massnahme im Sinn dieser Bestimmung; vgl. SCHOTT, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 98 Rz. 15.

<sup>100</sup> Art. 100 BGG.

<sup>101</sup> Art. 46 Abs. 2 BGG; HUNGERBÜHLER, Rz. 30.

<sup>102</sup> Art. 103 Abs. 3 BGG; HUNGERBÜHLER, Rz. 48.

<sup>103</sup> BGer, Urteil 2C\_634/2008 vom 11.3.2009 E. 2.2; BEYELER, Vergaberecht, Rz. 2503 ff.

<sup>104</sup> Vgl. BGer, Urteil 2D\_12/2009 vom 18.6.2009 E. 5.3.

deinstanz. Setzt sich jedoch eine *Vergabestelle* gegen die Aufhebung ihres Entscheids durch die untere Beschwerdeinstanz zur Wehr, bedarf ihre Legitimation einer besonderen Grundlage:

- Bei Beschaffungen durch Bundesbehörden steht dem betroffenen Departement oder einer Dienststelle desselben die Behördenbeschwerde nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG zur Verfügung.<sup>105</sup>
- Bei Auftraggeberinnen ausserhalb der Bundesverwaltung, die dem Beschaffungsrecht des Bundes unterstehen,<sup>106</sup> ist die Rechtslage weniger klar. Deren Legitimation wird von Fall zu Fall zu prüfen sein.
- Gemeinden können sich im Beschaffungsverfahren auf ihre Autonomie berufen und zu deren Verteidigung Beschwerde führen.<sup>107</sup> Dasselbe muss für «andere öffentlich-rechtliche Körperschaften»<sup>108</sup> auf Gemeindestufe gelten.
- Ob auch Kantone bzw. ihre Amtsstellen die Möglichkeit haben, einen sie désavouierenden Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts weiterzuziehen, ist hingegen fraglich, da sie sich gegenüber einem kantonalen Gericht – anders als die Gemeinden – nicht auf eine verfassungsrechtlich geschützte Autonomie berufen können.<sup>109</sup>
- Für andere Träger öffentlicher Aufgaben gemäss kantonalem Beschaffungsrecht<sup>110</sup> wird vorab zu unterscheiden sein, ob sie dem kommunalen oder kantonalen Bereich zugehören. Bezüglich ihrer Legitimation ist noch vieles unklar.

#### IV. Die Beschwerde gegen andere Vergabeentscheide

Nicht nur gegen den Zuschlag, sondern auch gegen weitere vergaberechtliche Entscheide steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht oder ein kantonales Gericht zur Verfügung. Die anfechtbaren Verfügungen werden in den Erlassen ausdrücklich bezeichnet,<sup>111</sup> doch werden diese Aufzählungen

<sup>105</sup> Vgl. jedoch zur Frage der Anfechtung von Entscheiden betreffend die aufschiebende Wirkung HUNGERBÜHLER, Rz. 34.

<sup>106</sup> Art. 2 Abs. 1 und 2 BöB; Art. 2a VöB.

<sup>107</sup> BGE 138 I 143 E. 1.3.2.

<sup>108</sup> Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 134 II 45; 133 II 400; HUNGERBÜHLER, Rz. 33.

<sup>110</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. c und d sowie Art. 8 Abs. 2 IVöB.

<sup>111</sup> Art. 29 BöB; Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> IVöB.

zumeist nicht als abschliessend verstanden.<sup>112</sup> Einzelne Entscheide, bei deren Anfechtung das Beschwerdeverfahren Besonderheiten aufweist, werden im Folgenden näher betrachtet.

## A. Präqualifikation im selektiven Verfahren

Der Anbieter, der in einem selektiven Verfahren einen Antrag auf Teilnahme eingereicht hat, von der Vergabestelle jedoch nicht zum Einreichen eines Angebots zugelassen wird,<sup>113</sup> ist ohne Weiteres zur Anfechtung dieses Zulassungsentscheids (Präqualifikation) *legitimiert*. Ob auch ein zugelassener Anbieter gegen die Zulassung eines andern Anbieters Beschwerde erheben kann, ist nicht geklärt.

Besondere Aufmerksamkeit erfordern in diesem Verfahren *vorsorgliche Anordnungen*, da die blosser Erteilung der aufschiebenden Wirkung hier nicht ausreicht bzw. deren Folgen unklar sind. In der Regel wird dem beschwerdeführenden Anbieter gestattet, auf eigenes Risiko eine Offerte einzureichen, und der Vergabestelle einstweilen untersagt, die eingegangenen Offerten zu öffnen.

## B. Ausschluss vom Verfahren

Beim Ausschluss eines Anbieters vom Vergabeverfahren ist zunächst zu klären, ob gleichzeitig ein Zuschlag an einen andern Anbieter erteilt wurde.<sup>114</sup> Ist *noch kein Zuschlag ergangen*, kann mit der Beschwerde ohne Weiteres die Aufhebung des Ausschlusses und die Wiederm Zulassung zum Verfahren verlangt werden. Mit Bezug auf die aufschiebende Wirkung stellen sich ähnliche Fragen wie bei der Beschwerde gegen die Präqualifikation; je nach Verfahrenslage ist der Vergabestelle einstweilen zu untersagen, einen Zuschlag zu erteilen.

Die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs bereitet in dieser Situation grosse Schwierigkeiten, da dem Beschwerdeführer (und potentiellen Anbieter) wäh-

---

<sup>112</sup> Für das Bundesrecht STEINER, S. 411 f., zur Anfechtbarkeit des Widerrufs; für das kantonale Recht VGer ZH, Urteil VB.2003.00058 vom 11.2.2004 E. 2.1, RB 2004 Nr. 43, unter Hinweis auf Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 15 BöB; Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB.

<sup>114</sup> Die Erteilung eines Zuschlags mit gleichzeitigem Ausschluss eines andern Anbieters ist nach der Praxis zulässig; VGer ZH, Urteil VB.2001.00359 vom 24.5.2002 E. 4a, RB 2002 Nr. 49; Urteil VB.1999.00015 vom 17.2.2000, RB 2000 Nr. 70 E. 6c.

rend des noch laufenden Vergabefahrens keine Akteneinsicht zusteht<sup>115</sup> und vermieden werden muss, dass er Informationen erhält, die ihm für den Fall seiner Wiedereingliederung ins Vergabeverfahren einen unzulässigen Vorteil verschaffen.

Ist zugleich mit dem Ausschluss auch der *Zuschlag an einen andern Anbieter* ergangen, stellt sich die Frage, gegen welches Anfechtungsobjekt die Beschwerde zu richten ist. Ficht der Beschwerdeführer nur den Ausschluss an, kann ihm bei strenger Betrachtung entgegen gehalten werden, dass der Zuschlag inzwischen in Rechtskraft erwachsen und sein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung des Ausschlusses damit erloschen sei. Eine grosszügigere Rechtsprechung interpretiert die Beschwerde jedoch dahin gehend, dass sie sich sinngemäss auch gegen den Zuschlag richtet.<sup>116</sup> Auf jeden Fall ist mit der Begründung der Beschwerde nicht nur darzulegen, dass der Ausschluss des Beschwerdeführers ungerechtfertigt ist, sondern auch, weshalb der Zuschlag an ihn zu erfolgen hat. Denn wenn er keine Chance auf den Zuschlag hat, besitzt er auch kein schützenswertes Interesse an der Anfechtung des Ausschlusses.<sup>117</sup>

### C. Freihändige Vergabe

Bei einer freihändigen Beschaffung besteht für den nicht berücksichtigten Konkurrenten die erste Schwierigkeit darin, überhaupt Kenntnis vom Vergabeentscheid zu erhalten. Im Anwendungsbereich der Staatsverträge besteht eine *Pflicht zur Publikation* aller freihändigen Vergaben,<sup>118</sup> die jedoch, wie die kürzlich bekannt gewordenen Fälle in der Bundesverwaltung zeigen, nicht immer eingehalten wird.<sup>119</sup> Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs besteht keine Publikationspflicht;<sup>120</sup> hat die Vergabestelle jedoch vor dem Entscheid

<sup>115</sup> Das Bundesrecht schliesst sie ausdrücklich aus: Art. 26 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 26–28 VwVG; Art. 26 Abs. 5 VöB. Vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 759 f., 898 f.; STEINER, S. 416; WOLF, ZBl 2003, S. 22.

<sup>116</sup> Das entspricht der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts wie auch des Zürcher Verwaltungsgerichts.

<sup>117</sup> VGer TI, Baurecht 2/2006, S. 95 Nr. S94.

<sup>118</sup> Art. XVIII Ziff. 1 GPA; Art. 28 VöB; § 35 SubmV ZH. Zu Begründung und Rechtsmittelbelehrung vgl. WOLF, Freihändige Beschaffung, Rz. 72 ff.

<sup>119</sup> Vgl. den Bericht vom 13.6.2012 zur Administrativuntersuchung betreffend Beschaffungsprozesse beim Projekt INSIEME der Eidg. Steuerverwaltung.

<sup>120</sup> Sofern nicht das anwendbare kantonale Recht dennoch eine Publikation vorschreibt. Im Kanton Zürich ist dies nicht der Fall; vgl. § 35 SubmV ZH.

Konkurrenzofferten eingeholt,<sup>121</sup> ist dieser den nicht berücksichtigten Anbietern m.E. mitzuteilen.<sup>122</sup>

Gegenüber freihändigen Vergaben stehen grundsätzlich dieselben *Rechtsmittel* zur Verfügung wie gegen andere Vergabeentscheide. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das kantonale Recht jedoch freihändige Beschaffungen unterhalb der (kantonalen) Schwellenwerte von der Beschwerde ausschliessen; davon haben bisher die Kantone Bern und Aargau Gebrauch gemacht.<sup>123</sup>

Wird der Entscheid publiziert bzw. individuell eröffnet, gelten für die *Beschwerdefrist* die vorn genannten Regeln. In den andern Fällen läuft dem potentiellen Beschwerdeführer grundsätzlich eine Frist ab dem Zeitpunkt, da er vom Entscheid erfährt; wurde kein formeller Vergabeentscheid getroffen, sondern direkt der Vertrag abgeschlossen, ist der Vertragsschluss massgeblich. Liegt dieser Zeitpunkt sehr weit zurück, ist eine Beschwerde jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht mehr möglich.<sup>124</sup>

Mit Bezug auf die *Legitimation* zur Beschwerdeführung ist zu unterscheiden: Zur Rüge, dass eine freihändige Vergabe gar nicht zulässig gewesen sei, ist der Beschwerdeführer befugt, wenn er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht.<sup>125,126</sup> War das freihändige Verfahren jedoch zulässig und wird bloss dessen Ergebnis angezweifelt, sind sowohl die Legitimation wie auch die Möglichkeiten zur Überprüfung des Entscheids ungewiss.<sup>127</sup>

Da der Zuschlag nicht mehr angefochten werden kann, nachdem der Vertrag (zulässigerweise) abgeschlossen wurde, kommt bei der Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe in der Regel weder die Erteilung der *aufschiebenden Wirkung* noch die *Aufhebung des Zuschlags* in Frage. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss die Vergabestelle je-

---

<sup>121</sup> Zu dieser Möglichkeit WOLF, *Freihändige Beschaffung*, Rz. 57 ff.

<sup>122</sup> WOLF, *Freihändige Beschaffung*, Rz. 71; vgl. BEYELER, *Vergaberecht*, Rz. 2537.

<sup>123</sup> BGE 131 I 137 (Sigriswil); vgl. WOLF, *Freihändige Beschaffung*, Rz. 81 f.

<sup>124</sup> Zum Ganzen WOLF, *Freihändige Beschaffung*, Rz. 79, 83.

<sup>125</sup> BGE 125 II 86 E. 4; BVGer, *Zwischenentscheid B-5729/2009* vom 15.10.2009 E. 3.4; VGer ZH, *Urteil VB.2001.00116* vom 9.11.2001 E. 2, in: ZBl 104 (2003), S. 57 = RB 2001 Nr. 20; HUNGERBÜHLER, Rz. 31; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 868; WOLF, *Freihändige Beschaffung*, Rz. 84 f.

<sup>126</sup> Zur Rüge, dass anstelle der freihändigen Vergabe ein *Einladungsverfahren* hätte durchgeführt werden müssen, ist er nach der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts legitimiert, wenn er offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählt; VGer ZH, *Urteil VB.2001.00116* vom 9.11.2001 E. 2, in: ZBl 104 (2003), S. 57 = RB 2001 Nr. 20.

<sup>127</sup> WOLF, *Freihändige Beschaffung*, Rz. 85, 92 f.



doch in vielen Fällen auch Entscheide betreffend (nicht dringliche) freihändige Beschaffungen vorgängig eröffnen und mit dem Vertragsschluss zuwarten, bis feststeht, ob eine Beschwerde erhoben und dieser aufschiebende Wirkung gewährt wird.<sup>128</sup> Wieweit diese Rechtsprechung sich auch im kantonalen Vergaberecht durchsetzt, ist noch nicht erkennbar.

## D. Zuschlag im Einladungsverfahren

Gegen Vergabeentscheide, die in einem Einladungsverfahren ergehen, steht nur im kantonalen Recht eine Beschwerde zur Verfügung. Ein Einladungsverfahren kennt zwar auch das Vergaberecht des Bundes,<sup>129</sup> doch findet dieses nur bei Beschaffungen unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte Anwendung, für welche von vornherein kein Rechtsschutz besteht.<sup>130</sup>

Erhebt ein zum Verfahren *eingeladener Anbieter*, der eine Offerte eingereicht hat, Beschwerde gegen den Zuschlag an einen andern Eingeladenen, stellen sich weitgehend dieselben Fragen wie beim Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag in einem offenen oder selektiven Verfahren. Nicht legitimiert ist der eingeladene Anbieter zur Rüge, es hätte gar kein Einladungsverfahren durchgeführt werden dürfen.<sup>131</sup>

Ein *nicht eingeladenener Anbieter* steht zunächst wie bei einer freihändigen Vergabe vor der Schwierigkeit, vom Verfahren bzw. vom Zuschlag Kenntnis zu erhalten.<sup>132</sup> Für das Einladungsverfahren besteht ebenso wenig wie für eine freihändige Vergabe unterhalb des Staatsvertragsbereichs eine Publikationspflicht.

Der nicht eingeladene Anbieter ist befugt, mit der Beschwerde zu beanstanden, dass kein Einladungsverfahren zulässig sei, sondern ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden müsse. Wie bei der Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe hat er darzutun, dass er am betreffenden Auftrag interessiert und in der Lage ist, diesen zu übernehmen.

Ist das Einladungsverfahren hingegen zulässig, hat kein Anbieter einen Anspruch, eingeladen zu werden, und es kann daher auch mit der Beschwerde keine Zulassung erreicht werden. Ob der nicht eingeladene Anbieter das Ver-

<sup>128</sup> BVGer, Zwischenentscheid B-3402/2009 vom 2.7.2009 E. 7.2. Vgl. zum Ganzen: BEYELER, Vergaberecht, Rz. 2538 ff.; WOLF, Freihändige Beschaffung, Rz. 75 ff., 86 ff.

<sup>129</sup> Art. 35 VöB.

<sup>130</sup> Vorn III/A/2.

<sup>131</sup> VGer ZH, Urteil VB.2003.00116 vom 11.9.2003 E. 2.

<sup>132</sup> Vorn IV/C.

fahren bzw. den Zuschlag mit der Begründung beanstanden könnte, es sei keine genügende Zahl von Anbietenden eingeladen worden,<sup>133</sup> ist aus demselben Grund fraglich.

Einen Anspruch auf Einladung hat das Zürcher Verwaltungsgericht ausnahmsweise anerkannt zugunsten eines Beschwerdeführers, der zu einem ersten Verfahren eingeladen war, mit seiner Beschwerde gegen den Zuschlag dann eine Wiederholung des Verfahrens erreichte, zu der Wiederholung jedoch nicht mehr eingeladen wurde.<sup>134</sup>

## V. Die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens

### A. Beschwerdeführer

Die Stellung des Beschwerdeführers wurde im Zusammenhang mit den einzelnen Beschwerdemöglichkeiten behandelt.

### B. Vergabestelle

Das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet die für die Beschaffung zuständigen Stellen (Departement, Amt, Direktion) sowie ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden selbständigen Einheiten (SBB, ETH usw.) im Beschwerdeverfahren als «Vergabestellen» und gewährt ihnen die Rechtsstellung einer Verfahrenspartei.

Im Beschwerdeverfahren vor dem Zürcher Verwaltungsgericht wird die öffentlich- oder privatrechtlich organisierte Einheit, für welche die Beschaffung durchgeführt wird (zumeist eine Gemeinde oder der Kanton), als Verfahrenspartei («Beschwerdegegnerin», «Beschwerdegegner») behandelt. Die eigentliche Vergabestelle, d.h. die Behörde oder Amtsstelle mit selbständiger Entscheidungsbefugnis, die den angefochtenen Entscheid getroffen hat, gilt nicht als Partei des Verfahrens, sondern lediglich als Vertreterin des Beschwerdegegners. In den Urteilsabwägungen werden diese Funktionen nicht immer klar auseinander gehalten, was jedoch zu keinen praktischen Schwierigkeiten führt.

---

<sup>133</sup> Gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. b<sup>bis</sup> IVöB muss die Auftraggeberin wenn möglich mindestens drei Angebote einholen.

<sup>134</sup> VGer ZH, Urteil VB.2003.00058 vom 11.2.2004 E. 3, RB 2004 Nr. 43.

Auf Fragen im Zusammenhang mit der Legitimation der Vergabestellen zur Beschwerde an das Bundesgericht wurde bereits hingewiesen.<sup>135</sup>

### C. Zuschlagsempfängerin

Die Zuschlagsempfängerin ist berechtigt, am Beschwerdeverfahren teilzunehmen, und kann dementsprechend alle Parteirechte beanspruchen. Sie ist jedoch nicht zur aktiven Teilnahme verpflichtet.<sup>136</sup> Beteiligt sie sich nicht, so trägt sie bei Gutheissung der Beschwerde keine Verfahrenskosten, hat aber bei deren Abweisung auch keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht wird sie zu Beginn des Verfahrens als «Zuschlagsempfängerin» bezeichnet und zu einer Erklärung angehalten, ob sie Parteirechte wahrnehmen will; bejaht sie dies, gilt sie in der Folge als «Beschwerdegegnerin», andernfalls wird sie nicht mehr am Verfahren beteiligt. Das Zürcher Verwaltungsgericht beteiligt die Zuschlagsempfängerin am gesamten Beschwerdeverfahren, auch wenn sie nicht aktiv mitwirkt. Das kann sich nachteilig auf den Verfahrensablauf auswirken, weil Fristen auch ihr gegenüber abgewartet werden müssen. Dafür erhält sie die Möglichkeit, in einem späteren Verfahrensabschnitt noch einzugreifen, wenn z.B. ein Begehren um Akteneinsicht ihre Geschäftsgeheimnisse berührt. Sie wird während des ganzen Verfahrens als «Mitbeteiligte» bezeichnet, was ihrer Parteistellung, sofern sie aktiv mitwirkt, eigentlich nicht gerecht wird.

Für eine aktive Verfahrensteilnahme der Zuschlagsempfängerin spricht neben dem erwähnten Schutz von Geschäftsgeheimnissen die Möglichkeit, die Vergabestelle im Prozess zu unterstützen. Sie kann im Beschwerdeverfahren auch Einwände vorbringen, welche der Vergabestelle nicht in gleicher Weise zustehen. So kann sie z.B. darauf hinweisen, dass die Beschwerdeführerin ein Eignungskriterium nicht erfülle und deshalb keine Chance auf den Zuschlag habe. Die Vergabestelle könnte diesen Einwand nicht überzeugend vorbringen, da sie die Beschwerdeführerin zum Verfahren zugelassen hat und somit gegen ihre eigene frühere Beurteilung argumentieren müsste.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Vorn III/G/3.

<sup>136</sup> Das entspricht jedenfalls der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und des Zürcher Verwaltungsgerichts.

<sup>137</sup> Vgl. VGer ZH, Urteil VB.2012.00243 vom 21.9.2012 E. 2.3.

## **D. Weitere Anbieterinnen**

Anbieterinnen, die am Vergabeverfahren teilgenommen, aber weder den Zuschlag erhalten noch Beschwerde erhoben haben, werden in der Regel nicht ins Beschwerdeverfahren einbezogen.

Man kann sich allerdings fragen, ob bei der Beschwerde eines Interessenten, der im selektiven Verfahren nicht zum Angebot eingeladen wurde, nicht auch die bereits zugelassenen (präqualifizierten) Anbieter Gelegenheit erhalten sollten, sich am Beschwerdeverfahren zu beteiligen, da ihnen die Zulassung eines weiteren Konkurrenten droht. Die Frage ist ebenso wenig geklärt wie jene nach der Legitimation eines präqualifizierten Anbieters, der gegen die Präqualifikation eines andern Beschwerde führen will.<sup>138</sup>

Eine ähnliche Situation besteht, wenn ein Anbieter während des Vergabeverfahrens (vor dem Zuschlag) vom Verfahren ausgeschlossen wird und diesen Entscheid anfecht. Sind die verbleibenden Anbieter, die an sich ein Interesse am Ausschluss des Konkurrenten haben, an diesem Beschwerdeverfahren zu beteiligen? Ein solches Vorgehen stünde der Schwierigkeit gegenüber, dass den Anbietern in diesem Stadium des Vergabeverfahrens keine Einsicht in die Akten gewährt werden kann, ohne das Verfahren zu beeinträchtigen.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Vorn IV/A.

<sup>139</sup> Zur analogen Problematik mit Bezug auf den Beschwerdeführer vgl. vorn IV/B.