

Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen

Von Dr. iur. *Herbert Lang*, Stv. Generalsekretär der Baudirektion des Kantons Zürich¹

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	225
I. <i>Offertenbehandlung</i>	226
1. Einreichung der Angebote/ Allgemeine Bedingungen	226
a) Einreichungsort und Fristwahrung	226
b) Form	228
c) Verbindlichkeit	230
d) Sprache	231
e) Vergütung	231
2. Öffnung der Angebote	231
a) Offenes/ selektives Verfahren	231
b) Einladungsverfahren/ freihändiges Verfahren	233
3. Ausschluss von Anbietenden	234
a) Katalog der Ausschlussgründe	234
b) Einzelprobleme	234
4. Prüfung der Angebote/ Erläuterungen	237
5. Verhandlungen	238
6. Ungewöhnlich niedrige Angebote	239
II. <i>Zuschlag</i>	241
1. Kriterien	241
a) Allgemeines	241
b) Praxisfragen	242
2. Aufteilung des Auftrags	247
3. Begründung und Bekanntmachung des Zuschlags	247
4. Widerruf des Zuschlags	248
5. Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Verfahrens	248

Einleitung

Nach der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung oder direkten Mitteilung zuhanden der Anbietenden wartet die Vergabestelle

¹ Überarbeitetes, auf den Stand Ende 1999 gebrachtes Referat, gehalten anlässlich der Veranstaltung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen am 3. Dezember 1999 in Luzern zum Thema «Spezielle Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens». – Für wertvolle Hinweise zum Referat danke ich Frau RA lic. iur. *Claudia Schneider Heusi*, Hochbauamt, Baudirektion Kanton Zürich.

mit Spannung auf die Angebote. Sie hat diese zu prüfen und so zusammenzustellen, dass ein Vergabeentscheid, d. h. der «Zuschlag», möglich ist. In diesem Zusammenhang sind in der Praxis immer wieder heikle Fragen zu behandeln, ohne dass man aber vielfach heute schon wüsste, wie die definitiven Lösungen einmal aussehen werden.

I. Offertenbehandlung

1. Einreichung der Angebote/Allgemeine Bedingungen

a) Einreichungsort und Fristwahrung

Die zu der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994² gehörenden Vergaberichtlinien (VRöB)³ vom 1. Dezember 1995 schreiben vor, dass die Angebote innert Frist bei der in der Ausschreibung genannten Stelle *eintreffen* müssen⁴. Das Nichteinhalten der Eingabefrist wird regelmässig als Ausschlussgrund bezeichnet⁵. Da sich das Vergabewesen auf internationale Bereiche ausgedehnt hat, soll nicht mehr der (Schweizer) Poststempel, sondern der Eingang bei der genannten Stelle, die in der Praxis meistens die Vergabestelle sein wird, massgebend sein. Dies entspricht auch dem System des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA)⁶ vom 15. April 1994⁷. Dadurch soll vermieden werden, dass sich Anbietende aus dem Ausland auch bei grosser Verspätung noch auf einen ausländischen Poststempel berufen können, oder dass sie Diskriminierung geltend machen, wenn man von ihnen eine Postaufgabe in der Schweiz verlangen würde. Diese Regelung wurde in der Praxis zum Teil als wenig praktikabel kritisiert und

² SR 0.632.2. Diesem Konkordat sind inzwischen alle Kantone ausser AI und BL beigetreten. (Der Regierungsrat des Kantons BL hat inzwischen am 25. Januar 2000 den Beitritt erklärt).

³ Vgl. den Abdruck in *Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Anhang VIII, S. 312 ff.

⁴ § 21 Abs. 1 VRöB; so auch: BS: § 15 Abs. 1 Submissionsverordnung vom 19. April 1994; FR: Art. 23 Abs. 1 Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen vom 28. April 1998 (ÖBR); SH: § 21 Abs. 1 Verordnung zur IVöB (VIVöB) vom 9. April 1996; SO: § 21 Abs. 1 Submissionsverordnung vom 17. Dezember 1996; UR: Art. 27 Abs. 1 Submissionsverordnung vom 11. Dezember 1996; ZH: § 24 Abs. 1 Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SVO).

⁵ Vgl. z. B. ZH: § 26 Abs. 1 lit. d SVO. AG: § 15 Abs. 3 Submissionsdekret (SubmD) vom 26. November 1996, GL: Art. 16 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 17. Dezember 1997 und SO: § 22 Abs. 2 Submissionsverordnung verlangen, dass verspätet angelangte Eingaben ausgeschieden und den Absendern unverzüglich zurückgegeben werden. GR: Art. 12 Abs. 2 Submissionsgesetz (SubG) vom 7. Juni 1998 statuiert, dass nachträgliche Angebote «nicht angenommen und berücksichtigt werden» dürfen.

⁶ SR 0.632.241.42.

⁷ Art. XIII Ziffer 2.

bei der kantonalen Umsetzung teilweise nicht übernommen⁸. Ein Abstellen auf den Schweizer Poststempel könnte künftig aber auch unterhalb der Schwellenwerte mit den Anliegen der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung in Konflikt kommen. Es fragt sich daher auch, ob es sinnvoll ist, zwei verschiedene Regeln anzuwenden, wie dies einige Kantone tun⁹.

Beim Bund¹⁰ gelten für die Fristwahrung die allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens, d. h. das Angebot muss rechtzeitig bei der Vergabestelle selbst, bei der Schweizer Post oder bei einer Schweizer Vertretung im Ausland eingereicht werden (von wo ein- bis zweimal pro Woche ein Kurierdienst in die Schweiz erfolgt).

Hinsichtlich der *Praktikabilität* habe ich schon früher darauf hingewiesen, dass sich eine Regelung, die auf das Eintreffen abstellt, in der Praxis mit den heutigen Möglichkeiten der Schnellzustellung durch Post und Kurierdienste durchaus als funktionsfähig erweisen dürfte¹¹. Inzwischen gibt es verschiedene Angebote der Post und anderer Firmen, die – wenn auch zu einem momentan noch eher hohen Preis – ein Eintreffen zu einem bestimmten Termin garantieren. Die Umstellung auf die neue Regelung ist im Kanton Zürich nach gewissen anfänglichen Problemen (Beachtung der neuen Regelung etc.) recht gut verlaufen.

Wird auf das *Eintreffen* bei der Vergabestelle abgestellt, ist es wichtig, dass die Angebote ohne Verzug *am richtigen Ort* ankommen. Es empfiehlt sich daher, auch

⁸ So wird verschiedenenorts weiterhin auf den Poststempel abgestellt: Vgl. z. B. AG: § 14 Abs. 1 SubmD.

LU sieht in § 11 Abs. 3 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBV) vom 7. Dezember 1998 vor, dass Angebote bei der «bezeichneten Stelle eingereicht» oder «zu ihren Händen der Post übergeben» werden können, doch müssen sie «bis spätestens am Vortag der Offertöffnung eintreffen».

⁹ Teilweise wird für den Bereich der IVöB die VRöB-Regelung übernommen, im übrigen aber eine besondere Lösung, die wiederum auf den Poststempel abstellt, gewählt: SH: § 21 Abs. 1 VIVöB bzw. § 18 Abs. 1 Submissionsverordnung vom 2. November 1976 in der Fassung vom 27. Oktober 1998; SZ: § 21 Abs. 1 Vollzugsverordnung zur IVöB vom 25. Juni 1996 bzw. § 8 Submissionsverordnung vom 6. Februar 1976/6. März 1996.

GR: Art. 12 Abs. 1 der Submissionsverordnung (SubV) vom 23. Juni 1998 schreibt gar vor, dass die Angebote «mit dem Stempel einer schweizerischen Poststelle versehen eingereicht werden» müssen, während Art. 24 Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen zur IVöB (RABöB) vom 17. Dezember 1996 die Lösung der VRöB übernimmt.

¹⁰ Auch GL sieht in Art. 15 Abs. 1 der Submissionsverordnung vor, dass die Angebote «am letzten Tag der Frist eingereicht oder der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen Vertretung im Ausland übergeben werden» müssen. Ähnlich die Regelung von TG, wo gemäss § 31 Abs. 1 der Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 10. Juni 1997 «bei internationalen Vergaben» «zur Fristwahrung die rechtzeitige Übergabe an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung genügt».

¹¹ *Herbert Lang*, Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen / Das Abkommen Schweiz – EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Nicolas Michel/Roger Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 34.

wenn dies nicht wie in einigen Kantonen¹² ausdrücklich vorgeschrieben ist, dass die Vergabestelle verlangt, dass die Angebote besonders zu kennzeichnen sind, insbesondere durch eine Beschriftung des Couverts mit dem Objekt und der ausgeschriebenen Arbeitsgattung. Es dürfte dabei von Vorteil sein, wenn für die Übermittlung ein vorbereiteter Kleber mit der Adresse der Vergabestelle abgegeben wird. Es ist auch sicherzustellen, dass die Möglichkeit besteht, Angebote direkt am Einreichungsort abzugeben; dieser sollte genau und mit den Öffnungszeiten bezeichnet werden und es sollte eine Abgabebestätigung erhältlich sein.

Das Risiko des rechtzeitigen Eintreffens tragen bei der Lösung der VRöB die Anbietenden. Sie haben – wie bereits angetönt – die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit ihr Angebot rechtzeitig ankommt. Oft stellt sich in der Praxis die Frage, wie weit die Pflichten der Anbietenden tatsächlich gehen und ob allenfalls eine gewisse Toleranz möglich ist. Zunächst muss hier wohl betont werden, dass Fehler der Vergabestelle (z. B. bei der internen Weiterleitung) den Anbietenden nicht angelastet werden dürfen. Ansonsten ist allerdings eine Toleranz von der rechtlichen Regelung her kaum möglich (selbst wenn dies in der Praxis teilweise so gehandhabt wird). Dies ist auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung gerechtfertigt und verhindert schwierige Abgrenzungsentscheide.

b) Form

aa) Schriftlichkeit

Die Angebote müssen nach den heute geltenden Regeln¹³ schriftlich, direkt oder per Post, erfolgen, wobei mit «Post» offensichtlich die «Brief- oder Paketpost» gemeint ist. Offerten per Telex, Telefax oder Telegramm sowie telefonische Angebote sind danach unzulässig (ebenso natürlich Angebote per E-Mail)¹⁴.

In der Praxis wird allerdings immer wieder von Anbietenden die Frage aufgeworfen, ob nicht auch die Möglichkeit bestehe, mit *elektronischen Mitteln* zu offerieren. Bisher war die allgemeine Haltung gegenüber solchen Wünschen eher reserviert, da die Vergabestellen geltend machen, es sei kaum abzuklären, ob die elektronisch festgehaltenen Angebote tatsächlich dem Leistungsverzeichnis der

¹² GR: Art. 24 Abs. 1 RABöB: Die Angebote müssen «äusserlich sichtbar mit der verlangten Aufschrift (Stichwort) versehen» werden; ähnlich auch Art. 12 Abs. 1 SubV. Wird dies nicht oder nicht korrekt befolgt, droht der Ausschluss (Art. 16 lit. a SubG). LU: § 11 Abs. 1 öBV: Bezeichnung «Angebot» auf dem Zustellumschlag. SO: § 21 Abs. 1 Submissionsverordnung verlangt das «geforderte Kennwort»; SZ: § 8 Abs. 1 Submissionsverordnung: «Der Gegenstand des Wettbewerbs ist auf dem Umschlag zu bezeichnen». UR: Art. 27 Abs. 2 Submissionsverordnung: «Die Angebote sind in verschlossenem Umschlag einzureichen. Der Umschlag ist mit einem Hinweis auf die konkrete Ausschreibung zu versehen».

¹³ § 21 Abs. 1 VRöB und die meisten kantonalen Regelungen.

¹⁴ Anträge auf Teilnahme im selektiven Verfahren können allerdings auf solchen Wegen übermittelt werden.

Vergabestelle entsprechen, d. h. keine Änderungen, Lücken oder unzulässigen Ergänzungen aufweisen. Ebenso werden Probleme hinsichtlich der Gültigkeit von derart übermittelten Unterschriften geltend gemacht, und es stellen sich weitere, praktische Fragen, wie z. B. bezüglich der Offertöffnung und der Behandlung von Beilagen. Das GPA sieht zwar die Übermittlung mit gewissen Telekommunikationsmedien vor¹⁵, doch ist für die Gültigkeit des Angebots die Nachreichung einer Papierversion erforderlich, so dass das Vorgehen m. E. wenig sinnvoll ist.

Es ist aber abzusehen, dass sich in diesem Bereich schon bald Änderungen aufdrängen werden. So ist die EU schon seit einiger Zeit daran, ein effizientes elektronisches Auftragswesen vorzubereiten, das schliesslich den gesamten Beschaffungsprozess umfassen soll¹⁶.

In der Schweiz ist das Thema «Elektronische Beschaffung» bisher kaum über den Bereich der elektronischen Ausschreibung hinausgelangt¹⁷. So gibt es einige Kantone, die ihr Amtsblatt auf Internet zugänglich gemacht haben¹⁸, während andere speziell über Ausschreibungen orientieren¹⁹. Sehr weit gediehen erscheint die Elektronifizierung im Kanton Waadt²⁰, der für diesen Zweck eine vielfältig ausgebaute Homepage unterhält.

bb) Vollständigkeit

Auf die Vollständigkeit der Angebote wird verständlicherweise grossen Wert gelegt; nur so können korrekte Vergleiche zwischen den Angeboten angestellt werden. Die Unvollständigkeit von Angeboten ist daher regelmässig ein Ausschlussgrund in den Beschaffungsregeln²¹. Die Unvollständigkeit kann auch darin liegen, dass die Unterschrift fehlt²². Ebenso ist es unzulässig, den Angebotstext zu ändern, es sei denn, Varianten seien zulässig²³, werden separat abgegeben und klar als solche bezeichnet.

¹⁵ Vgl. Art. XIII Ziff. 1 lit. a GPA; GR: Art. 12 Abs. 2 SubV verlangt, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung festhält, «inwieweit mit elektronischen Datenträgern unterstützte Angebote zugelassen sind», doch sind in jedem Fall die «unterzeichneten Originalformulare mit allen verlangten Unterlagen beizulegen».

¹⁶ Vgl. dazu die NZZ vom 1. Dezember 1999, S. 23: «Die EU regelt die digitale Signatur» (durch Erlass einer Richtlinie) sowie *Thomas Westphal*, Elektronische Abwicklung von Vergabeverfahren – Revolution des Vergabewesens? Ansatz und Perspektiven der Europäischen Kommission, in: Forum Vergabe 98, Badenweiler Gespräche, Schriftenreihe des Forums Vergabe e. V., Heft 5, Köln 1998, S. 157 ff.

¹⁷ Vgl. dazu «Soumission électronique/Elektronische Ausschreibung», Baurecht 4/99, S. 152.

¹⁸ Vgl. z. B. TI (www.ti.ch) und ZH (www.amtsblatt.zh.ch).

¹⁹ z. B. BL (www.bl.ch).

²⁰ Vgl. www.marches-publics.vd.ch.

²¹ Vgl. z. B. ZH: §26 Abs. 1 lit. d SVO («fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstextes»).

²² Vgl. dazu unten I.3.b.

²³ Betreffend Zulässigkeit von Varianten vgl. VGr ZH, VB.99.00125 vom 3. November 1999 = Baurechtsentscheide Kanton Zürich (BEZ) 4/99 Nr. 36.

Fehlen Angebotsteile oder Beilagen, wird in der Praxis oft die Frage aufgeworfen, ob es zulässig sei, den Anbietenden Gelegenheit zu geben, diese nachzuliefern. Dies ist, mindestens bei den grundlegenden Dokumenten, nur möglich, wenn in den Unterlagen das Erfordernis der Einreichung nicht deutlich genannt wurde. Es empfiehlt sich, in den Ausschreibungsunterlagen klar darauf hinzuweisen, welche Beilagen und/oder zusätzlichen Unterlagen verlangt werden und auf den drohenden Ausschluss bei Nichteinreichung hinzuweisen.

c) *Verbindlichkeit*

Nach dem Ablauf der Eingabefrist darf das Angebot – unter Vorbehalt der Möglichkeiten der Vergabestelle bei der Korrektur offensichtlicher Fehler – nicht mehr geändert werden²⁴; es ist also verbindlich²⁵. Aus Umkehrschluss muss man m. E. annehmen, dass Anbietende, die noch vor dem Ende der Eingabefrist Fehler in ihrem Angebot entdecken, ein verbessertes Angebot einreichen dürfen²⁶. Damit beantwortet sich auch die Frage, ob Anbietende von ihrem Angebot überhaupt zurücktreten können und bis wann dies zulässig ist. Anzumerken bleibt, dass auch die *Dauer* der Verbindlichkeit der eingereichten Angebote zu beachten ist; bisweilen wird für den Fall, dass die Ausschreibung darüber nichts festhält, eine Standardfrist festgelegt²⁷. Jedenfalls empfiehlt es sich, die Frist – auch unter dem Aspekt eines möglichen Rechtsmittelverfahrens – genügend lang anzusetzen.

²⁴ Vgl. z. B. ZH: § 24 Abs. 1 SVO; das Verwaltungsgericht ZH hat allerdings eine von der Vergabeinstanz akzeptierte Erhöhung des Angebotspreises als nicht wettbewerbsverfälschend bezeichnet, jedoch letztlich über die Zulässigkeit der Korrektur nicht entschieden (VB.99.00109 vom 20. August 1999 = BEZ 3/99 Nr. 27 = URP 1999, S. 814).

²⁵ BS: § 19 Submissionsverordnung, lässt es allerdings zu, dass Angebote nach Ablauf der Eingabefrist «nach Rücksprache der vergebenden Stelle mit dem zuständigen Berufsverband abgeändert werden»(!).

²⁶ Vgl. in diesem Sinne auch AG: § 17 Abs. 4 SubmD («Abänderungen eines Angebots dürfen nur während der Eingabefrist und nur auf schriftlichem Weg erfolgen»); GR: Art. 13 Abs. 1 SubG hält fest, dass Angebote «nur während der Eingabefrist durch schriftliche Anzeige zurückgezogen werden» können; ähnlich SZ: § 15 Abs. 2 Submissionsverordnung («bis zum Zeitpunkt der Eröffnung»).

²⁷ Vgl. z. B. GR: Art. 13 Abs. 2 SubG (sechs Monate ab dem Eingabetermin); LU: § 14 öBV (72 Tage); SH: § 19 Submissionsverordnung (30 Tage; zugleich wird verlangt, dass die Bewerber anzufragen sind, ob sie ihr Angebot aufrecht erhalten, wenn der Auftrag nicht innert der festgesetzten Frist vergeben wird – ein Erfordernis, das m. E. allgemein anzuwenden ist); SZ: § 15 Abs. 1 Submissionsverordnung kennt eine Frist von 60 Tagen.

d) Sprache

Das Angebot muss regelmässig in der Sprache des Vergabeverfahrens eingereicht werden²⁸; wird eine andere Sprache gewählt, ist es m. E. zufolge Änderung des Angebotstextes als ungültig zu betrachten²⁹.

Der Bundesrat hat in Beantwortung einer Interpellation³⁰ eingeräumt, dass es denkbar ist, dass bei Aufträgen von hoher Komplexität und weitreichender Dimension in Ausnahmefällen gewisse Auftragsunterlagen (z. B. technische Beschriebe) in einer anderen Sprache vorliegen können als in der jeweiligen Amtssprache, weil sonst ein hoher Verwaltungsaufwand und Verfahrensverzögerungen drohten. In solchen Fällen sollte es aber auch den Anbietenden gestattet werden, mindestens als Ergänzung anderssprachige Dokumente vorzulegen.

e) Vergütung

Grundregel ist, dass die Ausarbeitung der Angebote ohne Vergütung erfolgt³¹. Die Anbietenden dürfen aber nicht dazu missbraucht werden, den Vergabestellen kostenlos gute und ausgefeilte Ideen zu liefern. Einige Kantone sehen daher vor, dass in bestimmten Fällen eine Vergütung vorgesehen werden kann³². Dies muss insbesondere dann gelten, wenn der Bereich der Ideenskizzen oder gar der Studienaufträge betroffen ist.

2. Öffnung der Angebote

a) Offenes/selektives Verfahren

aa) Teilnehmende bei der Öffnung

Die Öffnung der Angebote erfolgt regelmässig durch mindestens zwei Vertreterinnen oder Vertreter der Vergabestelle gleichzeitig³³. Diese Zahl sollte m. E. eingehalten werden, auch wenn externe Beauftragte der Vergabestelle (Architekt, Ingenieur etc.) bei der Öffnung teilnehmen.

²⁸ § 21 Abs. 2 VRöB; ZH: § 24 Abs. 2 SVO.

²⁹ Vgl. dazu oben I.1.b.bb. – BS: § 15 Abs. 2 Submissionsverordnung verlangt generell die deutsche Sprache und als Währung den Schweizer Franken.

³⁰ Interpellation *Cavadini Adriano* vom 19. März 1999 betreffend «Mehr Transparenz bei öffentlichen Aufträgen» (99.3118).

³¹ § 21 Abs. 3 VRöB; ZH: § 24 Abs. 3 SVO.

³² Vgl. z. B. GL: Art. 27 Abs. 1 Submissionsgesetz vom 4. Mai 1997; UR: Art. 30 Submissionsverordnung («planerische Vorleistungen»).

³³ § 22 VRöB; ZH: § 25 Abs. 1 SVO.

Die Regelung der VRöB verzichtet auf die früher übliche öffentliche Offertöffnung; dies wurde allerdings nicht in allen Kantonen so übernommen³⁴ und teilweise auch als Verlust an Transparenz kritisiert³⁵. Offertöffnungen zeitigen aber vielfach noch nicht die endgültige, rechnerisch und technisch bereinigte Rangliste, so dass sich oft mehr Verwirrung als Transparenz ergeben hat³⁶. In diesem Sinne hat der Bundesrat kürzlich in Beantwortung einer Interpellation³⁷ folgendes festgehalten: «Das Vergaberecht des Bundes verlangt für keinen Fall, dass die Anbieterinnen und Anbieter zur Offertöffnung einzuladen sind. In der Praxis ist dies in der Schweiz in aller Regel auch nicht üblich. Dafür sprechen Gründe wie die Bewahrung des Verhandlungsspielraumes, der Schutz der Anbieter oder die Effizienz des Verfahrens. Es mag sein, dass die «Öffentlichkeit» der Offertöffnung in einzelnen Fällen aus der Sicht der Anbieterinnen und Anbieter eine bessere Marktübersicht und damit die Transparenz des einzelnen Vergabeverfahrens fördert, doch können diese Argumente nicht stärker gewichtet werden als der Schutz vor nachträglichen Absprachen, die Vertraulichkeit sowie der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel.»

bb) Öffnungsprotokoll

Über die Öffnung der Angebote erstellen die Vertreterinnen und Vertreter der Vergabestelle ein Protokoll, das den folgenden standardisierten Mindestinhalt hat³⁸:

- Namen der Anwesenden
Wenn keine externen Teilnehmenden zugelassen sind, geht es hier nur um diejenigen, die die Offertöffnung für die Vergabestelle durchgeführt haben, und allfällige externe Beauftragte der Vergabestelle.
- Namen der Anbietenden
- Eingangsdaten

³⁴ GL: Art. 28 Abs. 3 Submissionsgesetz (Die Anbieter können bei der Öffnung anwesend sein); GR: Art. 13 Abs. 2 SubV (Den Anbietern oder ihren Bevollmächtigten steht es frei, der Offertöffnung beizuwohnen), ebenso: Art. 26 Abs. 2 RABöB; LU: § 14 Abs. 1 Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG) vom 19. Oktober 1998 (Wer ein Angebot eingereicht hat ... kann teilnehmen); VS: Art. 33 Abs. 2 Verordnung (Die Bewerber sowie ein Vertreter des jeweiligen Berufsverbandes können der Eröffnung beiwohnen); in FR: Art. 44 ÖBR legt unterhalb der Schwellenwerte des Konkordats der Auftraggeber «die Erfordernisse zur Öffnung der Angebote fest».

³⁵ Vgl. z. B. *Peter Gauch/Hubert Stöckli*, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Fribourg 1999, Ziff. 17.1, S. 41 ff.

³⁶ *Herbert Lang* (Anm. 11), S. 34.

³⁷ Interpellation *Cavadini Adriano* (Anm. 30).

³⁸ § 22 Abs. 2 VRöB; ZH: § 25 Abs. 2 SVO.

- Gesamtpreise der Angebote:
Es werden die unbereinigten Preise der Angebote (das jeweilige Total) sowie sogleich ersichtliche Rabatte etc. aufgeführt³⁹.
- Zuweilen werden noch separat die «Angebotsvarianten» erwähnt⁴⁰.
Es erscheint selbstverständlich, dass das Protokoll von den Vertreterinnen und Vertretern der Vergabestelle zu unterzeichnen ist⁴¹.

Alle Anbietenden haben das Recht, auf Verlangen in das Protokoll Einsicht zu nehmen⁴². Einige Vergabestellen pflegen, im Sinne einer Dienstleistung, das Protokoll den Anbietenden jeweils automatisch zuzustellen. Daraus ist der Wunsch von Verbänden und Kommissionen entstanden, die Protokolle regelmässig auch ihnen zuzustellen. Abgesehen vom zusätzlichen Aufwand sind hier aber auch Fragen der Gleichbehandlung, der Vertraulichkeit und der Bevollmächtigung für solche Begehren zu prüfen⁴³.

b) Einladungsverfahren/freihändiges Verfahren

Die soeben dargestellten Anforderungen an die Offertöffnung beziehen sich nur auf das offene und das selektive Verfahren. Es stellt sich die Frage, welche Anforderungen beim Einladungsverfahren und beim freihändigen Verfahren gelten sollen.⁴⁴ Es empfiehlt sich m. E., zumindest beim Einladungsverfahren aus Transparenzgründen *grundsätzlich dieselben Regeln*⁴⁵ anzuwenden und insbesondere keine Angebote vorzeitig zu öffnen (auch nicht durch externe Beauftragte)⁴⁶. Damit vermeiden die Vergabestellen, dass bezüglich der Rechtmässigkeit und mit Bezug auf Beeinflussungsversuche Verdachtsmomente entstehen.

³⁹ BE: Art. 32 Abs. 1 lit. d Submissionsverordnung (SubV) vom 29. April 1998 verlangt die «Beträchtigung allfälliger Rabatte, Skonti und Abzüge einschliesslich Mehrwertsteuer (Nettoofferten)», was allerdings in der Praxis zum Teil schwierig zu erfüllen sein dürfte.

⁴⁰ Art. 24 Abs. 2 lit. b Ziffer 5 VoeB. Analog: UR: Art. 31 Abs. 1 lit. b Submissionsverordnung und GL: Art. 16 Abs. 3 lit. d Submissionsverordnung, wobei das Angebot einer Variante ungültig ist, wenn damit nicht eine Offerte für das Grundangebot eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 Submissionsverordnung); vgl. auch Art. 22 VoeB sowie Anm. 23 und 76.

⁴¹ So ausdrücklich GL: Art. 28 Abs. 2 Submissionsgesetz.

⁴² § 22 Abs. 2 VRöB; ZH: § 25 Abs. 2 SVO.

⁴³ LU: § 16 Abs. 4 öBV sieht vor, dass die interessierten paritätischen Berufskommissionen das Offertöffnungsprotokoll «im Einzelfall» verlangen können.

⁴⁴ VGr ZH, VB.99.00111 vom 24. September 1999 = BEZ 4/99 Nr. 35: An sich ist ein Offertöffnungsprotokoll im Einladungsverfahren nicht erforderlich; die Angebote müssen aber auch in diesem Verfahren schriftlich vorliegen und jederzeit belegbar sein.

⁴⁵ UR: Art. 31 Abs. 3 Submissionsverordnung sieht vor, dass jeder Anbieter das Recht hat, die Offertergebnisse einzusehen, wenn im freihändigen Verfahren «zwei oder mehr Offerten eingeholt» werden; in diesem Fall dürfte es sich aber eigentlich um ein Einladungsverfahren handeln.

⁴⁶ So allgemein GR: Art. 13 Abs. 1 SubV und Art. 26 Abs. 1 RABöB («Die Angebote müssen bis zum Öffnungstermin verschlossen bleiben») und SZ: § 12 Abs. 1 Submissionsverordnung («Vor Ablauf der Eingabefrist eingegangene Angebote dürfen weder geöffnet noch Mitbewerbern bekanntgegeben werden.»).

3. Ausschluss von Anbietenden

a) Katalog der Ausschlussgründe

Im Interesse eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs müssen Anbietende ausgeschlossen werden können, die selber oder mit Bezug auf ihr Angebot die erforderlichen Grundvoraussetzungen nicht erfüllen. Die VRöB nennen beispielhaft einige wichtige Tatbestände⁴⁷. Diese wurden in den meisten Kantonen übernommen. Es geht dabei u. a. um das Nichterfüllen von Eignungskriterien, die Erteilung falscher Auskünfte durch die Anbietenden, die Verletzung wesentlicher Formvorschriften, die Nichtbezahlung von Steuern und Sozialabgaben, berufliches Fehlverhalten und dergleichen.

Im Kanton Zürich hat sich das Parlament längere Zeit mit der Frage befasst, ob die Vergabestellen ermächtigt oder verpflichtet sein sollen, Anbietende auszuschliessen. Man hat sich für das Zweite entschieden⁴⁸, allerdings im Bewusstsein, dass auch bei dieser Formulierung das Verhältnismässigkeitsprinzip angewendet werden muss, dass also in geringfügigen Fällen ein Ausschluss nicht möglich ist (Verbot des überspitzten Formalismus)⁴⁹.

b) Einzelprobleme

aa) Nichtbezahlung der Steuern und Sozialabgaben

Dieser Ausschlussgrund wird, abgeleitet von den VRöB⁵⁰, häufig erwähnt, ohne dass genauer erklärt wird, wann der Tatbestand erfüllt ist. Geht man dieser Frage nach, stellen sich zahlreiche neue Fragen: Sind *alle* Steuern und Sozialabgaben gemeint? Wie steht es bei Verfehlungen? Wie bei Stundungen? Wie ist ein Nachweis ohne riesigen administrativen Aufwand überhaupt möglich? Im Kanton Zürich ist man daran, diesen Problemen zusammen mit dem Steueramt und den Sozialstellen nachzugehen. Das Schwergewicht der Lösung wird auch hier bei der Selbstdекlaration durch die Anbietenden liegen, wobei ihnen klar aufgezeigt werden muss, was sie zu bestätigen haben und welche Folgen falsche Angaben haben könnten. In diesem Zusammenhang fällt eine Berner Regelung auf, wonach die «Auffanggesellschaft eines konkursiten Unternehmens» ausgeschlossen werden kann, wenn sie wirtschaftlich von denselben Personen beherrscht wird⁵¹; besteht keine derartige Regelung, könnte ein solches Unternehmen wohl

⁴⁷ Vgl. § 23 VRöB.

⁴⁸ Vgl. ZH: § 26 Abs. 1 SVO.

⁴⁹ VGr ZH, VB.99.00008 vom 16. Juni 1999, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 265 ff. sowie in BEZ 3/99 Nr. 25; BRK, 18. Dezember 1997, Baurecht 4/98, S. 126, Nr. 334 und Anm. *Peter Gauch* in Baurecht 4/98, S. 127.

⁵⁰ § 23 Abs. 1 lit. c. Vgl. auch Art. 11 lit. c BoeB; ZH: § 26 Abs. 1 lit. c SVO.

⁵¹ BE: Art. 33 Abs. 2 SubV.

auch – bis zum Nachweis des Gegenteils – als «nicht geeignet» ausgeschlossen werden.

bb) Unvollständigkeit des Angebots / Änderungen am Angebotstext

Relativ häufig ergeben sich Fragen im Zusammenhang mit unvollständigen oder veränderten Angeboten⁵². Es kann sich dabei um Mängel unterschiedlicher Schwere handeln, indem z. B. Teile des Leistungsverzeichnisses oder wesentliche Beilagen fehlen, Bedingungen geändert oder Preise nicht eingesetzt werden oder das Angebot – wie erwähnt – nicht unterschrieben ist⁵³. Hier ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgebots m. E. grundsätzlich eine strenge Haltung am Platz, soweit es sich um *wesentliche Mängel* der Offerte handelt⁵⁴. Technische Einzelheiten können aber allenfalls im Zusammenhang mit Erläuterungen (vgl. dazu hinten, I.5.) geklärt oder ergänzt werden; lediglich ergänzende Beilagen können unter Umständen noch nachgebracht oder auch ohne Unterschrift akzeptiert werden, wenn das Hauptangebot unterschrieben ist.

cc) Arbeitsbedingungen/Arbeitsschutzbestimmungen/Gleichbehandlung von Frau und Mann

Die Beachtung der Arbeitsbedingungen, der Arbeitsschutzbestimmungen und der Gleichbehandlung von Frau und Mann ist als besonders wichtige Voraussetzung für eine Vergebung⁵⁵ bzw. die Nichtbeachtung als Ausschlussgrund⁵⁶ statuiert.

⁵² Dieser Punkt ist in den VRöB nicht besonders erwähnt; vgl. aber z. B. ZH: § 26 Abs. 1 lit. d SVO.

⁵³ Vgl. z. B. ZH: § 26 Abs. 1 lit. d SVO. GR: Art. 16 lit. b SubG und Art. 27 lit. b RABöB verlangen ausdrücklich, dass bei Angeboten von Arbeitsgemeinschaften auch die Unterschriften der weiteren Vertragspartner nicht fehlen oder unvollständig enthalten sein dürfen.

⁵⁴ VGr ZH, VB.99.00008 vom 16. Juni 1999, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 265 ff. sowie in BEZ 3/99 Nr. 25 und VB.99.00026 vom 7. Juli 1999, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 271 ff. sowie in BEZ 3/99 Nr. 26. Vgl. auch VGr ZH, VB.99.00255 vom 15. Dezember 1999 BEZ 1/2000 Nr. 6.

⁵⁵ Teilweise wird ausdrücklich verlangt, dass die Beachtung dieser Anforderungen durch Unternehmer und Subunternehmer *vertraglich sicherzustellen* (so ZG: § 5 Abs. 1 Submissionsverordnung vom 10. September 1996) bzw. mit Konventionalstrafen abzusichern ist (vgl. Art. 6 Abs. 5 VoeB). – Zur grundsätzlichen Vereinbarkeit von Mindestlöhnen am Bau mit dem EU-Recht vgl. das Urteil des EuGH vom 23. November 1999 (Rs. C-369/96 und C-376/96).

⁵⁶ VGr BE, 20757/20758U vom 24. August 1999 (Ausschluss wegen mehrfacher Nichtgewährung der geschuldeten Lohnerhöhung und Unterschreitung der Minimallohnansätze sowie Einführung des Schichtbetriebs ohne Bewilligung und ohne Auszahlung der geschuldeten Zuschläge).

Ein besonderes Problem ergibt sich daraus, dass sowohl das Bundesrecht⁵⁷ als auch das interkantonale Recht⁵⁸ bei der Anwendung der Arbeitsbedingungen vom *Leistungsortsprinzip* ausgehen, also von der Regelung, die am Ort der Leistung massgeblich ist⁵⁹. Aus der Botschaft und der parlamentarischen Beratung zum Binnenmarktgesetz (BGBM)⁶⁰ wird allerdings abgeleitet, dass dieser Grundsatz innerhalb der Schweiz Art. 5 BGBM widerspricht⁶¹, dass also das *Herkunftsortsprinzip* gelten muss, es sei denn, der angestrebte Schutz könne so nicht erreicht werden, weil die Gefahr eines eigentlichen Sozialdumpings besteht⁶². Die Anwendung des Herkunftsortsprinzips könnte aber zu Problemen mit Bezug auf die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung führen. Bei der geplanten Revision des Konkordats wird daher in Betracht gezogen, zwar beim Leistungsortsprinzip zu bleiben, aber alle inländischen Bestimmungen als gleichwertig zu betrachten. Die Wettbewerbskommission hat eine solche Regelung gutgeheissen⁶³. Sie könnte allerdings dazu führen, dass sich ausländische Anbieter ebenfalls auf *irgend eine* Regelung innerhalb der Schweiz berufen könnten, was administrativ für die Vergabestellen einige Probleme bieten könnte. Eine Verbesserung der Situation wird sich wohl nur faktisch über die flankierenden Massnahmen zu den bilateralen Abkommen Schweiz – EU ergeben, falls sich die Arbeitsbedingungen innerhalb der Schweiz mit Bezug auf die Gesamtarbeits- und Normalarbeitsverträge (GAV/NAV) noch stärker angleichen. Aber auch dann werden sich in der Praxis weiterhin Fragen stellen, wie z. B. welcher GAV (bei Firmen mit verschiedenen Geschäftszweigen) überhaupt zur Anwendung kommt und wie die GAV-Konformität geprüft wird (namentlich bei ausländischen Anbietenden) bzw. in welchem Umfang (Löhne, Ferien, weitere Elemente?) sie gegeben sein muss⁶⁴. Besonders schwierig ist die Situation, wenn GAV und NAV fehlen und die «tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen»⁶⁵ oder die «branchenüblichen Vorschriften»⁶⁶ zu definieren sind.

⁵⁷ Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB.

⁵⁸ Art. 11 lit. a IVöB und § 23 Abs. 2 VRöB.

⁵⁹ Vgl. dazu *Herbert Lang* (Anm. 11), S. 35.

⁶⁰ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995; SR 943.05.

⁶¹ Vgl. *Manfred Wagner*, Herkunfts- oder Leistungsortsprinzip, Baurecht 2/99, S. 51 f.

⁶² Zur allgemeinen Thematik und zu verschiedenen Einzelaspekten (Unterschiedliche Rechtslage für Arbeitnehmende, die an den Leistungsort «entsandt» wurden und solchen, die dauerhaft an diesem tätig sind; Anwendbarkeit von GAV; Massgeblichkeit der Anstellungsbedingungen öffentlicher Betriebe; Grenzen der Prüfungspflicht für die Vergabeinstanz) vgl. nunmehr VGr ZH, VB.98.00319 vom 24. November 1999, Erw. 6 = BEZ 1/2000 Nr. 9 S. 35 ff. und VB.98.00327 vom 24. November 1999, Erw. 5. = BEZ 1/2000 Nr. 10 teilw.

⁶³ RPW/DPC 1998, S. 329 ff., Ziffer 24–29.

⁶⁴ Eine sehr detaillierte Regelung, die allerdings vor den neuen überkantonalen Regelungen geschaffen wurde, kennt in dieser Beziehung BS in § 3 Submissionsgesetz vom 20. Oktober 1993 und §§ 26 ff. Submissionsverordnung.

⁶⁵ Art. 7 VoeB.

⁶⁶ § 23 Abs. 2 VRöB.

Besondere Probleme ergeben sich auch beim *Nachweis*, ob die Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann eingehalten werden. Aus administrativen Gründen ist auch hier grundsätzlich vom System der *Selbstdeklaration*⁶⁷ auszugehen. Es ist aber häufig auch eine Zusammenarbeit mit paritätischen Kontrollorganen (Kommissionen), spezialgesetzlichen Vollzugsbehörden und mit Gleichstellungsbüros vorgesehen⁶⁸. In der Praxis stellt sich die Frage, wie weit diese Zusammenarbeit gehen darf, ohne dass die Unabhängigkeit der Vergabebehörden beeinträchtigt wird. Dürfen sich die erwähnten Instanzen in den Evaluationsprozess einschalten und in welchem Umfang? Darf von den Anbietenden eine Bestätigung solcher Instanzen verlangt werden und mit welchem Inhalt und welcher Wirkung? In einzelnen Kantonen sind hier offenbar bereits Modelle gefunden worden⁶⁹, in anderen werden deren Implikationen noch abgeklärt. Eine Lösung dürfte sich in der Richtung abzeichnen, dass gemeinsam zwischen solchen Instanzen und den Vergabebehörden erarbeitete Bestätigungen einen hinlänglichen, aber auch durch andere geeignete Mittel ersetzbaren Nachweis bilden. Auf jeden Fall unzulässig ist es zu verlangen, dass Anbietende zwingend Haupt- oder Anschlusspartei eines GAV sein müssen, um am Vergabeverfahren teilnehmen zu können⁷⁰.

dd) Umweltschutz

Fraglich erscheinen unter dem Gesichtspunkt des internationalen Rechts Ausschlüsse aus dem Grund, dass sich Anbietende «bei der Produktion nicht an Vorschriften über den Umweltschutz» halten, «die mit denjenigen am Ort der Ausführung vergleichbar sind»⁷¹.

4. Prüfung der Angebote/Erläuterungen

Die Vergabestelle hat die gültigen Angebote nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch zu prüfen, wobei sie «offensichtliche Fehler, wie Rechnungs-

⁶⁷ Vgl. z. B. BE: Art. 29 SubV («Dem Angebot ist die Erklärung über die Erfüllung der Pflichten gegenüber Staat, Sozialversicherung und Arbeitnehmenden [Selbstdeklaration] beizulegen»).

⁶⁸ Vgl. z. B. Art. 6 Abs. 2–4 VoeB; ZH: § 37 SVO.

⁶⁹ Vgl. z. B. VS: Art. 32 Abs. 1 und 2 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (betreffend Bestätigungen der paritätischen Berufskommissionen als verpflichtende Beilagen zum Angebot). GE verwendet in der Praxis eine «Multipack»-Bestätigung.

⁷⁰ *Manfred Wagner* (Anm. 56), S. 52, sowie ergänzend in Baurecht 4/99, S. 139 (Haupt- oder Anschlusspartei eines Gesamtarbeitsvertrages); BGE 125 I 107; RPW/DPC 1997, S. 591 ff.

⁷¹ Vgl. § 23 Abs. 1 lit. f VRöB und z. B. TG: § 33 Abs. 1 Ziffer 6 Verordnung; ZH: § 26 Abs. 1 lit. f SVO. – VGr ZH, VB 98.00369 vom 15. Dezember 1998, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 255 ff. sowie in BEZ 2/99, Nr. 12 = URP 1999 S. 165 ff.; *Peter Gauch/Hubert Stöckli* (Anm. 35), Ziff. 10.1, S. 16.

und Schreibfehler» zu berichtigen hat⁷². Wie bereits erwähnt, ist es auch zulässig, dass die Vergabestellen von den Anbietenden schriftliche oder mündliche (aber zu protokollierende) Auskünfte über ihre Eignung und ihr Angebot einholen⁷³. In der Praxis ergeben sich dabei immer wieder Probleme. M. E. ist bei solchen Abklärungen eine angemessene Zurückhaltung am Platz, insbesondere dürfen dabei keine Informationen einfließen, die sich nicht zwingend aus einer Interpretation des Angebots ergeben, sondern die – je nach Auskunft – das Wettbewerbsergebnis nachträglich verändern könnten⁷⁴. Ebenso ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten, d. h. die Anbietenden sind auch bezüglich solcher Abklärungen gleich zu behandeln, mindestens soweit sie eine reelle Chance auf den Zuschlag haben.

Ziel der Prüfungsarbeiten ist, es eine «objektive Vergleichstabelle» zu erstellen, die als Grundlage für den Zuschlag dient. In der Praxis hat es sich dabei früher meist um eine bereinigte Liste der Offertsummen gehandelt. Die durch das neue Beschaffungsrecht vorgeschriebene Vergabe aufgrund des wirtschaftlich günstigsten Angebots (vgl. hinten II.1.) erfordert aber eine weitergehende Grundlage⁷⁵. Hinzu kommt die Problematik, wie Varianten vergleichbar gemacht werden können⁷⁶. Auf diese Punkte wird hinten zurückzukommen sein.

5. Verhandlungen

Während das Bundesrecht «Verhandlungen» unter bestimmten Rahmenbedingungen zulässt⁷⁷, sind bei den Kantonen «Abgebotsrunden» durch das Konkordat ausdrücklich verboten; d. h. Verhandlungen über Preise, Preisnachlässe und

⁷² § 24 Abs. 1 und 2 VRöB. GR: Art. 14 Abs. 2 SubV und Art. 28 Abs. 2 RABöB verstehen unter offensichtlichen Rechnungsfehlern «fehlerhafte arithmetische Operationen mit im Angebot richtig aufgeführten Grössen» und verbieten die «Korrektur von Kalkulationsfehlern und von Fehlern in der Preiserklärung». Vgl. dazu auch BE: Regierungsratsbeschluss Nr. 2566 vom 20. Oktober 1999.

⁷³ Vgl. § 25 VRöB. AG: § 17 Abs. 2 SubmD sieht ausdrücklich vor, das auch «fachliche Präsentationen» und «Begehungen» verlangt werden können.

⁷⁴ KGr VS, A1 98 141 vom 17. August 1998: Zulässig ist eine rechnerische Korrektur, nicht das Ergänzen einer nicht ausgefüllten Position des Leistungsverzeichnisses; diese Formstrenge ist gewollt, und der Ausschluss des Angebots stellt keinen überspitzten Formalismus dar.

⁷⁵ Vgl. dazu *Peter Galli*, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in *Baurecht* 4/99, S. 138. Seiner Forderung nach einem «Evaluationsbericht» wird in der Praxis bei grösseren Vergabungen durchaus nachgelebt, doch müssen bei weniger bedeutenden Submissionen m. E. auch einfachere Mittel wie eine nachvollziehbare Darstellung aufgrund einer Beurteilungsmatrix genügen.

⁷⁶ SZ: § 13 Abs. 2 Submissionsverordnung sieht vor, dass «die Angebote durch Umrechnung objektiv vergleichbar zu machen» sind, wenn Varianten vorliegen, «die eine Änderung der Aufgabe oder ein neues Programm zur Folge haben». BS: § 18 Abs. 2 Submissionsverordnung verlangt, dass mindestens (auch) «die mit allen Einheits- und Detailpreisen vollständig ausgefüllte Grundofferte einzureichen» sei. – Vgl. dazu auch OGr SH, Nr. 60/1999/16 vom 30. April 1999.

⁷⁷ Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB.

Änderungen des Leistungsinhalts in diesem Zusammenhang sind unzulässig⁷⁸. Diese Regelung ist für die Gemeinden zum Teil neu und hat bei deren Einbezug in das kantonale Recht verschiedentlich zu Diskussionen Anlass gegeben. In St. Gallen und Thurgau wurden für Fälle, wo dies nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen ist, sogar Sonderregelungen getroffen⁷⁹. Bisweilen wird das Verbot für das freihändige Verfahren aufgehoben⁸⁰. Eine besondere Regelung kennt Luzern, wo «bei technisch komplexen oder andern hochwertigen Beschaffungen, bei beschränkten Marktverhältnissen oder noch offenem Leistungsumfang» Verhandlungen ausnahmsweise gestattet sind⁸¹.

Immerhin scheint sich die Situation nach einer gewissen Angewöhnungsphase eher zu beruhigen, und vom Bund sind kaum Resultate zu hören, die für eine Angleichung an dessen Regelung sprechen würden. Der Bundesrat hat es kürzlich abgelehnt, auf die Frage der Zulässigkeit von Preisverhandlungen zurückzukommen, da die Regelung des BoeB und der VoeB den Spielraum des GPA ausnutze⁸². Allerdings sei bei Verhandlungen der Gleichbehandlung Beachtung zu schenken, weshalb sie mit allen Anbietenden zu führen seien, deren Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien für den definitiven Zuschlag in Frage kommen. Daran vermöge auch die Vorgabe nichts zu ändern, wonach mindestens drei Anbietende zu berücksichtigen seien⁸³.

6. Ungewöhnlich niedrige Angebote

Für Offerten, die ungewöhnlich niedriger sind als andere eingereichte Angebote, wurde früher aufgrund von schematischen Berechnungen ein Bereich ausgeschieden, wo die Anbietenden sich vom «Unterangebotsverdacht» exkulpieren mussten, wenn sie nicht ausgeschlossen werden wollten⁸⁴. Heute wird, ausgehend vom GPA⁸⁵, eine flexiblere Regelung angewandt, bei der es in der Verantwortung der Vergabestelle, insbesondere des Projektleiters, liegt, abzuklären, ob die Teilnahmebedingungen gleichwohl eingehalten und die Auftragsbedingungen

⁷⁸ Art. 11 lit. c IVöB und § 26 VRöB.

⁷⁹ SG: Art. 33 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998; TG: § 36 Abs. 2 Verordnung.

⁸⁰ So BS: § 22 Submissionsverordnung.

⁸¹ LU: § 15 Abs. 3 öBG.

⁸² Interpellation *Cavadini Adriano* (Anm. 30).

⁸³ Art. 26 Abs. 2 VoeB; vgl. dazu auch BRK 012/1998 vom 4. Februar 1999, S. 7 f. und den Kommentar von *Peter Gauch* in *Baurecht* 2/99, S. 53 (S2).

⁸⁴ BE: Art. 33 Abs. 1 lit. a SubV verlangt allerdings immer noch den Ausschluss von Anbietenden mit Angeboten, «deren Preis aufgrund der Verhältnisse der oder des Bewerbenden wirtschaftlich offensichtlich nicht vertretbar ist (Unterangebote)». In SH (§ 28 Abs. 1 Submissionsverordnung) ist eine Prüfung verlangt bei «Angeboten, die offensichtlich unter den Selbstkosten liegen».

⁸⁵ Art. XIII Ziffer 4 lit. a GPA.

gen erfüllt werden können⁸⁶. Obwohl es sich hier um eine Kann-Bestimmung handelt, sind m.E. solche Abklärungen unerlässlich, wenn das ungewöhnlich niedrige Angebot entsprechende Zweifel weckt. Im Sinne des rechtlichen Gehörs ist vor einem allfälligen Ausschluss vom Verfahren regelmässig eine schriftliche Rückfrage vorzunehmen⁸⁷. Auch wenn es nach der neuen Regelung nicht mehr darum geht, nachzuweisen, dass die Selbstkosten gedeckt sind⁸⁸, ergeben sich gleichwohl in der Praxis verschiedentlich *Beurteilungsprobleme*, bei denen letztlich nur die Erfahrung und der Sachverstand der Vergabestellen zum Entscheid führen kann⁸⁹. Jedenfalls empfehlen sich *konkrete* Rückfragen zur Kalkulation, zu Terminen, zum einzusetzenden Personal etc. sowie der Hinweis, dass für den vorgegebenen Auftragsumfang weder ein abgeändertes Angebot noch später eine Nachtragsofferte eingereicht werden kann. Gerade unpopuläre Vergaben an nicht ortsansässige Anbietende, die deutlich tiefer als die ortsansässigen offerierten, werden häufig als Sozialdumping bzw. «Unterangebot» kritisiert⁹⁰. Für die Vergabestellen ist es in solchen Fällen besonders wichtig, ihren Entscheid mit dem Nachweis einer sorgfältigen Prüfung des Angebots verteidigen zu können.

⁸⁶ § 27 VRöB; ZH: § 30 SVO.

⁸⁷ VGr ZH, VB 98.00372 vom 24. März 1999 = BEZ 2/99 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372 ff.: Im Einklang mit dem GPA und den Richtlinien der EU darf ein Anbieter nicht wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots vom Verfahren ausgeschlossen werden, ohne dass er Gelegenheit erhalten hat, die Seriosität seines Angebots darzutun.

⁸⁸ VGr ZH (Anm. 87) hält fest, dass die Regelung kein grundsätzliches Verbot von Unterangeboten bedeutet. Damit erscheine ein Angebot, dessen Preis unter der Kalkulation eines Verlustes zustande gekommen sei, nicht von vornherein als unzulässig (wird näher erläutert). – Nach einem Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts sind die Vergabestellen auch unter der Geltung des neuen Rechts noch befugt – wenn auch nicht verpflichtet –, ein unter den Gesteuerungskosten liegendes Angebot auszuschliessen (VGr AG, AGVE 1997, S. 367); diese Auffassung kann ich allerdings nicht teilen; das VGr ZH erachtet es als fraglich, ob eine solche Rechtsanwendung der neuen Regelung ausreichend Rechnung trägt.

⁸⁹ VS: Art. 38 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen sieht vor, dass «eine Expertise sowie spezielle Garantien» angefordert werden können. – Vgl. auch die differenzierten Ausführungen in VGr ZH (Anm. 87) sowie TA FR, Urteil vom 25. Juni 1997 = RFJ 1997, S. 113 ff.: Ein Unternehmen ist auszuschliessen, wenn sich zeigt, dass es aus technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Gründen nicht in der Lage ist, das Bauwerk zum offerierten Preis zu erstellen, oder wenn sich der Preisunterschied aus einem unlauteren Akt ergibt.

⁹⁰ Vgl. z. B. «Marktwirtschaft in Seldwyla», Tages-Anzeiger vom 29. Oktober 1999 (betreffend Kehrrentensorgung in Künsnacht).

II. Zuschlag

1. Kriterien

a) Allgemeines

Eines der wesentlichsten Anliegen des neuen öffentlichen Beschaffungswesens ist es, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietenden zu fördern und eine wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel zu gewährleisten. Neben den Eignungskriterien und den Ausschlussgründen erhalten in diesem Zusammenhang die Zuschlagskriterien ein besonderes Gewicht. Dabei ist grundsätzlich ein Leistungs-, nicht ein Preiswettbewerb, anzustreben, und der Zuschlag hat auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen⁹¹, sofern nicht ausnahmsweise das Kriterium des niedrigsten Preises zur Anwendung kommt⁹². Bei der Bewertung ist das Preis-/Leistungsverhältnis zu beachten, und es können neben dem Preis insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur⁹³. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Es sind für jedes Vergabeverfahren die im konkreten Fall zielführenden Zuschlagskriterien herauszuschälen und allen Teilnehmenden bekannt zu geben⁹⁴. Dabei steht der Vergabestelle ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu⁹⁵. Andere Kriterien, die nicht als anwendbar erklärt werden, dürfen nicht nachträglich noch in die Beurteilung einfließen. Es geht somit um eine sachgerechte Umschreibung der Zuschlagskriterien für einen bestimmten Auftrag und nicht um einen starren Katalog, der auf den Einzelfall keine Rücksicht nimmt, obschon in der Praxis immer wieder versucht wird, solche Kriterienkataloge mit

⁹¹ Art. 21 BoeB und Art. 37 VoeB; Art. 13 lit. f IVöB und § 28 VRöB. – SO: § 26 Abs. 1 Submissionsgesetz vom 22. September 1996 spricht vom «günstigsten» Angebot, was mindestens missverständlich ist. – VGr TG, V 111 vom 19. Mai 1999 stellt fest, dass zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dem Preis keine überragende Grösse zukommen müsse; ein Preisanteil von 13% in concreto sei zwar ungewöhnlich, könne aber bei anspruchsvollen Bauvorhaben gerechtfertigt sein. – Vgl. dazu auch RR ZH, 27. Januar 1999, Beantwortung der Anfrage KR-Nr. 432/1998 (betreffend Handhabung der Submissionsordnung).

⁹² VGr ZG, Urteil vom 24. September 1998 i. S. X. ca. Baudirektion des Kantons Zug.

⁹³ Art. 21 Abs. 1 BoeB und § 28 Abs. 1 VRöB kennen diesbezüglich sehr ähnliche Aufzählungen.

⁹⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM; Art. 21 Abs. 2 BoeB; § 14 Abs. 1 lit. i VRöB. – TA FR, 2A 99 15/16/17 vom 18. Juni 1999 (hier: Verstoss gegen das Transparenzgebot). – BRK 006/1999 vom 3. September 1999, kommentiert von *Hubert Stöckli* in *Baurecht* 4/99, S. 141 (S25).

⁹⁵ VGr ZH, VB.99.00008 vom 16. Juni 1999, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 265 ff.) und VB.99.00111 vom 24. September 1999 = BEZ 4/99 Nr. 35); OGr UR, OG V 99 24 vom 5. Mai 1999 (Vergleich von Vermessungskonzepten).

bestimmten Gewichtungen aufzustellen⁹⁶. Gemeinsam ist allen Zuschlagskriterien, dass sie objektiv und nichtdiskriminierend sein müssen.

Eine Ausdehnung der Wirtschaftlichkeitsprüfung auf eine gesamtwirtschaftliche und gesellschaftliche Betrachtung findet im Vergaberecht keine Stütze; die Zuschlagskriterien sind auf die Beurteilung des Nutzens der angebotenen Leistung für das auftraggebende Gemeinwesen auszurichten⁹⁷. Das Zürcher Verwaltungsgericht hat in dem soeben zitierten Entscheid nicht generell festgestellt, wieweit eine Vergabebehörde zusätzliche Eignungs- und Zuschlagskriterien formulieren kann, die sich nicht am Nutzen des Beschaffungsobjektes, sondern an allgemeinen Interessen orientieren. Es hat aber auch für diesen Aspekt betont, dass derartige Kriterien «auf jeden Fall keine Diskriminierung bestimmter Anbieter oder Anbieterkategorien bewirken» dürften und im voraus ausdrücklich bekanntgegeben werden müssten. M. E. sollten bei der Festlegung von Zuschlagskriterien nur auf das Beschaffungsobjekt bezogene Gesichtspunkte zum Zug kommen, da jede Ausdehnung der Kriterien auf allgemeine Interessen einen sachgerechten Vergabeentscheid erschwert oder verunmöglicht⁹⁸.

b) Praxisfragen

In der Praxis haben sich in diesen Zusammenhängen zahlreiche Fragen ergeben, die sich auch in einer schon recht umfangreichen Gerichtspraxis niedergeschlagen haben:

aa) Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien

Zunächst ist deutlich zwischen *Eignungskriterien* und *Zuschlagskriterien* zu unterscheiden. Erstere beziehen sich auf die Anforderungen, die an Anbietende gestellt werden, um einen Auftrag sachgerecht erledigen zu können. Die Zuschlagskriterien hingegen müssen für den Entscheid herangezogen werden, welches Produkt der als geeignet erkannten Anbietenden als am wirtschaftlich günstigsten zu bevorzugen ist⁹⁹. Ist die Eignung einmal anerkannt, darf beim Zuschlag nach einer häufig vertretenen Meinung nicht mehr zwischen mehr oder weniger Ge-

⁹⁶ Neben den unterschiedlichsten Matrix-Beispielen von Schweizer Verbänden und Gemeinden gibt es auch Varianten aus dem Ausland, wie z. B. das «Bayerische Modell», das eine Umrechnung der einzelnen gewichteten Positionen in Geldwerte vorschlägt. Auch wenn vieles in diesem Zusammenhang (noch) nicht zu überzeugen vermag, dürfte die Tendenz wohl in Richtung (pro Einzelfall oder Vergabekategorie) gewichtete Kriterienlisten gehen.

⁹⁷ VGr ZH, VB 98.00327 vom 24. November 1999, Erw. 9 b) mit zahlreichen Verweisungen BEZ 1/2000 Nr. 10, S. 48.

⁹⁸ Vgl. auch die Detailhinweise in II.1.b.

⁹⁹ Es fragt sich daher, ob Kriterien wie «Erfahrung» und «Fachkompetenz» (GL: Art. 30 Abs. 1 lit. i Submissionsgesetz; SO: § 26 Abs. 2 lit. l Submissionsgesetz) hier am richtigen Ort sind.

eigneten abgewogen werden¹⁰⁰. Eine solche Trennung ist allerdings gerade bei Dienstleistungsaufträgen oft ein sehr schwieriges Unterfangen, und es stellt sich die Frage, ob in gewissen Fällen nicht auch die Reihenfolge der Präqualifikation mitberücksichtigt werden sollte¹⁰¹. Andernfalls könnte die Gefahr bestehen, dass die Eignungskriterien sehr scharf formuliert werden, damit möglichst viele Anbietende vorzeitig ausscheiden.

bb) Anforderungen der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung

Ein weiteres wichtiges Thema ist die Frage, welche Kriterien im Einzelfall den *Anforderungen der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung* entsprechen. Im einzelnen geht es dabei etwa um nachstehende Aspekte:

– Welche Kriterien sind z. B. angesichts des *Verbots der Bevorzugung einheimischer Anbietender* unzulässig bzw. welche können noch angewendet werden? Hier ist u. a. folgendes zu beachten:

- Prozentklauseln im kantonalen oder kommunalen Beschaffungsrecht, die bestimmen, dass die Ortsansässigen einen gewissen Prozentsatz teurer sein dürfen als die Ortsfremden und dennoch den Zuschlag erhalten, sind nach dem BGBM unzulässig¹⁰².
- Auch Zuschlagskriterien der «Ortsansässigkeit, des Steuerdomizils, der einheimischen Produkte sowie der Einräumung eines Ermessensspielraums innerhalb bestimmter Toleranzgrenzen» sind heute alle keine zulässigen und tauglichen Kriterien mehr, um vom preisgünstigsten Angebot gemäss Ausschreibung abzuweichen¹⁰³; selbst eine geringfügige Preisdifferenz unter den Anbietenden rechtfertigt es nicht, die öffentliche Arbeitsvergabe aufgrund von unerwähnten oder sachfremden Zuschlagskriterien (Liquiditätssteigerung oder allgemeine Verbesserung des Gemeindebudgets) vorzunehmen¹⁰⁴.
- Ein Kriterium der «Vertrautheit mit dem örtlichen Kontext» (Örtlichkeitskenntnisse) muss durch den konkreten Auftrag sachlich klar gefordert sein, damit es nicht in binnenmarktwidriger Weise die einheimischen Anbietenden begünstigt¹⁰⁵.
- Dasselbe gilt für das Kriterium der «raschen Verfügbarkeit des Unternehmers». Der Umstand, dass ein Anbieter über nahe gelegene Stützpunkte verfügt, um seine Serviceleistung

¹⁰⁰ Peter Gauch/Hubert Stöckli (Anm. 35), These 11.7; Baurecht 2/99, S. 53 (S1); TA VD, 22. Januar 1999 (GE 98/0112), kommentiert durch Denis Esseiva in Baurecht 2/99, S. 57 (S11). BRK 1999-006 vom 22. Juli 1999. – Vgl. auch Rainer Noch, Vergaberecht kompakt: Die neue kartellrechtliche Lösung und die bisherige Rechtsprechung der Vergabeüberwachungsausschüsse und Gerichte, Düsseldorf 1999, S. 197 ff., mit Hinweisen auf die Praxis des EuGH und des deutschen BGH.

¹⁰¹ Dieser Ansicht war auch der Vergabeüberwachungsausschuss Bayern in seinen Urteilen vom 8. März 1996 (VÜA 14/95) und 30. September 1998 (VÜA 27/97) sowie neuestens das VGr AG in 99/3/079 vom 4. November 1999. – Ablehnend BRK 006/1999 vom 3. September 1999, im gleichen Sinne kommentiert von Hubert Stöckli in Baurecht 4/99, S. 141 (S26) und S. 144 f. (S40).

¹⁰² VGr AG, 9. September 1997, AGVE 1997, S. 361 ff. Erw. b/bb; Manfred Wagner, Prozentklauseln zugunsten einheimischer Anbieter, Baurecht 2/99, S. 52.

¹⁰³ VGr GR, U 99 4 vom 9. Februar 1999 i. S. T. AG ca. Gemeinde Z.

¹⁰⁴ VGr GR, U 98 932 vom 9. Februar 1999 i. S. T. AG ca. Gemeinde S.

¹⁰⁵ VGr AG, 98/3/048 vom 28. August 1999, kommentiert von Hubert Stöckli in Baurecht 4/99, S. 144 (S36).

gen zu erbringen, darf jedoch berücksichtigt werden, wenn dieser Sachverhalt für den zu vergebenden Auftrag objektiv von wesentlicher Bedeutung ist¹⁰⁶.

- Ein Kriterium «Allgemeiner Eindruck der Offerte» ist derart unbestimmt, dass es sich als Leitlinie für den Zuschlag nicht eignet und keinen Beitrag zur Transparenz des Vergabeverfahrens leistet¹⁰⁷.

– Welche Kriterien können unter dem *Aspekt des Umweltschutzes*¹⁰⁸ eingesetzt werden?

Hier ist zunächst festzuhalten, dass die Anbietenden zum vorneherein die Vorschriften zum Schutz der Umwelt einzuhalten haben, die sich aus Gesetz und Verordnung ergeben. Darüber hinaus kann die vergebende Behörde in einem gewissen Rahmen zusätzliche Anforderungen ökologischer Art aufstellen¹⁰⁹. Werden solche zusätzlichen Anforderungen nicht aufgestellt und enthalten die Ausschreibungsunterlagen auch keinen Hinweis darauf, dass zusätzliche Anstrengungen mit Bezug auf den Umweltschutz als Zuschlagskriterium zu gewichten seien, sind entsprechende Bemühungen der Anbietenden – so positiv sie an sich sein mögen – kein für die Vergabe massgeblicher Gesichtspunkt¹¹⁰. Im einzelnen ist folgendes zu beachten:

- Ökologische Vergabekriterien dürfen kein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen schaffen. Es empfiehlt sich daher, ökologische Anforderungen im Leistungsverzeichnis genau zu bezeichnen.
- Die finanzielle Unterstützung eines Naturschutzprojektes der Vergabestelle ist ein sachfremdes Kriterium, das keine Berücksichtigung finden darf¹¹¹.
- Das Abstellen auf die Länge der Transportwege vom Anbieter zum Verwendungsort widerspricht grundsätzlich dem Verbot der Diskriminierung auswärtiger Anbietender¹¹²; denkbar ist in diesem Zusammenhang allenfalls die Berücksichtigung erheblicher Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung (z. B. Lärm- und Luftbelastung), da es dabei um «Eigenschaften der nachgefragten Leistung» geht, «die deren Eignung für die vergebende Amtsstelle bzw. das lokale Gemeinwesen unmittelbar beeinflussen». Allerdings muss das Gewicht, welches diesem Zuschlagskriterium zugemessen wird, genügend ersichtlich sein und

¹⁰⁶ VGr ZH, VB.98.00252 = BEZ 2/99, Nr. 15.

¹⁰⁷ VGr ZH, VB.99.00026 vom 7. Juli 1999, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 271 ff. sowie in BEZ 3/99 Nr. 26.

¹⁰⁸ Vgl. z. B. Kriterien wie «Umweltverträglichkeit» (GL: Art. 30 Abs. 1 lit. h Submissionsgesetz); vgl. auch *Katharina Seiler Germanier*, Grundsätze des Submissionsverfahrens, insbesondere die genügende Umschreibung des gewünschten Offertinhalts und ökologische Zuschlagskriterien, PBG aktuell, 3/1999, S. 37 ff.

¹⁰⁹ VGr ZH, VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 255 ff. sowie in BEZ 2/99 Nr. 12 = URP 1999, S. 165 ff.

¹¹⁰ VGr ZH, VB.98.00319 vom 24. November 1999 Erw. 8 = BEZ 1/2000 Nr. 9, S. 41 f.

¹¹¹ VGr ZH, VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 255 ff. sowie in BEZ 2/99 Nr. 12 = URP 1999, S. 165 ff.

¹¹² VGr ZH, VB.99.00109 vom 20. August 1999 = BEZ 3/99 Nr. 27 = URP 1999, S. 814; vgl. auch Anm. 113.

es muss am betreffenden Ort generell eine Beschränkung des motorisierten Verkehrs nach einem einheitlichen Konzept erfolgen (!)¹¹³.

– Fragen werfen auch Kriterien wie *Lehrlingsausbildung*¹¹⁴, *Aus- und Weiterbildung*¹¹⁵ sowie «*soziale Aspekte*»¹¹⁶ auf. Hier bewegen wir uns wiederum in Bereichen, an denen zwar durchaus öffentliche Interessen bestehen, doch sollten diese grundsätzlich nicht mit dem Vergaberecht verfolgt werden.¹¹⁷

cc) Anwendung der Zuschlagskriterien

Schliesslich geht es auch um das Problem, wie die Zuschlagskriterien überhaupt anzuwenden sind. Verschiedene Bestimmungen verlangen, dass die Kriterien bereits in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekanntzugeben und entsprechend anzuwenden sind¹¹⁸. Das Bundesgericht hat zu diesem Thema grundsätzlich Stellung genommen und es als allgemeingültiges Prinzip bezeichnet, dass die Kriterien im voraus entweder in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder zumindest mit Angabe ihrer relativen Bedeutung (Gewichtung) aufzuführen seien¹¹⁹; dieser Rechtsgrundsatz sei bei kantonalen Vergaben auch ohne ausdrückliche

¹¹³ VGr ZH, VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 255 ff. sowie in BEZ 2/99 Nr. 12 = URP 1999, S. 165 ff.; AGVE 1997, Nr. 95, Erw. 2d, S. 364; Nr. 96, S. 365; EGV-SZ, 1995, Nr. 59; dazu Anmerkung von *Peter Gauch* in Baurecht 2/97, S. 51.

¹¹⁴ Vgl. dazu AG: § 18 Abs. 2 SubmD und VGr AG, 99/3/027 vom 28. Mai 1999 (wo der Aspekt der Lehrlingsausbildung zu einem zulässigen Zuschlags-, nicht aber Eignungskriterium erklärt wurde); BE: Art. 41 Abs. 1 lit. a SubV («bei wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angeboten»); LU: § 5 Abs. 4 öBG ermöglicht eine «angemessene Berücksichtigung» solcher Aspekte «bei der Beurteilung der Angebote»; VS: Art. 39 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen; ZH: § 31 Abs. 1 SVO. – *Rainer Noch* (Anm. 100), S. 183, bezeichnet den Erlass der deutschen Bundesregierung vom 9. September 1997 betreffend die bevorzugte Berücksichtigung von Lehrlingsausbildungsbetrieben als «vergaberechtlich unzulässige Regelung». – Vgl. neuestens VGr ZH, VB.99.00204 vom 3. November 1999 = BEZ 4/99 Nr. 37, wo die Frage der Zulässigkeit des Kriteriums offengelassen, aber (unter Hinweis auf VGr AG, 18. Juni 1998, Erw. 3c) betont wurde, dass es jedenfalls kein Mittel für die Bevorzugung lokaler Anbietender sein könne.

¹¹⁵ GL: Art. 30 Abs. 1 lit. k Submissionsgesetz.

¹¹⁶ GL: Art. 30 Abs. 1 lit. l Submissionsgesetz; vgl. zum Thema auch *Fritz Rittner*, Die «sozialen Belange» i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, Heft 22, S. 677 ff.

¹¹⁷ Vgl. RR ZH, 25. August 1999, Beantwortung der Anfragen KR-Nrn. 189 und 211/1999 (betreffend Bevorzugung von Firmen mit Lehrstellen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen).

¹¹⁸ So Art. 21 Abs. 2 BoeB und § 14 Abs. 1 lit. i VRöB. Vgl. auch AG: § 18 Abs. 3 Submissionsdekret.

¹¹⁹ BGE 125 II 86 Erw. 7c = Praxis 7/8 1999, S. 571 ff. bes. 579; interessant ist in diesem Zusammenhang GL: Art. 30 Abs. 3 Submissionsgesetz, wonach «Abweichungen und besondere Gewichtungen» von einzelnen Kriterien im Rahmen der Ausschreibung festgelegt werden müssen; analog SG: Art. 34 Abs. 3 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998. – Der Entscheid des Bundesgerichts bedeutet umgekehrt, dass es unzulässig ist, sich bei der Beurteilung der Angebote nur zum Teil an die in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien zu halten und eine Gewichtung anzuwenden, die in der Ausschreibung nicht vorgesehen war (VGr ZH, VB.99.00026 vom 7. Juli 1999, abgedr. in diesem Heft weiter hinten S. 271 ff. sowie in BEZ 3/99 Nr. 26).

Vorschrift zu beachten. Diesem Entscheid haben sich verschiedene kantonale Verwaltungsgerichte voll¹²⁰ oder leicht modifiziert angeschlossen¹²¹. Damit sind aber noch lange nicht alle Probleme gelöst:

- Was gilt, wenn *keine* Zuschlagskriterien angegeben werden¹²²?
- Wie ist die Regel von der *Reihenfolge* zu handhaben? Kommt das nächste Kriterium nur zur Anwendung, wenn beim ersten «Gleichwertigkeit» besteht? Wenn nein, wie sind die folgenden in diesem Fall zu gewichten¹²³?
- Führt eine *starre* Gewichtung schon zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht zu Problemen, indem allenfalls erst durch die konkreten Angebote wichtige Gesichtspunkte für den Zuschlag aufgezeigt werden? Wie kann erreicht werden, dass insbesondere Variantenangebote in diesem Zusammenhang sauber in die Bewertung einbezogen werden können?

Immerhin steht den *Vergabebehörden* beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, ein *erheblicher Ermessensspielraum* zur Verfügung, in den die Gerichte nicht eingreifen, es sei denn, er werde überschritten oder missbraucht¹²⁴.

- Nicht berücksichtigt werden dürfen aber z.B. Leistungen, die gar nicht Gegenstand der laufenden Submission waren¹²⁵.

¹²⁰ VGr ZH, VB.98.00372 vom 24. März 1999 = ZBl 100/1999 S. 372 ff. = BEZ 2/99 Nr. 13 Erw. 3b. – VGr GL, VG.97.00163 und VG.97.00164 vom 3. November 1998: Die Zuschlagskriterien müssen rechtzeitig bekanntgegeben werden und ihre Gewichtung muss für alle Beteiligten klar erkennbar sein.

¹²¹ VGr TG, V 67/68 vom 28. April 1999 spricht von der «*ungefähren* Gewichtung» der einzelnen Zuschlagskriterien. Diese müsse nicht von Anfang an auf den Prozentpunkt genau bekanntgegeben werden, sondern es genüge die Reihenfolge. Selbst eine nachträgliche Änderung der Gewichtung sei gemäss BGE 125 II 86 ff. nicht grundsätzlich unzulässig, doch müssten in diesem Falle die Offertsteller rechtzeitig (?) davon in Kenntnis gesetzt werden. Vgl. auch VGr TG, V 66 vom 31. März 1999.

¹²² Vgl. dazu VGr AG, 10. Dezember 1997, AGVE 1997, Nr. 94, S. 354 ff. kommentiert von *Hubert Stöckli* in Baurecht 2/99, S. 57 f. (S12) wonach bei einem Stillschweigen der Ausschreibungsunterlagen auf das preiswerteste Angebot abzustellen sei, was m. E. als Prinzip eher fragwürdig ist, aber nun im Aargau auch auf Erlassebene eingeführt werden soll; vgl. Botschaft des Regierungsrates vom 13. Oktober 1999 betreffend Teilrevision des Submissionsdekretes (99.328). – Vgl. auch VGr ZH, 99.00125 vom 3. November 1999 = teilw. BEZ 4/99 Nr. 36, wo die Frage, welche Kriterien dem Vergabeentscheid zugrunde zu legen sind, wenn die Ausschreibung bzw. Einladung keine Zuschlagskriterien nannte, offengelassen wurde; dies weil der Zuschlag angesichts der Nichtberücksichtigung eines Anbietenden gestützt auf ungeeignete Gründe ohnehin zu Unrecht erfolgte.

¹²³ Vgl. dazu nunmehr die Zusammenstellung von Entscheiden aus AG, FR, GR, UR und ZH in Baurecht 4/99, S. 142 ff. (S28–35) mit Anmerkung von *Hubert Stöckli*.

¹²⁴ VGr ZH, VB.99.00026 vom 7. Juli 1999, abgedruckt in diesem Heft weiter hinten S. 271 ff. sowie in BEZ 3/99 Nr. 26 sowie VB.99.00111 vom 24. September 1999 = BEZ 4/99 Nr. 35; vgl. auch BVR 1998, S. 59 Erw. 3c; *Peter Gauch/Hubert Stöckli* (Anm. 35), Ziff. 11.4.

¹²⁵ VGr AG, 10. Dezember 1997, AGVE 1997, Nr. 93, S. 352 ff., kommentiert durch *Hubert Stöckli* in Baurecht, 2/99, S. 56 f. (S10).

- Kritisch erscheinen unter dem neuen Recht auch Regeln, die «bei annähernd gleichwertigen Angeboten» zur Anwendung kommen können¹²⁶ oder die generell auf eine «gerechte Abwechslung und Verteilung» abstellen¹²⁷.

2. Aufteilung des Auftrags

Könnte ein Auftrag ohne weiteres durch die Vergabestelle auf verschiedene Anbietende aufgeteilt werden, ergäbe sich für diese eine Situation, mit der sie bei der Abfassung ihrer Angebote nicht rechnen mussten. Aus Transparenzgründen ist es daher erforderlich, dass der Vorbehalt einer solchen Aufteilung (Losbildung) bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgemacht wird, es sei denn, dass der voraussichtlich zu Beauftragende vor der Vergabe einer solchen Aufteilung zustimmt¹²⁸.

3. Begründung und Bekanntmachung des Zuschlags

Das neue Beschaffungsrecht verlangt, dass der *Zuschlag als Verfügung auszugestalten*¹²⁹ und mit kurzer Begründung mitzuteilen ist¹³⁰. Bei Verfahren im Bereich des GPA bzw. des Konkordats hat dies durch *Veröffentlichung* zu erfolgen¹³¹. Allerdings wird durch die Bestimmungen über die Veröffentlichung mehr eine allgemeine Information als eine konkrete Begründung vorgeschrieben, doch können sich die Anbietenden auf Gesuch hin die «wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung» mitteilen lassen¹³². Diese Art der nur rudimentär begründeten Mitteilung ist jedoch teilweise durch die Gerichtspraxis kritisiert worden¹³³, und es ist zu erwarten, dass künftig allenfalls eine aussagekräftigere Begründung verlangt wird, was allerdings für die Vergabestellen nicht unproblematisch ist.

¹²⁶ SH: §27 Submissionsverordnung nennt z. B. den Umfang der früheren Aufträge, Bezugsquellen des Materials, Sicherung und Erhaltung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen im Kanton und geringe Entfernung zwischen Geschäftsdomizil und Tätigkeitsort. Noch weitergehend BS: §24 Abs. 1 Submissionsverordnung in Verbindung mit §2 Abs. 4 Submissionsgesetz; §24 Abs. 2 Submissionsverordnung definiert übrigens eine «Preisdifferenz bis maximal 2%» als «annähernd preisgleich».

¹²⁷ So AG: §18 Abs. 2 SubmD. – Vgl. dazu auch VGr ZH, VB.98.00252 vom 19. Mai 1999 = BEZ 2/99, Nr. 15.

¹²⁸ Art 27 VoeB und §29 VRöB.

¹²⁹ Vgl. Art. 29 lit. a BoeB (aber auch Art. 39 VoeB, der Entscheiden bei den «Übrigen Beschaffungen» die Verfügungsqualität abspricht!); Art. 9 Abs. 1 BGBM; Art. 13 lit. g IVöB.

¹³⁰ Art. 13 lit. h IVöB.

¹³¹ Art. 28 BoeB; §30 Abs. 1 VRöB.

¹³² §30 Abs. 2 VRöB. Nicht eröffnet werden allerdings Angaben, soweit «öffentliche Interessen verletzt werden» oder «berechtigte Interessen der Anbieter oder der lautere Wettbewerb verletzt werden» (so ausdrücklich SG: Art. 35 Abs. 3 Verordnung, Anm. 119).

¹³³ VGr AG, 18. Juni 1998, Erw. 2 lit. c bis e, Erw. 3 und zustimmendes Votum von *Peter Gauch* in Baurecht 2/99, S. 58 f. (S14).

4. Widerruf des Zuschlags

Für den Widerruf des Zuschlags gelten dieselben Voraussetzungen wie beim Ausschluss von Anbietenden¹³⁴; insbesondere kann der Widerruf als Sanktion bei der Verletzung von Vergabebestimmungen in Frage kommen¹³⁵, oder wenn sich nachträglich herausstellt, dass ein Ausschlussgrund erfüllt ist¹³⁶.

Eine besondere Situation ergibt sich, wenn eine Vergabestelle eine erhobene Beschwerde als berechtigt ansieht und den Zuschlag neu der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer erteilen möchte. Hier dürften die allgemeinen Voraussetzungen für die Änderung einer als unrechtmässig erkannten Verfügung zur Anwendung kommen, wobei die neue Verfügung wiederum als anfechtbar auszugestalten wäre.

5. Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Verfahrens

Aus wichtigen Gründen kann ein Verfahren abgebrochen, wiederholt oder völlig neu durchgeführt werden¹³⁷, wobei alle Verfahrensbeteiligten sofort schriftlich und mit Begründung zu benachrichtigen sind¹³⁸. Eine solche Massnahme darf allerdings nicht dazu dienen, einen missliebigen Verfahrensausgang abzuwenden, sondern muss auf objektive Gründe abgestützt sein¹³⁹. Ein Abbruch des Verfahrens kann z. B. in Frage kommen, wenn der Bewerberkreis keinen Wettbewerb gewährleistet und es dadurch der Vergabebehörde verunmöglicht wird, gute Arbeit zu einem möglichst günstigen Preis zu erhalten¹⁴⁰. Auch die sachlich begründete Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, muss in aller Regel für den Ausschluss der betroffenen Anbietenden aus dem Verfahren bzw. für den Abbruch der Submission ausreichen, sofern mutmasslich alle Anbietenden beteiligt sind¹⁴¹.

¹³⁴ § 31 VRöB.

¹³⁵ *Herbert Lang* (Anm. 11), S. 38.

¹³⁶ Vgl. neuestens VGr ZH, VB.99.00181 vom 15. Dezember 1999 = BEZ 1/2000 Nr. 8 betreffend Vergabe von Spitaltüren: Im Anschluss an die Vergabe, aber noch vor Vertragsabschluss stellte sich heraus, dass die Feuerpolizei die offerierten Türen nicht genehmigen würde, worauf die Vergabestelle den Zuschlag widerrief und eine neue anfechtbare Verfügung erliess. Das VGr kam zu Schluss, dass die Offerte in einem wesentlichen Punkte mangelhaft gewesen sei. Damit sei die Vergabestelle berechtigt gewesen, den Zuschlag zu widerrufen und die Beschwerdeführerin auszuschliessen. Insbesondere sei die Vergabestelle auch nicht gehalten gewesen, das Verfahren zu wiederholen oder neu durchzuführen, da hierfür die Voraussetzungen nicht gegeben gewesen seien.

¹³⁷ Art. 13 lit. i IVöB und § 32 VRöB.

¹³⁸ Vgl. dazu *Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner* (Anm. 3), S. 138 ff.

¹³⁹ VGr TI, Nr. 52.99.00007 vom 28. April 1999 (Voraussetzungen für Abbruch und Wiederholung des Verfahrens); VGr Bern, 20644Ü vom 3. Mai 1999 (Neuausschreibung bei Unvollständigkeit und Ungenauigkeit der ursprünglichen Ausschreibung).

¹⁴⁰ VGr ZG, Urteil vom 19. November 1998 (trotz Einladung von fünf spezialisierten Firmen ging nur ein Angebot ein, das etwa doppelt so teuer war wie der Kostenvoranschlag).

¹⁴¹ VGr AG, 99/3/038 vom 19. Juli 1999.

Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsansässige*

Von lic. iur. *Andreas Bass*, Graubünden/lic. iur. *Alberto Crameri*, Graubünden/Dr. iur. *Herbert Lang*, Zürich/lic. iur. *Vinicio Malfanti*, Tessin/Dr. iur. *Philipp Spörri*, Wallis

I. Problemstellung

1. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat in einem Urteil vom 15. September 1998¹ sowie in anderen Entscheiden betreffend öffentliche Beschaffungen festgehalten, dass durch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995² eine Gleichbehandlung Ortsansässiger untereinander nicht sichergestellt wird. Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts lauten folgendermassen:

«Die Berufung auf das BGBM geht aber noch aus einem anderen Grund fehl. Als wesentliche Neuerung soll mit dem Binnenmarktgesetz auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die interkantonale Handels- und Gewerbefreiheit verwirklicht werden, indem allen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft der freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt gewährleistet wird. Bei kantonalen und kommunalen Vergaben im öffentlichen Beschaffungswesen dürfen somit inskünftig ortsansässige und ortsfremde Anbieter nicht mehr unterschiedlich behandelt werden. Nicht sichergestellt durch das Binnenmarktgesetz wird hingegen die Gleichbehandlung Ortsansässiger untereinander (...).

Im Hinblick auf eine effektive Durchsetzbarkeit der vom Binnenmarktgesetz verliehenen Rechte schreibt Art. 9 Abs. 1 BGBM ausdrücklich vor, dass alle Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in die Form einer anfechtbaren Verfügung zu kleiden sind. Wo im Einzelfall keine Verfügung ergeht, kann der Berechtigte den Erlass einer solchen verlangen. Dadurch erhält jeder von einer Marktzugangsbeschränkung betroffene *ortsfremde* Anbieter die Möglichkeit, die kantonalen Rechtsmittel zu ergreifen, da Abs. 2 von Art. 9 BGBM statuiert, dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorzusehen hat (...).

* Einhellige Stellungnahme des «Forums öffentliches Beschaffungswesen», einer formlosen, aber regelmässig zwei Mal im Jahr zusammentretenden Konferenz aller für das öffentliche Beschaffungswesen zuständigen Chefbeamten der Kantone und des Fürstentums Liechtenstein.

¹ VGE 592/98.

² SR 943.02.

Aus diesen Ausführungen erhellt, dass sich die Beschwerdeführerin im Hinblick auf den vorliegenden Fall gar nicht im Schutzbereich des BGBM befindet. Zum einen handelt es sich um einen Streit zwischen kantonsansässigen Anbietern. Zum anderen wurde nicht behauptet, dass es um eine Beschränkung des freien Zuganges zum Markt gehe. Die vorliegende Streitsache liegt somit ausserhalb des sachlichen und persönlichen Geltungsbereiches des BGBM, weshalb eine Berufung auf dessen Rechtsschutzvorschriften von vornherein fehl geht.»

2. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts Graubünden stützt sich insbesondere auf die Ausführungen von *Attilio R. Gadola* ab³. Nach diesem Autor stellt das Binnenmarktgesetz die Gleichbehandlung Ortsansässiger untereinander nicht sicher. *Gadola* beruft sich dabei auf *Thomas Cottier* und *Manfred Wagner*⁴.

Das Binnenmarktgesetz beinhaltet nach diesen Autoren im wesentlichen eine Konkretisierung der Handels- und Gewerbefreiheit. Während Lehre und Praxis in den letzten Jahrzehnten deren Funktion als Begrenzung staatlicher Eingriffe eingehend ausgebildet hätten, bleibe ihre Binnenmarktkomponente weitgehend unterentwickelt, wie etwa die enge staatsrechtliche Beschwerdelegitimation im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zeige. Das Gesetz hole diesen Rückstand auf und konkretisiere den in Art. 31 Abs. 1 aBV ausdrücklich im gesamten Umfange der Eidgenossenschaft gewährleisteten Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit. Das erkläre auch, warum das Gesetz nur die Behandlung von Ortsansässigen und Ortsfremden und damit von transkantonalen oder transkommunalen Beziehungen zum Gegenstand habe. Die Gleichbehandlung von Ortsansässigen untereinander sei – so *Cottier* und *Wagner* – nicht Gegenstand der Vorlage. Dieses Ziel sei weiterhin mit der Geltendmachung des aus Art. 4 aBV fliessenden Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit zu verfolgen. In Anlehnung an *Cottier* und *Wagner* vertreten *Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner*⁵ die gleiche Ansicht: Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt bezweckt nach deren Meinung für alle Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz die Realisierung des freien und gleichberechtigten Marktzuganges auf dem gesamten Gebiete der Schweiz (Binnenmarkt Schweiz)⁶. Und zwar habe es einzig den diskriminierungsfreien, gleichberechtigten Marktzugang von ortsfremden (d. h. ausserkantonalen oder ausserkommunalen) Anbietern von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen zum Gegenstand: Ortsfremde Anbieters

³ Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, AJP 8/1996, S. 967 ff., 976.

⁴ Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, AJP 12/1995, S. 1582 ff., 1583.

⁵ Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, RN 49; vgl. auch RN 612 f.

⁶ Art. 1 Abs. 1 BGBM.

sollten gegenüber ortsansässigen nicht diskriminiert werden. Diese letzteren könnten aus dem Binnenmarktgesetz keinen Anspruch auf Nichtdiskriminierung unter sich ableiten⁷. Ihr Anspruch auf Gleichbehandlung untereinander werde weiterhin durch das Verfassungsrecht, insbesondere die Handels- und Gewerbebefreiheit gemäss Art 31 Abs.1 aBV und das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art.4 aBV, gewährleistet.

3. Das Bundesgericht hat kürzlich in zwei Urteilen entschieden, welche die Bewilligungserteilung zur selbständigen Berufsausübung als Zahnarzt bzw. als Zahnprothetiker zum Gegenstand hatten, das Binnenmarktgesetz regle nur die Rechtsstellung von auswärtigen Anbietern im interkantonalen bzw. interkommunalen Verhältnis, nicht aber diejenige der Ortsansässigen⁸. Der schweizerische Gesetzgeber habe mit dem Binnenmarktgesetz analog zum EG-Recht eine Diskriminierung Kantonsfremder und einen offenen oder verdeckten Protektionismus zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen vermeiden wollen. Aus dieser Zielsetzung folge nicht ein über Art. 31 aBV hinausgehender bundesrechtlicher Schutz gegen jegliche kantonale rechtliche Einschränkung des Wirtschaftsgeschehens. Auch Art. 6 BGBM garantiere nur die Gleichbehandlung von kantonsfremden schweizerischen gegenüber ausländischen Personen im internationalen Verhältnis oder von Angehörigen von Drittkantonen im interkantonalen Verhältnis, nicht aber die Nichtdiskriminierung von im Kanton Ansässigen. Das Binnenmarktgesetz finde daher keine Anwendung auf innerkantonale Regelungen, die weder rechtlich noch faktisch ausserkantonale Anbieter diskriminierten, auch wenn sie einen Wettbewerbsnachteil für innerkantonale Anbieter gegenüber ausserkantonalen Konkurrenten zur Folge haben könnten. In den konkreten Fällen erachtete das Bundesgericht das Binnenmarktgesetz als auf innerkantonale Normen, welche die Tätigkeit der innerhalb des Kantons niedergelassenen Personen regeln, nicht anwendbar.

4. In einer späteren Entscheidung, die konkret das öffentliche Beschaffungswesen betraf, hat das Bundesgericht – in Abweichung von BGE 125 I 267 ff. und BGE 125 I 276 ff. – nunmehr aber festgehalten, dass das Binnenmarktgesetz auch für ortsansässige Anbieter uneingeschränkt gelte⁹.

⁷ Vgl. aber Art. 6 Abs. 1 BGBM betreffend den Anspruch der Ortsansässigen auf Nichtdiskriminierung gegenüber Ausländern.

⁸ BGE 125 I 267 Erw. 3 S. 271 ff. und BGE 125 I 276 Erw. 4 S. 278 ff.

⁹ BGE 125 I 406 Erw. 2d S. 410 f.

II. Folgerungen

Mit der Unterzeichnung des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁰ hat sich die Schweiz verpflichtet, den Grundsatz der Inländerbehandlung und des Diskriminierungsverbotes mit der Folge umzusetzen¹¹, «dass Anbieter und Anbieterinnen aus Vertragsparteien nicht schlechter als inländische Konkurrenten behandelt werden dürfen. Demgegenüber steht dieses staatsvertragliche Recht dem inländischen Konkurrenten nicht zu. Durch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, welches das genannte GATT/WTO-Übereinkommen innerstaatlich umsetzt, werden inländischen Personen auf Bundesebene jedoch dieselben Rechte zuerkannt, wie sie den durch das Übereinkommen berechtigten ausländischen zukommen. Dieselben Wirkungen werden sich auf kantonaler und kommunaler Ebene durch die im Binnenmarktgesetz vorgesehene Einführung des Verbotes der Inländerdiskriminierung einstellen»¹². Das Binnenmarktgesetz will gemäss Bundesrat einen freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt und somit einen unbeschränkten Wettbewerb im inländischen Verhältnis sicherstellen.

2. Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 BGBM geht hervor, dass der örtliche Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sich auf das ganze Gebiet der Schweiz erstreckt. Staatlich verordnete Marktsegmentierungen sollen abgebaut werden, damit ein einheitlicher Binnenmarkt für Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen entsteht. Der betreffende Bundeserlass verbietet die Entstehung eines uneinheitlichen Binnenmarktes und zwar auch dann, wenn sich diese Teilung auf Kantons- oder sogar auf Gemeindeebene abspielen sollte. Die im zitierten Verwaltungsgerichtsentscheid des Kantons Graubünden vertretene Auslegung von Art. 5 Abs. 2 BGBM, die sich ohne weitere Ausführungen vor allem auf *Gadola* abstützt, das Binnenmarktgesetz gelte unter Ortsansässigen nicht, ist daher bereits aufgrund des Wortlautes von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 BGBM, schliesslich aber auch aufgrund der klar umschriebenen gesetzgeberischen Absicht abzulehnen.

3. In einer Entscheidung vom 24. März 1999 hat auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Auffassung vertreten, dass nicht nur einem auswärtigen Anbieter, der eine Benachteiligung gegenüber ortsansässigen Bietern geltend macht, sondern auch einem einheimischen Wettbewerbsteilnehmer derselbe um-

¹⁰ Art. III; SR 0.632.231.422.

¹¹ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Grunde) (GATT-Botschaft 1) vom 19. September 1994 (BBl 1994 IV, S. 1 ff., 355).

¹² Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, S. 1213 ff., 1246.

fassende Rechtsschutz zustehe¹³. Eine Unterscheidung zwischen ortsansässigen

und ortsfremden Anbietern würde – je nachdem, ob ein auswärtiger oder ein einheimischer Konkurrent Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid erheben würde – hingegen für einen Teil der kantonalen Submissionen einen zweigeteilten Instanzenzug zur Folge haben. Im erwähnten Entscheid wird deshalb zu Recht eine solche Auslegung und Lösung abgelehnt.

4. Falls Ortsansässige im Verhältnis zu Ortsfremden im Lichte des Binnenmarktgesetzes diskriminiert werden dürften, so würde dies eine sogenannte Inländerdiskriminierung (umgekehrte Diskriminierung) darstellen. Dies würde bedeuten, dass sich nur derjenige auf das Binnenmarktgesetz berufen kann, der einen (fremden) Marktzugang sucht. Es müsste somit ein Sachverhalt mit einem grenzüberschreitenden Element vorliegen. Dies hätte zur Folge, dass zum Beispiel die Gemeinden frei wären, umgekehrte Diskriminierungen vorzunehmen.

Eine solche Auslegung des Binnenmarktgesetzes ist aber abzulehnen. Ziel des Bundeserlasses ist die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes, so dass den Grenzen keine Bedeutung mehr zukommen darf. Das Vorliegen einer Grenzüberschreitung kann damit nicht Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Geltungsbereichs des Diskriminierungsverbotes sein. Zudem führen umgekehrte Diskriminierungen zu Wettbewerbsverzerrungen, wodurch ein einheitlicher Binnenmarkt gestört wird. Das Binnenmarktgesetz muss demnach so ausgelegt werden, dass das Ziel des einheitlichen Binnenmarktes auch erreicht wird. Staatliche Beschränkungen der erfassten Tätigkeiten sind daher aus Sicht des Binnenmarktgesetzes als unzulässig zu betrachten und zwar unabhängig davon, ob sie grenzüberschreitend sind oder nicht.

5. Der Entwurf des Bundesrates zum Binnenmarktgesetz¹⁴ ging noch von der etwas voreiligen Erwartung einer einheitlichen Kodifizierung von internationalem und nationalem Recht durch die Kantone anhand des Binnenmarktgesetzes aus. Mit dem Erlass und dem Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen haben allerdings die Kantone das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen ins kantonale Recht selbständig umgesetzt, womit sie sich für eine klare Trennung zwischen den Tatbeständen gemäss GATT/WTO-Übereinkommen und solchen gemäss Binnenmarktgesetz entschieden haben. Dieser Wandel der Verhältnisse ist offensichtlich in den eingangs zitierten Literaturstellen, aber auch vom Verwaltungsgericht Graubünden ohne Ausnahme unberücksichtigt geblieben. Es erweist sich jedoch als problematisch und als nicht zeitgemäss, wenn man gleichwohl gestützt auf das Binnenmarktgesetz internationale Ansätze (mit der Möglichkeit der Diskriminierung von Ortsansässigen unter sich) auf kommunale Verhältnisse ummün-

¹³ Vgl. VB.98.00372.

¹⁴ BBl 1995 I, S. 1288 ff.

zen will. Damit werden unnötigerweise im innerstaatlichen Verhältnis zwei Kategorien von Anbietern mit unterschiedlichem Rechtsschutz geschaffen (Art. 4 aBV für Ortsansässige und Art. 9 BGBM für Ortsfremde), obwohl kantonale und kommunale Submissionsentscheide gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM keine unterschiedliche Rechtsnatur haben können. Nur eine solche zeitgemässe Auslegung kann daher als vertretbar bezeichnet werden.

6. Des Weiteren sei darauf hingewiesen, dass sowohl Art. 4 aBV als auch Art. 31 aBV unabhängig von räumlichen Grenzen Gültigkeit haben. Dasselbe muss auch für den im Binnenmarktgesetz verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung gelten.

7. Damit steht fest, dass im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs eine einheitliche Lösung greifen muss und der Schutzbereich des Binnenmarktgesetzes daher auch für ortsansässige Anbieter uneingeschränkt gelten sollte. Das Forum öffentliches Beschaffungswesen teilt daher die in der Literatur vertretene Auffassung nicht, dass Ortsansässige aus dem Binnenmarktgesetz keinen Anspruch auf Nichtdiskriminierung unter sich geltend machen können. Der Rechtsanspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang hat für jede Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz Gültigkeit, und zwar gilt dieser Grundsatz ohne räumliche Einschränkung. Nur eine solche zeitgemässe Auslegung des Binnenmarktgesetzes kann als sinnvoll und nachvollziehbar bezeichnet werden. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht im bereits erwähnten Urteil vom 25. August 1999 entschieden und damit gleichzeitig eine Klarstellung zur Frage herbeigeführt, ob das Binnenmarktgesetz eine Diskriminierung unter Ortsansässigen zulässt.