

## Quod licet mandatori non licet iudici

Geht es um Teilnahmebedingungen, namentlich die Einhaltung der Arbeitsbedingungen, zählt die materielle Wahrheit, die zum Zeitpunkt des Beschwerdeverfahrens erstellbar ist, und nicht nur, was die Vergabestelle zum Zuschlagszeitpunkt wissen konnte und musste. Die Regeln über die Teilnahmebedingungen und die Ausschlussgründe stellen eigenständiges Vergaberecht dar, selbst wenn sie auf Regeln anderer Gebiete verweisen. Darum ist im Vergabe- und im Beschwerdeverfahren regelmässig eine eigenständige Prüfung vorzunehmen, selbst wenn der betreffende Sachverhalt den Gegenstand eines anderen hängigen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens bildet.

*Lorsqu'il en va des conditions de participation, notamment du respect des conditions de travail, est seule déterminante la vérité matérielle telle qu'elle peut être établie dans la procédure de recours, et non pas celle que l'adjudicateur devait et pouvait connaître au moment de l'adjudication. Les règles sur les conditions de participation et les motifs d'exclusion relèvent directement du droit des marchés publics, même lorsqu'elles renvoient à des normes d'autres domaines. Pour cette raison, en règle générale, il convient de procéder à un examen indépendant dans les procédures d'adjudication et de recours, ce même si les faits en question font l'objet d'une autre procédure pendante devant une autorité administrative ou judiciaire.*

Urteil des Bundesgerichts vom 11. Mai 2022 (2C\_159/2021)

**Martin Beyeler**, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Arbeitsgemeinschaft, welcher der Zuschlag erteilt worden war.

### Der Fall

**(3)** 1. Die Vergabestelle hatte einer Arbeitsgemeinschaft einen Bauauftrag vergeben, zu deren Mitgliedern die X. AG zählte. Eine unberücksichtigt gebliebene Anbieterin erhob Beschwerde und machte unter anderem geltend, die X. AG habe in der jüngeren Vergangenheit die geltenden Arbeitsbedingungen wiederholt nicht eingehalten und sei, zumal sie eine Selbstdeklaration abgegeben habe, wonach entsprechende Verletzungen nicht vorlägen, wegen falscher Angaben vom Vergabeverfahren auszuschliessen – und mit ihr die

2. Im Beschwerdeverfahren reichte die Zuschlagsempfängerin ein Schreiben der zuständigen Paritätischen Landeskommision ein, in dem diese bestätigte, dass von einer Lohnbuchkontrolle bei der X. AG abgesehen werde. Die Beschwerdeinstanz fragte bei der Kommission nach, ob gegen die X. AG ein Verfahren hängig oder mit einer Sanktion abgeschlossen worden sei. Die Kommission antwortete, dass ein Verfahren hängig sei.

3. Die kantonale Beschwerdeinstanz wies die Beschwerde ab.

**a.** Zur Frage der Verletzung von Arbeitsbedingungen und zur entsprechenden Selbstdeklaration führte die Beschwerdeinstanz aus, dass die Paritätische Kommission das fragliche Verfahren erst nach dem Zeitpunkt des Zuschlags eröffnet hatte und dass die Vergabestelle mit Blick darauf und auch im Weiteren keine Veranlassung gehabt habe, die Selbstdeklaration der X. AG infrage zu stellen, wonach Verletzungen des Arbeitsrechts nicht vorlägen. Den Umstand, dass inzwischen ein Verfahren vor der Paritätischen Kommission hängig war, erachtete die Beschwerdeinstanz mit Blick auf das Beschwerdeverfahren nicht als geeignet, um ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Selbstdeklaration zu wecken. Sie verwies auf die Unschuldsvermutung sowie auf den Anspruch auf ein faires Verfahren und hielt fest, dass sie dem Ergebnis des Verfahrens vor der Paritätischen Kommission nicht vorgehen wollte. Insgesamt sah sie keinen Grund dafür, den Zuschlag unter Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Vergabeverfahren aufzuheben. Im Übrigen ging sie in ihrem Urteil auf die durch die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens eingereichten Lohnabrechnungen von Mitarbeitenden der X. AG nicht ein.

**b.** Anders hätte es sich nach Ansicht der kantonalen Beschwerdeinstanz dann verhalten, wenn zum Zeitpunkt des Ausfüllens der Selbstdeklaration eine rechtskräftige Sanktionierung wegen Verletzung der Arbeitsbedingungen vorgelegen hätte.

**4.** Die Beschwerdeführerin focht das Urteil der kantonalen Beschwerdeinstanz (primär mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) vor BGER an.

## Der Entscheid

Das BGER tritt auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein und heisst sie gut.

**1a.** Das BGER erkennt, dass die Frage, wieweit eine (behaup- tete) Verletzung von Teilnahmebedingungen sich zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung konkretisiert haben muss, damit der Sachverhalt einen Ausschlussgrund darstellt, von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 83 lit. f. Ziff. 1 BGG (i.d.F. vom 1.1.2021) ist. Zum einen hat sich das BGER dazu bislang noch nicht geäußert. Zum anderen kann es in etlichen Fällen vorkommen, dass der im Vergabebeschwerdeverfahren erhobene Vorwurf eines Ausschlussgrunds zugleich den Gegenstand eines anderen, spezifisch den entsprechenden Sachverhalt unter den einschlägigen Spezialbestimmungen behandelnden Rechtsverfahrens bildet. Es geht insoweit nicht allein um einen Streit über konkrete Fragen eines Einzelfalls.

**b.** Vgl. zur Frage des Schwellenwerts i.S.v. Art. 83 lit. f. Ziff. 2 BGG Nr. 63 auf S. 58 f. im vorliegenden Heft.

**2.** In der Sache trifft das BGER zwei zentrale Feststellungen, die beide im Prinzip gründen, dass die kantonale vergaberechtliche Beschwerdeinstanz «als einzige und letzte kanto-

nale gerichtliche Instanz den Sachverhalt frei zu prüfen und das Recht von Amtes wegen anzuwenden» hat.

**a.** Erstens müssen und dürfen Vergabestellen und Beschwerdeinstanzen im Rahmen der Prüfung der Ausschlussgründe nur dann auf das Ergebnis von anderen Rechtsverfahren abstellen, wenn das, wie in Art. 22 lit. 1 SubG/GR (vgl. auch Art. 44 Abs. 1 lit. c IVöB 2019), wo es um rechtskräftige strafrechtliche Verurteilungen geht, ausdrücklich vorgesehen ist. In den anderen Fällen haben die vergaberechtlichen Behörden ihre Prüfung eigenständig durchzuführen, da sie (und nur sie, nicht z.B. eine Paritätische Kommission) dafür zuständig sind, die Frage nach dem Vorliegen von vergaberechtlichen Ausschlussgründen zu beurteilen. In diesem Sinn greift das Argument der Vorinstanz zu kurz, aufgrund der Rechtshängigkeit des Verfahrens vor der Paritätischen Kommission sowie der Unschuldsvermutung dürfe die Zuschlagsempfängerin nicht ausgeschlossen werden, beziehungsweise, ohne rechtskräftige Sanktionierung der Zuschlagsempfängerin durch die Paritätische Kommission dürften die vergaberechtlichen Behörden eine Verletzung von Arbeitsbedingungen nicht annehmen.

**b.** Zweitens kommt es im Beschwerdeverfahren nicht darauf an, «ob die Vergabebehörde im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung Anhaltspunkte hatte, die gegen die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die [Zuschlagsempfängerin] gesprochen hätten». Vielmehr muss die Vergabestelle die Frage der Einhaltung der Teilnahmebedingungen (in casu: Einhaltung der Arbeitsbedingungen und, damit zusammenhängend, Wahrheit der Selbstdeklaration) «sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht eigenständig prüfen und die [Zuschlagsempfängerin] gegebenenfalls gestützt auf Art. 22 lit. e oder lit. g SubG/GR vom Vergabeverfahren ausschliessen». In diesem Sinn darf sich die Vergabestelle zwar «bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass die Anbieterin ihren Pflichten nachkommt und deren Angaben der Wahrheit entsprechen, solange keine konkrete gegenteilige Hinweise bestehen [...]. Demgegenüber hat die [...] Rechtsmittelinstanz jedenfalls auf entsprechende Vorbringen hin eine Überprüfung dieser Angaben vorzunehmen.» Weil die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren «mit den Lohnabrechnungen substantiierte und konkrete Anhaltspunkte [lieferte], die die Angaben in der Selbstdeklaration zumindest infrage stellten», hätte die Beschwerdeinstanz diese Angaben «im Sinne von Art. 10 SubG/GR eingehend überprüfen und den Sachverhalt vollständig feststellen müssen, um dem allgemeinen Grundsatz von Art. 11 lit. e IVöB hinreichend Nachachtung zu verschaffen. Es liegt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 11 lit. e IVöB vor».

**c.** Die Beschwerde wird demnach gutgeheissen, weil die kantonale Beschwerdeinstanz das interkantonale Vergaberecht (vgl. Art. 95 lit. e BGG) betreffend Arbeitsbedingungen insoweit unzutreffend ausgelegt hat, als sie davon ausging, eine Verletzung von solchen Bedingungen könne im Vergabeverfahren nur gestützt auf eine entsprechende rechtskräftige Sanktionierung der zuständigen Paritätischen Kommission festgestellt werden, und als sie zudem annahm, im

Rahmen einer beschwerdeweisen Überprüfung der Rüge der Verletzung der Teilnahmebedingungen sei nur zu untersuchen, was die Vergabestelle zum Vergabezeitpunkt wusste oder wissen musste. Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage hat die Beschwerdeinstanz in casu auch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie die durch die Beschwerdeführerin eingereichten Lohnabrechnungen von (damaligen) Angestellten des betreffenden Mitglieds der Zuschlagsempfängerin nicht analysierte und in ihre Urteilsbegründung nicht aufnahm.

3. In einem weiteren Fall, der mit dem vorliegend rapportierten weitgehend übereinstimmt, hat das BGer im Wesentlichen gleich entschieden (Urteil 2C\_608, 11.5.2022).

## Die Anmerkungen

1. Dem rapportierten Urteil, das unter der IVöB 2001 und dem entsprechenden SubG/GR gesprochen wurde, ist zuzustimmen. Die darin herausgearbeiteten Grundsätze sind auch unter dem neuen Vergaberecht (BöB und IVöB 2019) zu beachten.

2. Der erste Grundsatz besagt, dass im Rahmen der Prüfung von Ausschlussgründen nur dann auf andere Rechtsverfahren abzustellen ist, wenn der vergaberechtliche Ausschlussgrund das so vorsieht.

a. Unter allen in Art. 44 BöB/IVöB 2019 aufgezählten Ausschlussgründen gibt es drei, die nicht losgelöst von der Existenz oder vom Ergebnis eines Rechtsverfahrens ausserhalb des Vergabeverfahrens beurteilt werden können, nämlich die strafrechtliche Verurteilung (Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB/IVöB 2019), das Pfändungs- oder Konkursverfahren (Art. 44 Abs. 1 lit. d BöB/IVöB 2019) und die vergaberechtliche Sanktion des Dauerausschlusses nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019. Im ersten Fall bilden ein Strafurteil und dessen Rechtskraft zwei ausdrücklich genannte Tatbestandselemente des Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB/IVöB 2019, auf deren Erfüllung nur bei entsprechendem strafprozessualen Ergebnis geschlossen werden darf. Im zweiten Fall ist die Formulierung «Pfändungs- oder Konkursverfahren» nicht vergaberechtsautonom, sondern als direkter Verweis auf Art. 89 ff. sowie Art. 171 und Art. 221 ff. SchKG zu verstehen. Nur wenn ein diesen Bestimmungen unterstehendes Verfahren tatsächlich zulasten der betreffenden Anbieterin am Laufen ist, liegt der Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. d BöB/IVöB 2019 vor (dabei dürfte in der rechtskräftigen Auflösung der Anbieterin nach einem Konkursverfahren a fortiori ein Ausschlussgrund liegen). In Bezug auf den dritten Fall sieht Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB/IVöB 2019 ausdrücklich vor, dass nur eine rechtskräftig gewordene Sanktion nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 den Ausschlussbestand erfüllen kann (damit ist noch nicht über die vorliegend nicht weiter zu erörternde Frage entschieden, ob Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB/IVöB 2019 nur von jenen Vergabestellen angerufen werden kann bzw. muss, für die der Dauerausschluss nach Art. 45

Abs. 1 BöB/IVöB ausgesprochen worden ist, oder ob auch alle übrigen Vergabestellen sich kraft Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB/IVöB direkt auf den Dauerausschluss berufen können; mit überzeugender Begründung treten N. DIEBOLD/A. KELLER/M.KREIS/A.-C.TANNER, in: J.-B. Zufferey/M. Beyerler/St. Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich 2020, S. 315 ff., Rz. 38, gegen eine Auslegung ein, wonach Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB/IVöB 2019 durch Vergabestellen angerufen werden könnte, für die der Dauerausschluss i.S.v. Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 nicht ausgesprochen worden ist; in der Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1965, wird ohne einlässliche Analyse des Problems die gegenteilige Auffassung vertreten).

b. In Bezug auf alle übrigen Ausschlussgründe nach Art. 44 BöB/IVöB 2019 gilt, dass die Vergabestelle (und ggfs. die Beschwerdeinstanz) die Frage nach deren Vorliegen eigenständig abzuklären hat und sich nicht mit einem Verweis auf allfällige andere Rechtsverfahren begnügen darf (für Abs. 2 der genannten Bestimmung gilt das schon nur deswegen, weil der Ingress dieses Absatzes das Mass des Beweises des Ausschlussgrunds auf das Vorliegen von «hinreichende[n] Anhaltspunkte[n]» reduziert).

c. Das gilt insbesondere für den Tatbestand der Wettbewerbsabreden des Art. 44 Abs. 2 lit. b BöB/IVöB 2019; es ist für dessen Erfüllung nicht erforderlich, dass ein rechtskräftiger, auf Art. 30 KG gestützter Entscheid zum Thema vorliegt (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1963).

d. Aber auch der Ausschlussgrund der Verletzung von «Melde- und Bewilligungspflichten nach dem BGSA» nach Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB/IVöB 2019 (dieser unglücklich formulierte Wortlaut bezieht sich entweder auf die «Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs- oder Ausländerrecht» nach Art. 13 Abs. 1 BGSA oder auf die «Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrecht» nach Art. 6 BGSA, wobei angesichts von Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB/IVöB 2019 von der ersten, engeren Hypothese auszugehen ist) ist so zu verstehen, dass er dann und nur dann anwendbar ist, wenn eine schweizweite Auftragssperre nach Art. 13 Abs. 1 BGSA nicht (oder noch nicht) in rechtskräftiger Form vorliegt (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1965), dass es also insoweit nicht auf eine allfällige Sanktion nach BGSA ankommt. Sobald jedoch eine Auftragssperre gemäss Art. 13 Abs. 1 BGSA vorliegt, ergibt sich die Verpflichtung (aller schweizerischer Vergabestellen) zum Ausschluss des betreffenden Unternehmens unmittelbar aus dieser Vorschrift und nicht aus Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB/IVöB 2019. Zugleich darf eine Sanktion nach Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB/IVöB 2019 nicht ausgesprochen werden, sobald eine Sanktion nach Art. 13 Abs. 1 BGSA rechtskräftig geworden ist («ne bis in idem»; vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1965). Umgekehrt ist eine zu diesem Zeitpunkt bereits ausgesprochene Sanktion nach Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB/IVöB 2019 ab diesem Zeitpunkt als nichtig zu betrachten (das ist dann von Bedeutung, wenn sie in Bezug auf die Dauer über die Sanktion nach BGSA hinaus-

geht). Es ist nicht davon auszugehen, dass die Reichweite des Art. 13 Abs. 1 BGSA durch die Revision des BöB hätte eingeschränkt werden sollen. Ein solches Ergebnis würde sich aber einstellen, wenn man davon ausginge, eine Sanktion nach dieser Bestimmung könne bei Vorliegen einer Sanktion nach Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB/IVöB 2019 nicht mehr ausgesprochen werden – denn die letztere Sanktion gilt im Unterschied zu jener nach BGSA nicht für alle schweizerischen Vergabestellen. Nimmt man demgegenüber an, dass eine vorbestehende Sanktion nach BöB oder IVöB 2019 durch eine nachträglich gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BGSA ausgesprochene Sanktion nicht berührt wird und demnach über die Dauer der Letzteren hinauswirken kann, wenn dies ihrer eigenen Dauer entspricht, übergeht man, dass die Sanktion nach BöB oder IVöB 2019 im Unterschied zu jener nach dem BGSA keinen Vollbeweis erfordert (sondern lediglich «hinreichende Anhaltspunkte» im Sinn des Ingresses von Art. 44 Abs. 2 BöB/IVöB). Die Dauer der Sanktion nach BGSA muss ungeachtet einer allenfalls früher ausgesprochenen Sanktion nach BöB/IVöB 2019 allein massgeblich sein, weil ihre Bestimmung auf einem Vollbeweis der sanktionsbegründenden Tatsachen beruht und daher materiell als richtiger zu betrachten ist als jene, die im Rahmen von Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB/IVöB 2019 durchgeführt wurde.

**3.** Der zweite Grundsatz besagt, dass es jedenfalls in Bezug auf Arbeitsbedingungen im Beschwerdeverfahren nicht (allein) darauf ankommt, was die Vergabestelle zum Zuschlagszeitpunkt wusste und wissen musste, sondern entscheidend darauf, was die Beschwerdeinstanz (auf entsprechende Rügen hin) im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes an materieller Wahrheit herauszufinden vermag.

**a.** Vieles spricht dafür, diesen Grundsatz nicht nur auf Arbeitsbedingungen, sondern auf sämtliche Teilnahmebedingungen (Art. 26 BöB/IVöB 2019) und Eignungskriterien (Art. 27 BöB/IVöB) anzuwenden. Die Beschwerdeinstanz hat, zumindest bei Vorliegen hinreichend substantzierter Rügen oder anderer schlüssiger Hinweise, umfassend abzuklären, ob die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien eingehalten sind, selbst wenn feststeht, dass die Vergabestelle zum Zuschlagszeitpunkt in guten Treuen von einer Einhaltung ausgehen durfte. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, dass in bestimmten Fällen eine effektiv gegebene Verletzung von Teilnahmebedingungen oder Eignungskriterien im Beschwerdeverfahren übergangen würde, und das aus dem einzigen Grund, dass die Vergabestelle die entsprechenden Kenntnisse zum Zuschlagszeitpunkt noch nicht hatte und auch nicht hätte haben müssen. Eine Zuschlagserteilung an eine entsprechende Anbieterin stände in einem eklatanten Widerspruch zum Zweck der Art. 26 und Art. 27 BöB/IVöB 2019, welcher sich nicht auf Formen richtet, sondern auf die materielle, effektive Sicherstellung der Ordnungsmässigkeit und des effektiven Gelingens der Beschaffung.

**b.** Über das Gesagte hinaus ist festzuhalten, dass die Beschwerdeinstanz nicht nur ihre Sichtweise nicht auf das Wis-

sen (und Wissen-Müssen) der Vergabestelle zum Vergabezeitpunkt beschränken darf, sondern auch den betrachteten Zeitraum nicht bei der Zuschlagserteilung enden lassen kann. Die Anbieterinnen müssen die Teilnahmebedingungen und die Eignungskriterien nicht nur zum Offerteingabe- und zum Vergabezeitpunkt einhalten, sondern ständig, mindestens bis zum Abschluss der Erfüllung eines allenfalls erhaltenen Auftrags. Stellt sich im Beschwerdeverfahren heraus, dass nach dem Zuschlag eine Verletzung von Teilnahmebedingungen oder ein Entfallen der Eignung geschehen ist, hat die Beschwerdeinstanz dies zu berücksichtigen, zumal durch solche Tatsachen die Frage nach einem Zuschlagswiderruf aufgeworfen wird. Allerdings gilt nicht das vorstehend Gesagte, sondern das zu den Zuschlagskriterien Ausgeführte (hinten lit. c) im Fall von Eignungskriterien, welche die Anbieterinnen nach den Ausschreibungsbedingungen nicht bereits bei der Offerteingabe erfüllen müssen, sondern erst zu einem Zeitpunkt nach dem Zuschlag, so dass im Vergabeverfahren ein Versprechen und allfällige Plausibilitätsbelege ausreichend sind. Soweit es um ein Versprechen (und nicht um Plausibilitätsbelege) geht, können nach dem Zuschlag eingetretene Tatsachen dieses nicht widerlegen, es wird zum massgebenden Zeitpunkt entweder eingehalten oder nicht, und für den zweiten Fall hat die Auftraggeberin entsprechende vertragliche Vorkehrungen zu treffen (bzw. sie hat in diesem Fall den Vertragsschluss zu unterlassen, sofern das noch möglich ist).

**c.** Auch in Bezug auf die Tatsachen, die die Grundlage der Zulassung der Offerten unter den technischen Spezifikationen (Art. 30 BöB) oder der Bewertung der Offerten unter den Zuschlagskriterien (Art. 29 und Art. 41 BöB/IVöB) bilden, hat die Beschwerdeinstanz sich nicht darauf zu beschränken, was die Vergabestelle zum Zuschlagszeitpunkt wusste oder hätte wissen müssen, sondern hat bei Vorliegen entsprechender Rügen oder anderer Hinweise abzuklären, ob die Vergabestelle den Sachverhalt zutreffend erfasst hat oder ob erstellt ist, dass sie, allenfalls in guten Treuen, erhebliche Tatsachen nicht berücksichtigt hat, beispielsweise weil ihr diese Tatsachen damals nicht bekannt waren. Es kann hier etwa um Tatsachen betreffend Referenzprojekte und Schlüsselpersonen oder Eigenschaften von offerierten Produkten (z.B. Maschinen oder Software) gehen. Indessen dürfte es nur in bestimmten Fällen vorkommen, dass sich nach dem Zuschlagszeitpunkt Tatsachen ereignen, die die zum Zuschlag führende Zulassung der Offerte unter den technischen Spezifikationen oder deren Bewertung unter den Zuschlagskriterien materiell infrage stellen können. Denkbar ist dies immerhin etwa bei bewerteten Schlüsselpersonen, wenn diese nach dem Zuschlag das Unternehmen der Zuschlagsempfängerin verlassen, und bei bewerteten Zertifizierungen, die ohne Erneuerung auslaufen oder entzogen werden. Gleichwohl hat die Beschwerdeinstanz (im Unterschied zum Umgang mit dem analogen Problem bei Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien; vgl. vorne lit. a und lit. b) von einer Berücksichtigung der nach dem Zuschlag eingetretenen Tatsachen abzusehen. Die Offerten, die den Gegenstand der zum Zuschlag führenden Bewertung bilden, stellen in

Bezug auf die angebotenen Leistungen (in der versprochenen Qualität und Zeit) und die dafür verlangte Vergütung grundsätzlich keine Tatsachenbehauptungen (wie die Einhaltung der Teilnahmebedingungen und der Eignungskriterien) dar, sondern (vertraglich verbindliche) Versprechen für die Zukunft (das gilt ungeachtet des Umstands, dass Offerten auf bestimmten Tatsachenbehauptungen aufbauen können). Ob diese Versprechen eingehalten werden, zeigt sich im Rahmen der Vertragserfüllung, und für den Fall der Nichteinhaltung hat die Auftraggeberin adäquate vertragliche Massnahmen vorzusehen, bspw. eine Verpflichtung zum Ersatz von weggegangenen Schlüsselpersonen mit gleichwertigen Personen oder ein ausserordentliches Kündigungsrecht (vgl. sinngemäss BGE 141 II 14, E. 10.3: Es ist «zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit [...] verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angeboten bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung»; vgl. auch sinngemäss BGer 2C\_720/2012, 1.2.2013, E. 3.4:

Es ist «grundsätzlich Sache der Zuschlagsempfängerin die – gemäss dem Leistungsverzeichnis [...] einzuhaltenen – Brandschutzanforderungen der von ihr offerierten Zellentüren zu gewährleisten; diese Fragen betreffen aber in erster Linie die Umsetzung des seither abgeschlossenen Werkvertrags zwischen dem Kanton und der Zuschlagsempfängerin»). Aus diesem Grund sind Tatsachen, die sich nach dem Zuschlag ereignen und die Berücksichtigung der Zuschlags-offerte infrage stellen könnten, im Zuschlagsbeschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen, gegebenenfalls sehr wohl jedoch durch die Auftraggeberin im vorvertraglichen oder vertraglichen Verhältnis. Vorbehalten bleibt im Übrigen das Recht von potenziellen Anbieterinnen, Beschwerde dagegen zu erheben, dass eine öffentliche Auftraggeberin ursprünglich oder nachträglich einen Beschaffungsvertrag vereinbart, der durch die entsprechende Zuschlagsverfügung nicht gedeckt ist (z.B. weil den technischen Spezifikationen nicht genügende Leistungen beschafft werden oder weil auf Qualitätsaspekte verzichtet wird, die für die Offertbewertung von entscheidender Bedeutung waren) und der daher als potenziell unzulässige Freihandvergabe einzustufen ist.