

---

# Vergabetagung 22

Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht,  
Universität Freiburg

Stiftung für Juristische Weiterbildung Zürich SJWZ



**10.15 - 10.45** Kaffeepause

**10.45 - 11.30** **PLENUM 2. ARBEITSRECHT IM ÖFFENTLICHEN BESCHAFFUNGSWESEN**  
Pärli

**11.45 - 12.30** **SEMINARVORTRÄGE 1-3** (Durchgang 1)  
**DIE THEMEN: 1. ZERSTÜCKELUNGSVERBOT UND ADDITIONSGEBOT**  
**2. DAS NEUE RECHTSSCHUTZSYSTEM**  
**3. DIE BESCHAFFUNG VON DIENSTLEISTUNGEN**  
Diebold; Jäger; Schneider Heusi/Scherler

**12.30 - 13.45** Stehlunch

**13.45 - 14.30** **SEMINARVORTRÄGE 1-3** (Durchgang 2); **FREIE DISKUSSION** (Durchgang 1)  
Diebold; Jäger; Schneider Heusi/Scherler; Beyeler/Bhend

**14.45 - 15.30** **SEMINARVORTRÄGE 1-3** (Durchgang 3); **FREIE DISKUSSION** (Durchgang 2)  
Diebold; Jäger; Schneider Heusi/Scherler; Beyeler/Bhend

**15.30 - 16.00** Kaffeepause

**16.00 - 17.00** **PODIUM. DIE NEUEN ZUSCHLAGSKRITERIEN**  
Gelzer, Winkler; Scherler (Moderation)

# Dokumentation

---

- Alle Vortragsfolien finden Sie unter [www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht) (→ *Vergabetagung 22*)



# Neue Themen, neue Urteile

---

# Vergabetagung 22

---

## **Vergaberecht 2022: Neue Themen, neue Urteile**

Martin Beyeler, Prof. Dr. iur.

Stefan Scherler, Dr. iur., Rechtsanwalt

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

- Staatsvertragsrecht
  - GPA 2012 i.K. seit 1.1.2021 (unabhängig von IVöB)
  - UK: GPA + Substitut für BAöB
- Bundesrecht
  - BöB / VöB i.K. seit 1.1.2021  
(+ weitere revidierte Erlasse, insb. SuG)
  - BGBM i.K. seit 1.1.2021 (unabhängig von IVöB)

# Ausschreibung im BBI

## Ausschreibung.

Das eidg. Oberkriegskommissariat in Bern eröffnet hiermit freie Konkurrenz für die Lieferung nachbezeichneter Waren:

- 20,000 Büchsen à 750 g. amerikanische Fleischkonserven (Armour & Libby),
- 25,000 kg. Reis,
- 25,000 " weiße Bohnen,
- 25,000 " ganze Erbsen,
- 5,000 " Teigwaren,
- 9,000 " Kaffee,
- 9,000 " Würfelzucker,
- 3,000 Büchsen kondensierte Milch,
- 4,000 kg. Chokolade,
- 1,500 " Olivenöl,
- 5,000 " fetter Käse,
- 5,000 Liter Cognac und Rum,
- 40,000 " roter Wein.
- 20,000 " weißer Wein (schweiz. Provenienz).

Das Pflichtenheft, obige Lieferungen betreffend, kann bei unterzeichneter Verwaltung eingesehen werden, von welcher auch alle nötige Auskunft erteilt wird. Offerten müssen bis zum **6. September** mit Verbindlichkeit bis 15. September **nächsthin** unter versiegeltem Couvert mit der Aufschrift „Ausschreibung für Lebensmittel“ unterzeichneter Stelle eingereicht werden.

Bern, den 17. August 1894.

Das Oberkriegskommissariat.

BBI 1894 III 348

# Ausschreibung im BBI



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

BBI 2022  
[www.bundesrecht.admin.ch](http://www.bundesrecht.admin.ch)  
Massgebend ist die signierte  
elektronische Fassung



## Krankenversicherungsgesetz

### Eröffnung der öffentlichen Ausschreibung zur Vergabe eines Nationalen Programmes zur Qualitätsentwicklung (Implementierungs-Programm)

*Die Eidgenössische Qualitätskommission (EQK),*

gestützt auf Artikel 58c Absatz 1 Buchstabe f des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG)<sup>1</sup>, sowie Artikel 77d der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV)<sup>2</sup>,

*teilt mit:*

#### 1. Eröffnung des Verfahrens, Fristen

Die öffentliche Ausschreibung des nationalen Programmes zur Qualitätsentwicklung (Implementierungs-Programm) wurde am 17. Mai 2022 eröffnet.

Als Eingabetermin für die vorläufigen Angebote gilt der 15. Juli 2022. Die Unterlagen

BBI 2022 1157

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

- *Coming soon:*
  - Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG)
    - E-EMBAG: BBI 2022 805 / Botschaft EMBAG: BBI 2022 804
    - Art. 8 E-EMBAG: Grundlage für die Delegation von IKT-Beschaffungen an eine zentrale (öffentliche) Stelle
    - Art. 9 E-EMBAG: Grundlage für die unentgeltliche Zurverfügungstellung von OSS-Entwicklungen

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

## Zur Begründung von Freihandvergaben

(51 III/d BÖB: «Darlegung der Gründe»)

### Raisons de la décision d'adjudication

**Raisons:** L'adjudication en question présente des particularités sur le plan technique. [préciser pour le cas concret, dans la mesure du possible]. L'adjudicataire étant le seul en mesure de satisfaire à ces particularités, le marché est adjugé de gré à gré en vertu de l'art. 21, al. 2, let. c LMP. Il n'existe aucune solution de rechange adéquate sur le marché.

simap-Meldung Nr. 1245881

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

## Zur Begründung von Freihandvergaben

(51 III/d BÖB: «Darlegung der Gründe»)

### **Begründung des Zuschlagsentscheides**

**Begründung:** Die vorliegende Vergabe weist technische Besonderheiten auf. Nur die Zuschlagsempfängerin kann diesen Besonderheiten Rechnung tragen, weshalb eine freihändige Vergabe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c BÖB erfolgt. Eine angemessene Alternative gibt es im Markt nicht.

simap-Meldung Nr. 1245869

→ Das ist höchstens der Anfang einer Begründung !



# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

- Kantonale und kommunale Beschaffungen
  - Drei Rechtswelten
    - (1) IVöB 2019: AG / AI / TG (ff.)  
(n.b. IVöB 2001 bleibt vorläufig i.K.)
    - (2) Quasi-IVöB 2019: BE (IVöBG/BE + IVöBV/BE)
    - (3) IVöB 2001: insb. TI / GE (zumindest vorläufig...)

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

- Kantonale und kommunale Beschaffungen
  - Was gilt wo?
    - IVöB 2001-Kantone (inkl. BE):  
GPA (oder BAöB); BGBM; IVöB **2001**; kant. Recht
    - IVöB 2019-Kantone:  
GPA (oder BAöB); BGBM; IVöB **2019**; kant. Recht
      - IVöB 2001?

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

- Kantonale und kommunale Beschaffungen
  - Was ist mit der IVöB 2001 in den IVöB 2019-Kantonen?
    - Ein Austritt wäre jährlich möglich (20 II IVöB 2001)
    - Das InöB 2001 bleibt erhalten (4 I IVöB 2001)
    - anwendbares Recht bei Beschaffungskoooperationen (8 III+IV IVöB 2001)
    - Anwendung der IVöB 2001 gegenüber Anbieterinnen aus IVöB 2001-Kantonen?

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

§ 8 GöB/TG (2021)

## § 8 Übergangsrecht

<sup>1</sup> Der Kanton Thurgau bleibt Mitglied der IVöB 2001<sup>1)</sup>, bis sämtliche Kantone der IVöB beigetreten sind. Die IVöB 2001 gilt nur noch im Verhältnis zu denjenigen Kantonen, die der IVöB noch nicht beigetreten sind.

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

## Art. 9

Art. 9 IVöB 2001

### Anbieterin und Anbieter; Gegenrecht<sup>1)</sup>

Diese Vereinbarung ist anwendbar auf Angebote von Anbieterinnen und Anbietern, die ihren Sitz oder Wohnsitz haben:

- a. in einem beteiligten Kanton;
- b.<sup>1)</sup> in einem Staat, der durch einen Staatsvertrag zum öffentlichen Beschaffungswesen verpflichtet ist.

Art. 6 IVöB 2019

## Art. 6 Anbieter

<sup>1</sup> Nach dieser Vereinbarung sind Anbieter aus der Schweiz zum Angebot zugelassen sowie Anbieter aus Staaten, denen gegenüber die Schweiz sich vertraglich zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet hat, Letzteres im Rahmen der gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen.

# Vergaberecht 2022: Neues Recht

---

Art. 5 Abs. 1 (S. 1–2) BGBM

## **Art. 5**            Öffentliche Beschaffungen

<sup>1</sup> Die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richten sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht. Stützt sich eine Beschaffung oder die Übertragung (...)

Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM

## **Art. 3<sup>10</sup>**            Beschränkung des freien Zugangs zum Markt

<sup>1</sup> Ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern darf der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie:

- a. gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten;

# Vergaberecht 22: Neue Urteile

---

# Übersicht

---

- Merk-Würdigkeiten
- Ausgewählte Entscheidungen
  - Geltungsbereich
  - Teilnahmebedingungen
  - Massgebender Auftragswert
  - Freihandverfahren
  - Bewertung der Angebote
  - Rechtsschutz

# Die Verweise (→ xyz)

 Institut für Schweizerisches  
und Internationales Baurecht  
Universität Freiburg

## VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDE 2020/2021

Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof

Martin Beyeler

Schulthess §

# Merk-Würdigkeiten

---

# Merk-Würdigkeiten

---

## Wirkungen der Harmonisierung

- BVGer B-4703/2021, ZE 19.4.2022, E. 7.8.3
  - Das BVGer misst der kantonalen Vergabe-Rechtsprechung seit jeher «erhebliche Bedeutung» zu.
  - «Dies wird in Zukunft umso mehr gelten, als aufgrund der Harmonisierung des Vergaberechts grösstenteils inhaltlich vollständig gleichlautende Vorschriften anzuwenden sein werden.»

# Merk-Würdigkeiten

---

## Wirkungen der Harmonisierung

- BGer 2C\_1020/2020 (12.4.2022), E. 1.1.5
  - Bestimmungen, die der Vergabestelle ein grosses Ermessen einräumen, können zu unterschiedlichen Praxen führen.
  - Das läuft dem Harmonisierungsziel entgegen.
  - Darum: Bedarf nach einheitlicher Klärung durch BGer
  - Darum: Annahme einer Grundsatzfrage (BGG 83/f/1)

# Merk-Würdigkeiten

---

## Tessiner Eigenarten

- p.m. LCPubb + RLCPubb: Revision i.K. seit 1.1.2020 (≠ IVöB 2019 !)
- ZK Preis-Plausibilität
  - scheint flächendeckend angewandt zu werden (2020/2021)
  - VGer TI 52.2020.474, 25.2.2021: Preis 40%, Plausibilität 32%
- EK «Zweck gem. HReg» (→ 220; vgl. auch → 187 [ZH])
- EK «Besitz aller SIA-Normen» (→ 212)

# Merk-Würdigkeiten

---

## Kurzmeldungen

- Konventionalstrafe: Zivilgerichte ! (→ 424 [GE])
- Konkurrenz-FHV: erste Offerte dient als Grundlage der zweiten Offerte (→ 106 [VS])
- Prozentuale Beschränkung des SubU-Anteils (→ 78 [Bund])
- Die Tücken des ZK Preis-Plausibilität: Worauf man auch abstellt, es kann verkehrt sein (→ 258 [VS])
- 0 Lehrverhältnisse: 0 Punkte oder 2,5 Punkte (→ 263 [NE])

# Merk-Würdigkeiten

---

## Kurzmeldungen

- Verbot der Quersubventionierung gilt auch für subventionierte Private; diesen sind Unterangebote aber nicht per se verboten (→ 326 / 329 [BGer])
- Sind Antworten auf Fragen zu den Unterlagen direkt mit Beschwerde anzufechten? (→ 136 [TI: ja]; → 420 [BE: nein])
- Teil-Anfechtung von Freihandzuschlägen (→ 445 [Bund])
- Anweisungen zum Vertragsverhalten: FR (→ 530) schliesst sich ZH (→ 529) an.

# Merk-Würdigkeiten

---

## Internet-Quellen

- Die Vergabestelle darf die Erfüllung des EK «Eintrag im Berufsregister» nicht (bloss) im Internet-Register überprüfen, wenn diesem kein öffentlicher Glaube zukommt (→ BGer 2C\_1006/2021, 4.4.2022, E. 3.4)
- Die Rekursinstanz darf nicht auf nicht-offizielle (bzw. nicht-staatliche) Internetseiten abstellen, ohne davor das rechtliche Gehör zu gewähren (→ 388 [BGer])

# Merk-Würdigkeiten

---

## Eine überraschende Wendung

qu'il y a lieu de retenir, avec la recourante, que l'urgence alléguée par le pouvoir adjudicateur ne saurait, à lui seul, justifier le refus d'octroyer l'effet suspensif au recours ; qu'en effet, si la réalisation du projet est souhaitable depuis de nombreuses années, elle ne présente pas une urgence telle qu'elle justifierait à elle seule le refus de restituer l'effet suspensif ;

qu'il n'en demeure pas moins que s'agissant d'une concession portant sur l'utilisation de vélos en libre-service, celle-ci fait particulièrement sens à l'arrivée des beaux jours, élément dont il convient de tenir compte dans la pesée des intérêts en présence ;

(...)

que la requête sera ainsi rejetée ;

# Ausgewählte Entscheidungen

---

# Unterstellung von Privatspitälern

---

# Unterstellung von Privatspitälern

---

- Private Listenspitäler entfalten ihre Listen-Tätigkeiten in nicht-gewerblicher Art (→ 12 [BGer]).
  - Unterstellung unter die LCPubb/TI?  
Keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit!  
(→ 12 [BGer]; vgl. BR/DC 2021, S. 194 ff.)
- Vgl. Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB 2019
  - Listen-Tätigkeiten sind kantonale Aufgaben  
(BGE 145 II 49, E. 4.4.2)
  - vgl. auch AGVE 2017 33, E. 1.2.3

# Helikopter-Rettung

---

# Helikopter-Rettung

---

- Zulassung von Helikopter-Unternehmen, die in das kantonale (VS) Rettungsdispositiv eingebunden werden
  - Leistungsvereinbarung / Bereitschaft / Erfüllungspflicht / Exklusivität (bzgl. gewerblicher Rettung)
  - Finanzierung: gerettete Person bzw. Sozialversicherung bzw. Kanton (Ausfallhaftung)
  - Ausschreibung; Qualität, Wirtschaftlichkeit, Nachhaltigkeit
  - Voraussetzung: Sitz des Unternehmens im Kanton

# Helikopter-Rettung

---

- Beschwerde eines Helikopter-Unternehmens
  - Begehren: öffentliche Ausschreibung
  - BGer: Gutheissung (gestützt auf kantonales Recht, das eine Ausschreibung vorschreibt) (→ 23)
- Qualifikation des Geschäfts?
  - BGer lässt Frage nach 2 VII BGBM offen, da Ausschreibung erfolgen wird
  - BGer: kein öffentlicher Auftrag (keine Sondernutzungskonz. [Veloverleih], keine Suche nach dem besten Preis [Spitex])

# Verletzung von Arbeitsrecht

---

# Verletzung von Arbeitsrecht

---

- Zuschlagsbeschwerde; Rüge: falsche Selbstdeklaration (betr. Arbeitsrecht)
  - VGer GR: Vergabestelle durfte auf Selbstdeklaration vertrauen; Kontrollverfahren ist erst nach Zuschlag eingeleitet worden und noch hängig
  - BGer: Gutheissung der Beschwerde (Rückweisung an Vorinstanz) (BGer 2C\_159/2021, 11.5.2022 [zPv])

# Verletzung von Arbeitsrecht

---

- BGer (2C\_159/2021, 11.5.2022 [zPv])
  - Grundsatzfrage (82/f/1 BGG):  
Grad der Konkretisierung der Verletzung von Teilnahmebedingungen (TNB)
  - Antwort 1: Die Prüfung der TNB ist Sache der Vergabestelle und kann nicht delegiert werden.
    - Ein rechtskräftiger Sanktionsentscheid der paritätischen Kommission ist zum Nachweis von Verletzungen des Arbeitsrechts nicht erforderlich.

# Verletzung von Arbeitsrecht

---

- BGer (2C\_159/2021, 11.5.2022 [zPv])
  - Antwort 2: Bei TNB ist der Sachverhalt massgebend, der zum Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids bekannt ist (oder sein sollte)
    - Die Vergabebehörde darf sich «bis zu einem gewissen Grad» auf die Angaben der Anbieterin verlassen
    - Die Rechtsmittelinstanz hat «jedenfalls auf entsprechende Vorbringen hin eine Überprüfung vorzunehmen». (vgl. jedoch → 153 [ZH])

# Massgebender Auftragswert

---

# Massgebender Auftragswert

---

- **Beschwerderecht (BöB / Staatsvertragsbereich);**  
(BVGer B-3534/2021, 17.5.2022, E. 2.2)
  - Bauauftrag < 2 Mio., gehört zu Bauwerk > 8,7 Mio.
  - Massgebender Auftragswert: Bauwerk (68 Mio.)
  - Schwellenwert (52 I/b BöB: 2 Mio.) überschritten
- **Beschwerderecht (nach 83/f/2 BGG)**  
(BGer 2C\_159/2021, 11.5.2022, E. 1.2)
  - dito!

# Massgebender Auftragswert

---

- Kauf eines neuen Kommunalfahrzeugs  
(→ 90 [GR])
  - Vertragsgegenstand: Lieferung eines neuen Fahrzeugs gegen Geld (z.B. 200); Übernahme des alten Fahrzeugs gegen Geld (z.B. 100); effektive Zahlung im Umfang des Saldos (zugunsten der Anbieterin; z.B.  $200-100=100$ )
  - Massgebender Auftragswert?
    - VGer GR: Netto-Summe (geschätzte Saldo-Zahlung → 100)
    - m.E.: Brutto-Summe (Gesamtwert des neuen Fahrzeugs; das alte Fahrzeug ist auch ein Entgelt → 200)

# Massgebender Auftragswert

---

- Dienstleistungskonzession (→ 92 [ZH]; → 93 [AG])
  - Vertragsgegenstand: Dienstleistungskonzession betreffend Betrieb von Altkleider-Sammelcontainern; Rückvergütung eines Umsatzanteils an die vergebende Gemeinde
  - Massgebender Auftragswert?
    - VGer ZH / VGer AG: Differenz zwischen geschätztem Erlös und geschätzter Rückvergütung
    - vgl. auch 8 III/b RL 2014/23/EU

# Freihandverfahren

---

# Freihandverfahren

---

- noch nicht existierendes elektrisches Strassenkehrfahrzeug mit besonderer Leistung: Prototyp-Beschaffung? (→ 110 [BE])
  - Die Gemeinde will primär das Fahrzeug; an der Entwicklung desselben ist sie nur mittelbar interessiert; sie beabsichtigt im Übrigen nicht, das Know-how bzw. die Immaterialgüterrechte zu erwerben
- «Vorführfahrzeug» (20% Rabatt): aussergewöhnliche Gelegenheit? (→ 109 [VS])

# Freihandverfahren

---

- Beschwerdeobjekt zum Zeitpunkt vor dem Freihandzuschlag (Vertragsverhandlungen)?  
VGer TI: Kein Beschwerdeobjekt (→ 422)
- Beschwerdefrist bei De-facto-Vergaben (ohne Publikation) (→ 410 [GR])
  - Anfrage an Vergabestelle: binnen Dauer der Beschwerdefrist, ab Kenntnis der Vergabe
  - Rückfragen (Forderung nach einer Verfügung): zwecklos, wenn Vergabestelle sich entschieden als nichtunterstellt bezeichnet

# Bewertung der Angebote

---

# Bewertung der Angebote

---

- Runden von Bewertungsergebnissen
  - unzulässig (→ 286 [ZH]) / zulässig (→ 287 [SZ]); m.E. unzulässig
- Verzerren von Bewertungsergebnissen
  - 1. Bewertung (Punkte zwischen 0 und 10)
  - 2. Transformation: Bestes Ergebnis = 10 Punkte; schlechtestes Ergebnis = 0 Punkte
  - zulässig (→ 288 [ZH]); m.E. unzulässig

# Bewertung der Angebote

---

- Kombination von TS und ZK  
(= ZK mit zwingendem Mindest-Qualitätslevel)
  - nicht *per se* unzulässig, sofern für das Qualitätsminimum nur die Mindestnote (und nicht z.B. die Note 3) vergeben wird  
(→ 226 [BVGer])
- Ausschliesslich «arithmetische» Kriterien  
(Ingenieursdienstleistungen)
  - Preis, Preis-Plausibilität, Plausibilität Stundenschätzung:  
Ermessensunterschreitung (→ 227 [TI])

# Bewertung der Angebote

---

- Bewertung von Auftragsanalysen unter vier verschiedenen Aspekten
  - ein Aspekt wird entweder als erfüllt oder als nichterfüllt betrachtet (keine weitere Differenzierung)
    - Fall 1 (Gewicht ZK 40%): Skala: 4 Aspekte erfüllt (100%) / 3 Aspekte erfüllt (50%) / 2, 1 oder 0 Aspekte erfüllt (0%): unzulässig (→ 293 [BVGer])
    - Fall 2 (Gewicht ZK 25%): Skala: 4 (100%) / 3 (50%) / 2 (25%) / 1 oder 0 (0%): nach BVGer zulässig (→ 294 [BVGer])

# Bewertung der Angebote

---

# Bewertung der Angebote

---

- Fragen rund um den Preis
  - Abdiskontieren des Preises von Optionen (je nach Wahrscheinlichkeit der Realisierung)? (→ 245 [BVGer])
  - Ausblenden von Regieansätzen (für einen relativ unwahrscheinlichen Fall)? (→ 243 [GR])
  - Ausblenden von «Reserve-Positionen» (ohne Mengenangabe)? (→ 244 [ZH])
  - Kriterium «Preis»: Subkriterien «Investition» und «Wartung»? (→ VGer GR U 21 40, 28.6.2021, E. 2.5.3; vgl. jedoch → 242 [BL])

# Bewertung der Angebote

---

- Fragen rund um den Preis
  - Lebenszykluskosten-Bewertung: Einbezug von (angebotsunabhängigen) Fixkosten gerechtfertigt? (→ 248 [ZH])
  - Kombination Dienstleistungsauftrag (Konzeption; klein) und Dienstleistungskonzession (Betrieb; gross): Bewertung des Gesamtbetrags (Vergütung und Drittentgelte) oder von zwei Teilbeträgen mit je unterschiedlichen Gewichtungen? (→ 247 [BVGer])

# Rechtsschutz

---

# Rechtsschutz

---

- Vorgehen der Rekursinstanz bei einer Mehrheit von Zuschlagsbeschwerden
  - Anfechtung Zuschlag durch die zweit- und die viertplatzierte Anbieterin
    - Gutheissung Beschwerde der zweitplatzierten Anbieterin  
→ reformatorische Zuschlagserteilung
    - Zu diesem Zeitpunkt: Beschwerde der viertplatzierten Anbieterin ist noch hängig

# Rechtsschutz

---

- Beschwerden vor BGer  
(Viertplatzierte / ehem. Zuschlagsempfängerin)
- BGer 2C\_399/2021, 2C\_427/2021, 2C\_565/2021,  
28.2.2022 (zPv)
  - Viertplatzierte ist auch ohne Parteistellung legitimiert  
(Gehörsverletzung)
  - Zuschlag ist unteilbar; Beschwerdeverfahren sind mindestens  
materiell zu koordinieren (insb. gleicher Spruchkörper)
  - Kein reformatorischer Zuschlag möglich, solange eine andere  
Beschwerde hängig ist: Aufhebung und Rückweisung

# Rechtsschutz

---

# Rechtsschutz

---

- Legitimation im Sekundärrechtsschutz gegenüber Ausnahme-Freihandvergaben
  - Fall 1: Ablehnung der aufschiebenden Wirkung
  - Fall 2: Beschwerde ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (nur Bund; 52 II BöB)
    - wegen Schwellenwert
    - wegen sachlicher Nichtunterstellung (insb. Anhang 3 BöB)

# Rechtsschutz

---

- Legitimation im Sekundärrechtsschutz gegenüber Ausnahme-Freihandvergaben
  - BVGer (B-3580/2021, 9.5.2022, E. 1.4)
    - 58 IV BöB: Schadenersatz nur für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offerte
    - naturgemäss keine Offerte bei Anfechtung  
Ausnahme-Freihänder: Schadenersatz unmöglich
    - Ohne Schadenersatzmöglichkeit kein Feststellungsinteresse  
(→ kein Beschwerdeinteresse; → 456; anders → 455 [SG])

# Rechtsschutz

---

- Legitimation im Sekundärrechtsschutz gegenüber Ausnahme-Freihandvergaben
  - XVIII:1 + 7 GPA: wirksames Rechtsmittel; aufschiebende Wirkung muss möglich sein  
→ Grenzen der Gestaltungsfreiheit beim Schadenersatz (entgegen Wortlaut XVIII:7/b GPA)
  - 52 I und 52 II BöB: ausgehöhlt?

# Rechtsschutz

---

- Auslegung 58 IV BÖB (≠ 34 II aBÖB)
  - Wortlaut: (nur) Offertaufwand
  - Geschichte: Botschaft: «Beschränkung [...] wird beibehalten» / Parlament: keine Voten
  - Systematik: vgl. 52 I+II BÖB; vgl. auch 21 V BÖB
  - Zweck: Ermöglichung von Rechtsschutz gegenüber unrechtmässigen Vergaben, auch Freihandvergaben
  - Ergebnis: Rechtsmittelaufwand ist zumindest in den hier interessierenden Fällen zu ersetzen!

# Zum Schluss

---

# Zum Schluss

---

- Anonymität gewahrt? (→ 112 [GL]; → 113 [GL])
  - Metadaten in Fusszeile von ausgedruckten Excel-Dokumenten: Ausschluss?
    - «Ivo Piazza» / «gusun» (GuSung Lim): Ausschluss
    - «BiKini» (Bienert / Kintat): Ausschluss
    - «Theodor»: OK (keine konkrete Vermutung)
    - Projektname «Fridolin»: OK (in GL ein Gemeinplatz)