

Alptransit c. Marti – ein Rückblick

Hubert Stöckli, Professor an der Universität Freiburg*

I. Vorbemerkung

1. Die Vergabe des NEAT-Loses 151, Tunnel Erstfeld und der Streitfall, zu dem sie geworden ist, warfen in der Schweiz hohe Wellen. Wir machten sie zum Gegenstand einer Podiumsdiskussion, die wir anlässlich der Schweizerischen Baurechtstagung 2007 durchführten.¹ Dies hatte zunächst mit der wirtschaftlichen Bedeutung der zu vergebenden Tunnelbauarbeiten zu tun und womöglich auch damit, dass sich ein ausländisch beherrschtes Unternehmen gegenüber einem schweizerischen durchgesetzt hatte. Bedeutsam aber war vor allem der Umstand, dass die Beschwerde des unterlegenen Unternehmens dazu geführt hat, dass in Erstfeld während längerer Zeit nicht gebaut werden konnte. Die Mehrkosten, die der AlpTransit Gotthard AG darob erwuchsen, bezifferte diese Auftraggeberin selber mit CHF 100'000 pro Tag. Umgekehrt wurde zu Beginn der Auseinandersetzung seitens der Beschwerdeführerinnen, die in der ARGE Marti zusammengefasst waren, geltend gemacht, man müsse 100 Arbeitnehmer entlassen, wenn man den Auftrag nicht erhalte. Fest steht, dass der primäre Rechtsschutz in der Form, wie er hier gewährt wurde, zu erheblichen Verzögerungen und entsprechend hohen Mehrkosten führte. Ob allerdings gerade dieser Extremfall den Gesetzgeber veranlassen soll, etwa die Frage der aufschiebenden Wirkung mit seinen Mitteln so zu regeln, dass den Gerichten weniger Spielraum verbleibt, wurde an der erwähnten Podiumsdiskussion durchaus kontrovers beurteilt.

2. Der Bund hält mit seinen Reformvorschlägen zwar noch geheimniskrämerisch hinter dem Berg. Mag er sich bedeckt halten und dies seinen Grund in der langwierigen Auseinandersetzung mit den Kantonen oder auch im Gesetzgebungsverfahren haben, das sein Projekt zu durchlaufen hat, die Diskussion darüber, wie ein künftiges Vergaberecht aussehen soll, hat gleichwohl schon eingesetzt. Dabei muss es auch um die Frage gehen, wie der vergaberechtliche Individualschutz inskünftig auszugestalten ist: In «Alptransit c. Marti» hat er eine volkswirtschaftlich bedeutsame Beschaffung während eineinhalb Jahren blockiert!

3. Im Folgenden schildere ich zunächst den Fall (II.), um dann – im Wesentlichen kommentarlos – auf einzelne Erwägungen hinzuweisen, die sich in den drei «MARTI»-Urteilen der Eidgenössischen Rekurskommission finden (III.).

II. Der Fall ...

1. **Wie alles begann.**² «Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 97 vom 21. Mai 2004 schrieb die AlpTransit Gotthard

AG [«ATG»] unter dem Projekttitel «Los 151 Tunnel Erstfeld» einen Auftrag für Tunnelbauarbeiten (Vorbereitung des Baugeländes und der Baustelle, Bauarbeiten für Tiefbau, Arbeiten für spezialisierte Bauunternehmen) im offenen Verfahren öffentlich aus.»³ Der Amtsvorschlag sieht Einheitspreise vor, wobei Varianten aber zulässig sind.

2. **Offerten und Reduktionen.** Eines der eingegangenen Angebote wird zurückgestellt. Mit den drei verbleibenden Offerenten werden mehrere Unternehmengespräche geführt, in denen die Angebote technisch bereinigt werden («Redimensionierung des Verzweigungsbauwerkes»). Die damit verbundene Reduktion ist bei allen Offerten ähnlich (rund 20 Mio. Franken).⁴ Etwas später doppelt die ARGE ANG («STRABAG») von sich aus nach und teilt der ATG mit, die Reduktion betrage bei ihrer Globalofferte nicht 20, sondern fast 31 Mio. Franken. Die ATG weist diese Avance zwar zurück, leitet aber gleichzeitig eine Abgebotsrunde ein, an der sich alle Offerenten beteiligen können. Am Schluss liegt STRABAG (Globalpreis) 2,6 Mio. Franken tiefer als MARTI (Einheitspreis), was einer Differenz von rund 0,6% entspricht.

3. **Erster Zuschlag.** Am 11. August 2005 erteilt die Auftraggeberin Strabag den Zuschlag⁵ und eröffnet der ARGE Marti («MARTI»), ihr Angebot habe nicht berücksichtigt werden können.

4. **Erste Beschwerde.** Am 13. September 2005 führt die MARTI eine erste Beschwerde mit folgendem Hauptbegehren: Die «Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.» Zudem beantragt sie die aufschiebende Wirkung.

5. **Erster Zwischenentscheid.**⁶ Am 21. November 2005 spricht die Rekurskommission Martis Beschwerde aufschiebende Wirkung

* Der vorliegende Text entspricht in Teilen jenem, der an der Schweizerischen Baurechtstagung 2007 abgegeben wurde. Ich danke Herrn Dr. MARTIN BEYELER, RA in Zürich, der den vorliegenden Text kritisch gelesen und mir wertvolle Hinweise gegeben hat. Er ist nicht mit allem einverstanden, was zeigt, dass die Diskussion weitergehen muss.

¹ An diesem Gespräch nahmen teil: Herr Dr. FRITZ SCHIESSER, Ständerat des Kantons Glarus, Herr MAX STUDER, (Vertreter bauenschweiz und usic), Herr Dr. MARTIN BEYELER (Rechtsanwalt, Zürich) und Interventionen aus dem Publikum. Mir selber oblag die Gesprächsleitung.

² Wo nicht anders vermerkt, stammen die Zitate allesamt aus den «MARTI»-Urteilen der BRK.

³ In der öffentlich zugänglichen Fassung des Urteils sind die SHAB-Referenz und der Projekttitel eliminiert worden. Ob sich das aufdrängt, ist fraglich. Jedenfalls lassen sich die Lücken über SHAB.ch ohne weiteres füllen.

⁴ Bemerkenswert: Beim Angebot der ARGE ANG, die neben dem Amtsvorschlag eine Globalofferte (als Variante) einreicht, beträgt die Reduktion bei der Globalofferte 20,7 Mio. Franken, beim Amtsvorschlag dagegen lediglich 5,6 Mio. Franken.

⁵ Veröffentlichung im SHAB Nr. 163 vom 24. August 2005.

⁶ BRK 2005-016.

bei. Was die von der ATG geltend gemachte Dringlichkeit angeht, schreibt die Behörde:

«Die vorliegend streitigen Arbeiten an der Tunnelbaustelle dauern voraussichtlich rund 6½ Jahre. Somit ist von einem längerfristigen Vorhaben auszugehen, welches durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt wird.»

6. Bundesrat zum Ersten. Im Spätherbst 2005 wendet sich Bundesrat Leuenberger brieflich⁷ an die Eidgenössische Rekurskommission und ersucht die Behörde, ...

«... die Bearbeitung des Falls zu beschleunigen ... [und] bis Ende Jahr über die Beschwerde der Baugruppe Marti gegen die Vergabe eines NEAT-Bauloses an ein österreichisches Konsortium zu entscheiden. Eine Verzögerung des Gotthard-Basistunnels hätte erhebliche Auswirkungen auf die Kosten des Bauwerks und die Verlagerungspolitik».

7. Erster Endentscheid.⁸ MARTI obsiegt! Mit Entscheid vom 13. Februar 2006 (VPB 70.51) hebt die Rekurskommission die Zuschlagsverfügung vom 11. August 2005 auf.

«Allein schon die Tatsache, dass hierzulande Globalangebote im Untertagebau wenig verbreitet sind und dementsprechend mit solchen Offerten auch wenig Erfahrung vorliegt, lässt es erforderlich erscheinen, dass die Vergabebehörde, die mit einer Globalofferte als Variante zur Amtslösung konfrontiert wird, sich mit der Frage der damit verbundenen Konsequenzen und Risiken sowie der Vergleichbarkeit mit den Einheitspreisangeboten ernsthaft und vertieft auseinandersetzt ... Das von der Alptransit Gotthard AG durchgeführte Evaluationsverfahren erweist sich ... in Bezug auf die Globalofferte als klar ungenügend und damit bundesrechtswidrig. Insofern ist die Beschwerde begründet und die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben. Die Sache ist zur Vervollständigung der Evaluation im Sinne der Erwägungen und zu neuer Beurteilung der Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerinnen an die Alptransit Gotthard AG zurückzuweisen (Art. 32 Abs. 1 BoeB).»

Wer diesen Passus genau liest, stellt fest, dass sich die Rekurskommission nicht a priori auf die Seite jener stellt, welche die Vergleichbarkeit von Einheits- und Globalpreisofferten uneingeschränkt bejahen im Sinne: Variante ist alles, was nicht Amtsvorschlag ist. Vielmehr fordert das Gericht die Auftraggeberin auf, sich mit der Frage, ob sich Vergleichbarkeit herstellen lasse, vertiefter als sie das bislang getan hatte, auseinanderzusetzen. Bei dieser Leseart ist eine vom Amtsvorschlag abweichende Offerte nur dann eine gültige Variante, wenn sie sich mit den Angeboten, die auf den Amtsvorschlag eingehen, vergleichen lässt. Was die Vergleichbarkeit von Preisvarianten angeht, bin ich zumindest bei komplexen Untertage-Projekten, die sich meist durch einen nicht genau vorhersehbaren Verlauf auszeichnen, skeptisch. Vieles hängt hier entscheidend von den Prognosen ab, die zudem noch steuerbar sind. Aber auch sonst ist festzuhalten, dass nichts gewonnen ist, wenn der Begriff der Variante lapidar damit gebildet wird, dass sie vom Amtsvorschlag abweiche. Passstrasse anstatt Alpentunnel, auch das wäre dann eine Variante. Vielmehr ist ein spezifischer Begriff zu bilden, welcher der vergaberechtlichen Teleologie Rechnung trägt und berücksichtigt, dass die Auftraggeberin mit der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen gewisse Parameter der Leistung grundsätzlich⁹ unabänderlich festlegt. Dazu gehören nach meinem Verständnis auch ihre Annahmen über den Projektverlauf, mit denen ein Anbieter alsdann verbindlich «rechnen» darf. Hält man es aber mit der Rekurskommission, ist zu überlegen, ob in den Ausschreibungsunterlagen die «Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen», zu nennen wären, um in diesem Bereich die Transparenz zu erhöhen. Die EU hat sich eine solche Regel ausgedacht (Art. 24 VKR [2004/18/EG])¹⁰, doch ist Zurückhaltung geboten. Denn der Nutzen von Varianten (wenn schon, denn schon!) liegt gerade darin,

dass sie zuweilen eine unerwartete Lösung präsentieren, an die vergabeseits niemand gedacht hat. Dem wäre ein Bärendienst erwiesen, wollte man hier streng sein.

8. Zweiter Zuschlag. Am 4. Mai 2006 schlägt die ATG den Auftrag erneut STRABAG zu. Und wieder führt MARTI Beschwerde. Am 29. Mai 2006 erteilt der Präsident der Beschwerde superprovisorisch¹¹ die aufschiebende Wirkung.

9. Kein zweiter Zwischenentscheid. Die Frage der aufschiebenden Wirkung wird nicht überprüft. Augenscheinlich geht die Rekurskommission unverändert davon aus¹², ein so längerfristiges Bauvorhaben werde ...

«... durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt».

10. Zweiter Endentscheid.¹³ MARTI obsiegt erneut! Mit Entscheid vom 11. September 2006 hebt die Rekurskommission die Zuschlagsverfügung auf und weist die «Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Alptransit Gotthard AG» zurück.

«Zusammenfassend ist festzustellen, dass die ATG den Rückweisungsentscheid der BRK äusserst einschränkend interpretiert und in minimaler Weise umgesetzt hat. Vorgabe war, eine der Bedeutung des Loses 151 entsprechende Sensitivitätsanalyse durchzuführen und mindestens die fünf von der BRK als offensichtlich unzureichend abgeklärt gerügten Punkte neu zu prüfen. Dieser Vorgabe ist die ATG nur ungenügend nachgekommen.

Die Vermutung der Beschwerdeführerinnen, sie seien systematisch benachteiligt worden, ist zumindest nachvollziehbar, wurde die Sensitivitätsanalyse doch unter sehr eingeschränkten Rahmenbedingungen, die sich voraussehbar zugunsten der Strabag auswirken mussten (wie z.B. dem Ausklammern sämtlicher Projekt- und Bestellsän-

⁷ Medienmitteilung UVEK vom 30. November 2005 (www.uvek.admin.ch).

⁸ BRK 2005-016.

⁹ Ich schreibe grundsätzlich, denn nach meinem Dafürhalten kann die Auftraggeberin die Parameter auch während laufendem Verfahren noch verändern, selbstredend unter Wahrung von Transparenz und Gleichbehandlung und nur insoweit, als angesichts der gewünschten Modifikation nicht anzunehmen ist, dass an sich ein anderer Bieterkreis angesprochen würde.

¹⁰ Die Bestimmung lautet: «Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind» (Abs. 3). Einschlägig ist überdies das EuGH-Urteil «Traunfellner» (C-421/01), wo es um eine technische Variante ging und nachzulesen ist, dass «Artikel 19 der [alten!] Richtlinie, wonach ein Auftraggeber die Mindestanforderungen zu erläutern hat, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, nicht entsprochen ist, wenn die Verdingungsunterlagen lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist» (Ziff. 30).

¹¹ Das bedeutet, dass die Gegenpartei dazu nicht angehört wird. Das Vorgehen entsprach ständiger Praxis der Rekurskommission und dient der Durchsetzung des Abschlussverbots (*stand still*), das auf Bundesebene eine Schöpfung der Rekurskommission ist. Hervorzuheben ist, dass die Frage der aufschiebenden Wirkung im zweiten Endentscheid nicht mehr gesondert aufgegriffen wird, und dies mit folgender Begründung: «Angesichts der von der ATG geltend gemachten Dringlichkeit des Beschaffungsgeschäftes ... und der aufgrund der von den Parteien eingereichten Akten und Rechtsschriften liquiden Sach- und Rechtslage ist es gerechtfertigt, direkt in der Sache zu entscheiden. Das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, dem superprovisorisch mit Präsidialverfügung vom 29. Mai 2006 entsprochen worden ist, sowie das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen werden mit dem Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos.»

¹² Zitat aus dem Zwischenentscheid vom 21. November 2005.

¹³ BRK 2006-008.

derungen mit Ausnahme der durch geänderte Verteilung der Ausbruchsklassen sowie dem möglichen Einbau von Strahlventilatoren bewirkten Bestells- bzw. Mengenänderungen), durchgeführt. Richtigerweise hätte jedenfalls auch das Risiko von Nachforderungen aufgrund gewöhnlicher Bestellsänderungen in die Sensitivitätsanalyse einfließen müssen. Das vollständige Ausklammern der Möglichkeit von Projekt- und Bestellsänderungen ist ... nicht nachzuvollziehen. Dasselbe gilt für die Behauptung, die Leistungsverzeichnisse enthielten keinerlei Rundungsreserven ...»

11. Bundesrat zum Zweiten. Der Präsident der Rekurskommission verwarft sich gegen die schon erwähnte bundesrätliche Intervention vom Spätherbst 2005 und wirft Bundesrat LEUENBERGER vor, er missachte die Gewaltentrennung. Dazu der Bundesrat¹⁴:

«Ach, die hohen Herren auf ihren Paragraphen-Thronen sollen nicht so empfindlich tun. Immerhin haben sie den Vergabeentscheid zweimal aufgehoben und nicht den Mut gehabt, selber zu entscheiden. Wir kennen die Gewaltenteilung und selbstverständlich darf man sich nicht in einen Entscheid eines Gerichts einmischen. Aber eine Bemerkung darf man wohl noch machen; schliesslich sollen sich die Gewalten ja gegenseitig kontrollieren.»

Starker Tobak. Zudem waren die hohen Herren in diesem Fall fast alle Damen.¹⁵ Vor allem aber kann man der Rekurskommission nun wirklich nicht vorhalten, sie hätte legalistisch argumentiert und sich hinter dünnen Paragraphen versteckt. Möglicherweise trifft sogar das Gegenteil zu. Jedenfalls fällt auf, in welchem Ausmass sie sich auf eigene Fachkenntnisse stützt. Einige Beispiele:

- «Der Fels ist und bleibt letztlich ein nicht im Voraus zu 100% zu beurteilendes Medium, wie zahlreiche Tunnelbauprojekte in der Schweiz belegen.» ► «Bei einem Tunnelbauprojekt dieser Grössenordnung sind erfahrungsgemäss massive Änderungen zu erwarten.» ► «Es ist ... notorisch, dass mehr oder weniger erhebliche Kostenüberschreitungen und Nachtragsforderungen der Unternehmer bei der Erstellung öffentlicher Bauten eher die Regel als die Ausnahme sind.» ► «Globalen sind in der Schweiz im Untertagebau nicht üblich.» ► «Bei jedem bergmännischen Vortrieb besteht eine hohe Unsicherheit bezüglich der tatsächlichen Gegebenheit im Gebirge vor Ort. Mittels geologischer Vorabklärungen kann das Risiko eingegrenzt, nie aber abschliessend beurteilt werden.» ► «Die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Ausmass liegen aber auf der sicheren Seite und sind auf keinen Fall zu tief kalkuliert. Insofern sind gewisse Reserven mit Sicherheit vorhanden.» ► «Für ein Bauwerk der vorliegenden Art und Dimension ist die Annahme, es werde in der Ausführungsphase – mit Ausnahme eines betragsmässig allerdings kaum ins Gewicht fallenden, möglichen Einbaus von Strahlventilatoren im Portalbereich – nicht (mehr) zu Projekt- und Bestellsänderungen kommen, nach dem Dafürhalten der BRK schlichtweg unrealistisch.»

III. ... und drei Urteile

A «MARTI 1»: Zwischenentscheid vom 21. November 2005

1. Mit diesem Zwischenentscheid erteilt die Rekurskommission MARTIS Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Dies ist für die Beschwerdeführerinnen ein wichtiger Etappensieg, da die ATG nun vorderhand nicht bauen darf und so die Chancen auf einen Zuschlag intakt bleiben.

2. In einer Standarderwägung (vgl. jetzt aber die Andeutung in BVGer. B-1774/2006 E. 2.2!) beschreibt das Gericht sein zweistufiges Vorgehen. Zunächst prüft es, ob die Beschwerde «offensichtlich unbegründet» ist. Ist dies der Fall, weist es ab. Sonst aber schreitet das Gericht zur Abwägung der Interessen, die auf dem Spiel stehen. Zu merken ist, dass das Gericht sich darauf auch dann einlässt, wenn «bezüglich der Erfolgsaussichten der Be-

schwerde ... Zweifel bestehen». Nun aber die Formulierung der Rekurskommission:

«Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Ist dies der Fall, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; ÜöeB) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen ...»

3. Die ATG beruft sich auf ein überwiegendes öffentliches Interesse und macht geltend, eine Verzögerung hätte «enorme Mehrkosten (in zweistelliger Millionenhöhe) zur Folge. Jede Verzögerung in der Fertigstellung des Loses 151 wirke sich unmittelbar auf die rechtzeitige Inbetriebnahme des Gotthard-Basistunnels aus.» Die Rekurskommission lässt sich davon nicht beeindrucken und verweist auf ihre einschlägige Rechtsprechung, ...

«... wonach Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens nach Möglichkeit so langfristig zu planen sind, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24, E. 2d). Dies muss im Grundsatz auch für Grossprojekte wie das vorliegende gelten; auch hier sind entsprechende Zeitreserven einzuplanen.»

B «MARTI 2»: Endentscheid vom 13. Februar 2006

1. In diesem Endentscheid, mit dem das erste Beschwerdeverfahren seinen Abschluss findet, konstatiert die Rekurskommission, das von der ATG «durchgeführte Evaluationsverfahren ... in Bezug auf die Globalofferte [sei] klar ungenügend und damit bundesrechtswidrig» (siehe schon oben).

2. Zunächst aber äussert sich die Rekurskommission zum «Guillotinen-System» und zur Zulässigkeit von Preisvarianten:

a. Als «Guillotinen-System» sprechen Beschwerde und Urteil das von der ATG gewählte zweistufige Vorgehen an, das in der Ausschreibung wie folgt umrissen wird: «Bei den Kriterien 1, 2, 3 und 4 gilt eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreicht das Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, wird es nicht weiter berücksichtigt. Für die 6 obgenannten Kriterien¹⁶ wird durch

¹⁴ Aus einem Interview, das Bundesrat Leuenberger der «NZZ am Sonntag» gewährte («Wir haben die Tür aufgestossen», am 6. November 2006 publiziert auf www.uvek.admin.ch).

¹⁵ Der dreiköpfige Spruchkörper bestand aus zwei Damen und einem Herrn, der als Präsident amtierte. Ihnen stand eine Gerichtsschreiberin zur Seite. Der Kommission mangelnden Mut vorzuwerfen, geht zu weit. Weist eine Sache nicht eine gewisse Entscheidungsreife auf, hält sich auch das Bundesgericht zurück (vgl. BGE 125 II 330 E. d; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz 1977).

¹⁶ Es handelt sich um die Kriterien (jeweils mit zugehöriger Gewichtung) «Termingewährleistung der Bauzeit (40%); Baustellenorganisation (30%); Arbeitssicherheit (15%); Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit (5%); Qualität der Risikoanalyse des Unternehmers (5%); Umweltbeeinträchtigung (5%)».

den Bauherrn eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Unter den Angeboten, die aufgrund der Beurteilung im Rahmen des Offertvergleichs diesen Zielwert erreichen, erhält das Angebot mit dem tiefsten Preis den Zuschlag.» Aufgrund der Angaben im Urteil lässt sich nicht nachvollziehen, nach welchen Kriterien der Bauherr die 360 Punkte verteilen würde. Wird nicht anderweitig für Nachvollziehbarkeit gesorgt, ist dies problematisch, da so der Anbieter in Unkenntnis darüber bleibt, wie er seine Offerte an den «Zielwert» heranführen soll. STRABAG und MARTI erreichen die Gesamtpunktzahl, weshalb nach dieser Methode jetzt nur noch die Preise zu vergleichen sind.¹⁷ Vorab aus verfahrensrechtlichen Gründen sieht die Rekurskommission davon ab, auf die entsprechende Rüge einzutreten¹⁸ und diese Methode zu beurteilen, denn:

«Das vorgesehene Bewertungssystem mit Unterteilung in zwei Bewertungsphasen, wie es in der Folge auch zur Anwendung gelangt ist, ist somit bereits in der öffentlichen Ausschreibung (und nicht erst in oder zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen) klar und eindeutig umschrieben, und die entsprechenden Konsequenzen für die Zuschallerteilung waren für die interessierten Unternehmer ohne Weiteres erkenn- und beurteilbar. Infolgedessen wären die Beschwerdeführerinnen verpflichtet gewesen, bereits die öffentliche Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten und die Rechtswidrigkeit der bekannt gegebenen Modalitäten des Bewertungssystems zu rügen. Die mit der vorliegenden Beschwerde gegen das angewendete Bewertungssystem vorgebrachten Rügen sind entsprechend verspätet erhoben worden, weshalb sie von der Rekurskommission nicht (mehr) materiell auf ihre Begründetheit überprüft werden können.»

Weniger Zurückhaltung hat der Zwischenentscheid erwarten lassen, denn dort führt die Rekurskommission aus:

«Nicht als zum vornherein offensichtlich unbegründet erweisen sich im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 BoeB auch die von den Beschwerdeführerinnen gegen das von der Vergabebehörde verwendete Bewertungssystem (alleinige Massgeblichkeit des offerierten Preises in der 2. Evaluationsphase, an der nur noch die Anbieter beteiligt waren, deren Angebote qualitativ die Mindestanforderungen erfüllten) vorgebrachten Einwände. Im Übrigen wird sich die Rekurskommission im Rahmen des Sachentscheids mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin näher auseinanderzusetzen haben.»

b. Was die Zulässigkeit von Preisvarianten anbelangt, anerkennt die Rekurskommission zwar, dass die Vergleichbarkeit von Einheits- und Globalpreisofferten problematisch ist. Gleichwohl muss STRABAGS Preisvariante (Global- statt Einheitspreisofferte) nicht ausgeschlossen werden, sondern ist eine gültige Offerte.¹⁹

«Das Beschaffungsrecht des Bundes enthält keine besonderen Bestimmungen zu den Pauschal- oder Globalpreisangeboten, sondern regelt in Art. 22 Abs. 2 VoeB einzig die Zulässigkeit von «Varianten». Der Begriff der Variante (gemäss Fremdwörter-Duden leicht veränderte Art, Form von etwas; Abwandlung; Spielart) legt es nun keineswegs nahe, als solche nur von den leistungsbezogenen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen («inhaltlich») abweichende Angebote (im Sinne von Herstellungs-, Projektierungs- oder Ausführungsvarianten), nicht aber abweichende Vergütungsmodi zuzulassen. Entscheidend erscheint vorab die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen und nicht ein allfälliger innovativer Charakter des Unternehmensvorschlags. Gemäss Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BoeB erhält das jeweils wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dies kann unter gegebenen Umständen nicht nur eine technische Variante, sondern durchaus auch eine Preisvariante sein. Kein grundsätzlich gegen die Zulässigkeit von Preisvarianten als Varianten im submissionsrechtlichen Sinn sprechender Gesichtspunkt ist das Argument, dass der Vergleich zwischen einer Einheitspreis- und einer Pauschal- oder Globalpreisofferte Probleme bieten könne. Die Vergleichbarkeitsproblematik stellt sich bei Projekt- und Ausführungsvarianten ebenfalls (vgl. auch Rechsteiner, Ermittlung der Angebotspreise, in: Sonderheft Vergaberecht, BR 2004, S. 19). Mithin ist daran festzuhalten, dass auch von den Ausschreibungsbedingungen abweichende

Preisangebote Varianten im Sinne von Art. 22 Abs. 2 VoeB darstellen.»²⁰

In den weiteren Erwägungen äussert sich die Rekurskommission eingehend zu den Unterschieden zwischen Einheits- und Globalpreis, um dort auch etwa anzumerken, dass es ein «wesentlicher Vorteil der Festpreisofferte ist, dass im Hinblick auf die tatsächlich geschuldete Entschädigung nicht ausgemessen werden muss». Die gewählte Terminologie ist insoweit ungenau, als natürlich auch Einheitspreise feste Preise sind.²¹ Vor allem aber ist bemerkenswert, dass die Rekurskommission in diesen weiteren Erwägungen gar nicht mehr auf die auch von ihr eingestandene «Vergleichbarkeitsproblematik» eingeht. Vielmehr begnügt sie sich damit, die ATG anzuhalten, sich mit der Frage der «Vergleichbarkeit mit den Einheitspreisangeboten ernsthaft und vertieft» auseinanderzusetzen. Wie mir scheint, lässt sie damit die entscheidende Frage offen, ob die Vergleichbarkeit überhaupt gegeben sei. Die Rekurskommission selber:

«Allein schon die Tatsache, dass hierzulande Globalangebote im Untertagebau wenig verbreitet sind und dementsprechend mit solchen Offerten auch wenig Erfahrung vorliegt, lässt es erforderlich erscheinen, dass die Vergabebehörde, die mit einer Globalofferte als Variante zur Amtslösung konfrontiert wird, sich mit der Frage der damit verbundenen Konsequenzen und Risiken sowie der Vergleichbarkeit mit den Einheitspreisangeboten ernsthaft und vertieft auseinandersetzt.»

3. Die ATG stellt sich dieser Aufgabe zu wenig ernsthaft und vertieft, wie die Rekurskommission findet. «Entscheidend für den Offertvergleich sei der Preis der eingereichten Offerten, nicht der Abrechnungspreis», lässt sich die ATG vernehmen. Wenn dem wirklich so ist, dann ist eine Sensitivitätsanalyse von vornherein

¹⁷ Das Vorgehen ist sinnvoll, steht auf den ersten Blick aber in Widerspruch zu Art. 21 Abs. 3 BoeB, der die reine Preisvergabe nur bei «weitgehend standardisierten Gütern» vorsieht. Doch ist der Methode zugute zu halten, dass bei ihr die Offerten nicht «ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises» (Art. 21 Abs. 3 BoeB) geprüft werden. In ihrem Bericht vom 19. März 2007 empfiehlt die NEAT-Aufsichtsdelegation (NAD) der ATG, «bei komplexen Bauwerken auf das bisher praktizierte Bewertungsmodell zu verzichten. Die Kriterien für die Bewertung von Offerten sind so zu präzisieren und auszugestalten, dass eine, dem Projekt nutzende, höhere Qualität einen höheren Preis aufwiegen kann» (BBI 2007, S. 3656).

¹⁸ Warum sich die Rekurskommission überhaupt zur Eintretensfrage äussert, ist unklar. An sich hätte sie darauf auch verzichten können, da schon die mangelhafte Evaluation zu einem Rückweisungsentscheid führt. Genau so jedenfalls hält es die Rekurskommission mit dem «von den Beschwerdeführerinnen ebenfalls erhobenen Vorwurf unzulässiger Abgebotsrunden» (E. 4d).

¹⁹ Darin besteht (mit Einschränkungen) eine Übereinstimmung mit einer deutschen Rechtsprechung, die hier von «kaufmännischen Nebengebieten» spricht (vgl. VK Nordbayern vom 11. Februar 2005, in: IBR 2005, S. 278). Die Einschränkung geht dahin, dass diese Vergabekammer voraussetzt, dass die Ausschreibung einschlägige Mindestbedingungen enthält.

²⁰ In den Vorbemerkungen steht zwar, die drei «MARTI»-Urteile würden hier kommentarlos vorgestellt. Hier aber muss ich doch darauf hinweisen, dass ich dieser Rechtsprechung kritisch gegenüberstehe. Jedenfalls lässt sie sich nicht mit einer Begriffsbildung rechtfertigen, bei welcher der Fremdwörter-Duden Pate stand. Denn die Begriffsbildung ist nicht einem allgemein üblichen Sprachgebrauch verpflichtet, sondern muss sich an den vergaberechtlichen Bedürfnissen orientieren.

²¹ Siehe nur Art. 38 Abs. 2 SIA-Norm 118: «Sind Arbeitsaufwand oder Kosten grösser als beim Vertragsabschluss vorgesehen, so hat der Unternehmer kein Recht auf Erhöhung des vereinbarten Einheits-, Global- oder Pauschalpreises; andererseits kann er diesen Preis auch dann verlangen, wenn seine Leistung weniger Arbeit oder weniger Kosten erfordert als vorgesehen (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR).»

überflüssig. Denn mit dieser Analyse soll ermittelt werden, wie sich die Angebote unter veränderten Parametern in der Vertragsabwicklung verhalten. Gesucht wird nichts anderes als eine möglichst genaue Annäherung an den nachmaligen Abrechnungspreis, der doch letztlich über die Wirtschaftlichkeit einer Beschaffung entscheidet. Doch nicht darauf geht die Rekurskommission ein; sie ortet Mängel in der Evaluation²², die im dritten Urteil²³ wie folgt zusammengefasst werden:

- «unpräzise Definition der Zuschlagsempfängerin betreffend die Abgrenzung zwischen Regiearbeiten und Beststellungsänderung beim Globalangebot; fehlende Angabe der Zuschlagsempfängerin zum in die Globale eingerechneten Anteil Regiearbeiten»;
- «unklare bzw. widersprüchliche Angaben betreffend Einbezug der von der Bauherrschaft für den Fall des Unterschreitens des Bauprogramms geschuldeten Prämien (Bonus) in die Globale»;
- «offene Fragen in Bezug auf allfällige mit der Wahl des Abdichtungssystems verbundene zusätzliche Kosten»;
- «unklares Mehrkostenrisiko bei der Globalen bei Projektänderungen»;
- «fehlende Nachvollziehbarkeit der grossen Kostendifferenz im Zusammenhang mit der Redimensionierung des Verzweigungsbauwerks zwischen Amtslösung und Globalvariante der Zuschlagsempfängerin».

Nach Meinung der Rekurskommission wäre die ATG verpflichtet gewesen, ...

«... angesichts der mit einer Globalofferte – im Vergleich zu den auf Einheitspreisen basierenden Angeboten – verbundenen erhöhten Kostenrisiken, das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Dies insbesondere, nachdem sie von der Ingenieurgesellschaft Gotthard-Basistunnel Nord unmissverständlich auf das damit verbundene und als sehr gross beurteilte Kostenrisiko hingewiesen worden ist und die Ingenieurgesellschaft von der Berücksichtigung des Globalangebots sogar ausdrücklich abriet.»

C «MARTI 3»: Endentscheid vom 11. September 2006

1. Auch dieser zweite Endentscheid mündet in eine Rückweisung an die ATG. Die Rekurskommission zieht ihr Urteil vom 13. Februar 2006 heran und wirft der ATG vor, sie hätte den Rückweisungsentscheid mangelhaft umgesetzt und sich strikte darauf beschränkt, ...

«... die von der BRK im Rückweisungsentscheid ausdrücklich als unklar beanstandeten Punkte näher zu prüfen ... Die BRK hat in ihrem Entscheid vom 13. Februar 2006 u.a. diejenigen Punkte aufgeführt ..., die der Vergleichbarkeit der Angebote offensichtlich entgegenstanden, und die im Rahmen der Neu Beurteilung in jedem Fall zu prüfen waren. Um eine abschliessende Aufzählung, welche die ATG von der Notwendigkeit einer umfassenden Prüfung des Globalangebots auf sämtliche damit verbundenen möglichen Risiken entband, handelte es sich dabei nicht. Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe der BRK als Rechtsmittelinstanz sein, anstelle der zuständigen Vergabebehörde sämtliche für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände zu ermitteln. Die BRK hat in ihrem Entscheid klar auf die Notwendigkeit einer ernsthaften und vertieften Auseinandersetzung mit dem Globalangebot hingewiesen ... und zusammenfassend festgehalten, dass die ATG verpflichtet gewesen wäre, angesichts des damit verbundenen hohen Kostenrisikos das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen ... Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die ATG die ihr mit dem Rückweisungsentscheid der BRK eröffnete Möglichkeit, das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin umfassend und gründlich auf die damit verbundenen Risiken zu prüfen, wahrnimmt. Insofern erscheint die Aussage der ATG, sie habe keinen Anlass gehabt, über die Erwägungen der Rekurskommission hinausgehende Abklärungen durchzuführen, reichlich fragwürdig.»

2. Die Rekurskommission hält den Standpunkt der ATG, beim «Globalangebot der [STRABAG] handle es sich um das wirtschaftlich günstigste Angebot», bei objektiver Betrachtung nicht für nachvollziehbar. Vor allem stört sie sich daran, dass die ATG beim Offertvergleich die Möglichkeit von Projekt- und Beststellungsänderungen im Wesentlichen ausgeklammert hat.

«Wieso beim Los Erstfeld – mit Ausnahme des geologischen Risikos (Änderung bei den Ausbruchklassen) – praktisch jegliche Möglichkeit von Beststellungsänderungen und (berechtigten) Nachforderungen ausgeschlossen sein sollte bzw. solche durch die ATG verhindert werden könnten ..., ist für die BRK aufgrund der Ausführungen der ATG in den Vernehmlassungen, aber auch im Vergabeantrag, nicht nachvollziehbar. Für ein Bauwerk der vorliegenden Art und Dimension ist die Annahme, es werde in der Ausführungsphase – mit Ausnahme eines betragsmässig allerdings kaum ins Gewicht fallenden, möglichen Einbaus von Strahlventilatoren im Portalbereich – nicht (mehr) zu Projekt- und Beststellungsänderungen kommen, nach dem Dafürhalten der BRK schlichtweg unrealistisch. Vor diesem Hintergrund erscheint die Beschränkung der von der BRK geforderten Sensitivitätsanalyse im Bereich Mehrkosten aufgrund von Projekt- und Beststellungsänderungen auf die Auswirkungen der Änderungen der Ausbruchklassenverteilung (als mögliche Beststellungsänderungen) nicht haltbar.»

IV. Wie weiter?

1. Am 9. Februar 2007 ging der Auftrag zum dritten Mal an STRABAG.²⁴ Die ATG hatte die Vergabe prüfen lassen. «Gemäss dem externen Urteil seien weder das Vergabeverfahren unkorrekt abgelaufen, noch sei ein Anbieter systematisch bevorteilt oder benachteiligt worden.»²⁵ Für eine allfällige Beschwerde wäre das neue Bundesverwaltungsgericht zuständig gewesen, dessen Abteilung II (Wirtschaft, Bildung und Wettbewerb) seit dem 1. Januar 2007 das vergaberechtliche Geschehen auf Bundesebene prägt.²⁶ Ein Sprecher dieser rechtsprechenden Behörde liess sich vorsorglich vernehmen:²⁷

«Das Gericht ist sich bewusst, dass Beschwerden, die das öffentliche Beschaffungswesen betreffen, mit besonderer Dringlichkeit zu behandeln sind.» Und: Es handle sich bei Erstfeld «um einen komplexen Fall».

Komplex bestimmt – und auch langwierig wäre es geworden, da vergaberechtliche Urteile des neuen Bundesverwaltungsgerichts jetzt ans Bundesgericht weitergezogen werden können.²⁸ Die

²² Vgl. die E. 4c/ff/aaa-eee des zweiten «MARTI»-Urteils.

²³ Siehe E. 2a des dritten «MARTI»-Urteils.

²⁴ Pressemitteilung der ATG vom 9. Februar 2007.

²⁵ So der Bericht in der NZZ vom 10./11. Februar 2007, S. 15. Wer das liest, muss sich unweigerlich fragen, welcher Stellenwert den Urteilen der staatlichen Rekurskommission dann noch zukommt. Extern jedenfalls sind sie auch – nur dass die Behörde zu anderen Schlüssen kam: «Die Vermutung der Beschwerdeführerinnen, sie seien systematisch benachteiligt worden, ist zumindest nachvollziehbar» (in «Marti» 3).

²⁶ Vgl. dazu auch die Übergangsbestimmung in Art. 53 Abs. VVG: «Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bei Eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen ... hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht.»

²⁷ Im Tages-Anzeiger vom 8. Februar 2007.

²⁸ Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht offen (Art. 83 lit. f BGG), sofern der geschätzte Wert des Auftrags den massgebenden Schwellenwert des BoEB erreicht (was hier erfüllt ist) und sich (kumulativ!) eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (wozu es noch keine Praxis gibt). Der Botschaft zufolge erfasst dieser

dritte Beschwerde gegen die dritte Zuschlagsverfügung unterblieb, und die Verfügung erwuchs in Rechtskraft. Ende März 2007 wurde der Werkvertrag unterzeichnet. Im Verlaufe des Sommers soll mit der Montage der Tunnelbohrmaschine und im ersten Halbjahr 2008 dann mit dem Leistungsvortrieb Richtung Amsteg begonnen werden.²⁹

2. Was bleibt, ausser der von der Auftraggeberin behauptete, massive Verspätungsschaden? Aus meiner Sicht sind es in unserem Zusammenhang vor allem zwei Dinge, an die bei der Neugestaltung des Vergaberechts zu denken ist.

a. Als Erstes ist zu klären, wie es künftig um die *aufschiebende Wirkung* von Vergabebeschwerden stehen soll. Enttäuschte Anbieter peilen sie in erster Linie an; wird ihnen die Suspensiv-Wirkung nicht gewährt, verflüchtigt sich ihr Interesse an einer Fortsetzung des Verfahrens meist rasch. Auftraggeberinnen allerdings ist sie ein Dorn im Auge, weil sie zu unliebsamen Verzögerungen führt. Diesen Konflikt geht die Rechtsprechung an, indem sie die Erfolgchancen der Beschwerde abschätzt, dann (wenn die Beschwerde bei einer prima-facie-Betrachtung nicht aussichtslos ist)³⁰ die privaten und die öffentlichen Interessen, die auf dem Spiele stehen, gegeneinander abwägt. Dieses Zusammenspiel von Hauptsachenprognose und Interessenabwägung ist nicht vergabespezifisch, sondern überall zu finden, wo sich in verwaltungsrechtlichen Verfahren die Frage der Suspensiv-Wirkung stellt. Angesichts der Bedeutung des Loses Erstfeld hätte es nicht überrascht, wenn die Rekurskommission mit Blick auf das öffentlichen Interesse daran, dass das Gesamtprojekt nicht im Übermass beeinträchtigt wird, die aufschiebende Wirkung verweigert hätte. Wohlgermerkt, sie hätte es *schon nach geltendem Recht* in der Hand gehabt, diesen Weg zu gehen! Sie entschied andersrum, was die bekannten, massiven wirtschaftlichen Folgen hatte.³¹ Soll deshalb der Gesetzgeber intervenieren und etwa vorschreiben, dass bei Beschaffungsprojekten von nationaler Bedeutung in der Frage der aufschiebenden Wirkung fortan Zurückhaltung zu üben ist? Brauchen wir also eine *lex Erstfeld*? Ich gehöre zwar zu jenen, die den Entscheid der Rekurskommission, der zweiten Beschwerde im Ergebnis aufschiebende Wirkung beizulegen, nicht ohne weiteres nachvollziehen können. Gleichzeitig aber meine ich, dass der Gesetzgeber von einer Intervention absehen sollte. Der Fall Erstfeld ist seiner Anlage und seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach gewiss ein seltenes Ereignis. Er ist deshalb ein «bad case», mit dem sich eine schematisierende Limitierung der richterlichen Entscheidungskompetenz nicht rechtfertigen lässt. Vor allem aber muss gerade bei Grossprojekten, die international auszuschreiben sind, schon von Staatsverträgen wegen wirksamer Rechtsschutz gewährt werden (siehe Art. XX Ziff. 7 lit. a GPA). Bei einem legislatorischen Rundumschlag, der sich gegen die aufschiebende Wirkung richtet, wäre zu befürchten, dass diese Forderung nicht mehr eingelöst werden könnte.³²

b. Als Zweites hat man sich über den künftigen *Umgang mit dem Vergabeschaden* Gedanken zu machen. Man hört so wenig von einschlägigen Fällen, dass man sich fragen muss, ob der Sekundärrechtsschutz, wie wir ihn heute kennen, ausreiche oder schlicht zu wenig attraktiv sei. Seine Attraktivität bemisst sich nach seinem mittelbaren Zweck³³, der darin besteht, eine richterliche Nachprüfung der staatlichen Vergabetätigkeit auch dort herbeizuführen, wo der Primärrechtsschutz nicht greift³⁴. Attraktiv ist der Sekundärrechtsschutz also dann, wenn die Anbieter nicht allein deswegen von einer Beschwerde absehen, weil die Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht mehr möglich und so der Primärrechtsschutz nicht mehr erhältlich ist. Wie gesagt, einschlägige Verfahren sind kaum zu finden. Was ist zu tun? Wer (wie ich) davon ausgeht, dass an einer justizförmigen Nachprüfung der staat-

lichen Vergabetätigkeit ein evidentes Interesse besteht³⁵, wird versuchen, verstärkte Anreize dafür zu schaffen, dass Anbieter bei Vergabefehlern zumindest auf sekundären Rechtsschutz (also Schadenersatz) dringen. Das BoeB beschränkt den Sekundärrechtsschutz bekanntlich auf den Ersatz der «Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind» (Art. 34 Abs. 2 BoeB). Dies ist häufig als kleinliche Lösung gebrandmarkt und kritisiert worden, nicht zuletzt in dieser Zeitschrift. Und doch stellen sich Zweifel ein, ob sich das deklarierte Ziel mit pekuniären Anreizen erreichen lässt, wenn man sich nicht gänzlich von ersatzrechtlichen Grundsätzen lösen und zum Beispiel eine Ordnung vorsehen will, die den im Beschwerdewege erfolgreichen Anbietern eine Entschädigung verspricht, die sich als Prozentsatz der Auftragssumme ermittelt. Diesen Weg sollte man zwar nicht ohne weiteres verwerfen – immerhin funktionieren Konventionalstrafen in ganz ähnlicher Weise. Doch muss geprüft werden, ob der sekundäre Rechtsschutz damit attraktiver wird, und zwar in dem Sinne attraktiver, wie ich es eben beschrieben habe. Besinnt man

unbestimmte Rechtsbegriff «Rechtsfragen, die für die Entwicklung der Rechtsordnung wesentlich sind ... Eine Legaldefinition wäre nicht sachgerecht; sie liefe Gefahr, die Anerkennung einer Grundsatzfrage durch das Bundesgericht in Fällen zu vereiteln, in denen sich die Grundsätzlichkeit erst aus der konkreten Fallsituation ergibt» (BBl 2001, S. 4309, dort auch der Versuch, operable Kriterien zu formulieren). Fest steht aber, dass in der Beschwerdebegründung auszuführen ist, «warum die ... Voraussetzung erfüllt ist» (Art. 42 Abs. 2 BGG), und dass das Bundesgericht alsdann in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 20 Abs. 2 BGG). Zum Teil wird die Meinung vertreten, das Gericht dürfe dort, wo es nach diesen Kriterien zuständig sei, lediglich die sich stellende «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» beurteilen, so REETZ, Das neue Bundesgerichtsgesetz, in: SJZ 2007, S. 31; anders aber WOLF, Die neue Rechtsmittelordnung im Bund, in: Aktuelles Vergaberecht 2006, Sonderheft BR/DC, Zürich 2006, S. 13, der schreibt, das Bundesgericht müsse sich in den ausgewählten Verfahren «auch mit allen andern erhobenen Rügen befassen». Zu Art. 29a BV, der eine Rechtsweggarantie begründet und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, WALDMANN, Rechtsmittelwege und Rechtsweggarantien im öffentlichen Vergabeverfahren, in: BR/DC 2002, S. 143 ff., vor allem S. 150.

²⁹ Aus einer Pressemitteilung der ATG vom 28. März 2007.

³⁰ Nach bisheriger Praxis ist es also nicht erforderlich, dass die Beschwerde klar Aussicht auf Erfolg hat; ausreichend ist schon, dass sie nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt ist; vgl. jetzt aber BVGer. B-1774/2006 E. 2.2, wo angedeutet wird, dass inskünftig auch die «überwiegend negative (oder positive) Erfolgsprognose berücksichtigt werden» könnte.

³¹ Fiat justitia et pereat mundus!

³² Die NEAT-Aufsichtsdelegation vertritt im schon erwähnten Bericht (Fn. 17) zwar die Auffassung, es sei zu prüfen, «wie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung restriktiver gehandhabt werden kann». Dann aber fährt sie mit der folgenden Empfehlung fort: «Es soll eine Formulierung in ds Gesetz aufgenommen werden, wonach die aufschiebende Wirkung von einer Beschwerdeinstanz nur dann erteilt werden soll, wenn den Interessenten eines Beschwerdeführers keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegenüberstehen» (BBl 2007, S. 3660). Was übersehe ich, wenn ich meine, diese Interessenabwägung sei doch heute schon geltendes Recht? Vgl. dazu jüngst BVGer. B-1774/2006 E. 2.2.)

³³ Unmittelbar soll der Schaden des Beschwerdeführers ersetzt werden.

³⁴ Entweder, weil die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wurde oder weil der Beschwerdeführer primären Rechtsschutz gar nicht verlangte. Was letzteren Fall angeht, wäre es falsch, von einer entsprechenden Schadenminderungspflicht des Anbieters auszugehen, da es sehr wohl im Interesse der Auftraggeberin liegen kann, ungestört und verzögerungsfrei mit ihrem Beschaffungsgeschäft fortfahren zu können (vgl. auch STOCKMANN, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar GWB, 3. Aufl., München 2001, N 5 und 16 zu § 126 GWB).

³⁵ Anzuführen bleibt, dass gänzlich unabhängig von einem wie auch immer gearteten Interesse die Gewährung wirksamen Rechtsschutzes auch eine staatsvertragliche Verpflichtung ist.

sich aber noch einmal auf die Lösung, die der Bundesgesetzgeber seinerzeit getroffen hat, fällt doch auf, dass die Beschränkung, die mit der manifesten Ausklammerung des entgangenen Gewinns verbunden ist, durch die rechtlichen Vorteile³⁶, die das Recht auf Akteneinsicht, die Untersuchungsmaxime, die reduzierten Anforderungen an die Kausalität («echte Chance») und die Verschuldensunabhängigkeit des Anspruchs dem ersatzsuchenden Beschwerdeführer bieten, zumindest teilweise wieder aufgewogen wird. Dazu kommt, dass sich eine Ausdehnung des vergaberechtlichen Ersatzregimes auf den entgangenen Gewinn nicht leicht rechtfertigen lässt, da man zumindest dann, wenn man es selbst hier mit einer echten Chance gut sein lässt³⁷, Gefahr läuft, immer auch beschwerdeführende Bieter zu begünstigen, die bei fehlerfreiem Verfahrensverlauf den Zuschlag nicht erhalten hätten. So scheint es mir heute, dass die Regelung, wie der Bundesgesetzgeber sie seinerzeit getroffen hat, nicht ohne weiteres als unwirksam

verworfen werden sollte. Auf dass der Text aber nicht allzu einträchtig ende, möchte ich anfügen, dass sich das geltende vergaberechtliche Ersatzregime nur unter der Voraussetzung aufrechterhalten lässt, dass es den zivilrechtlichen Rechtsschutz aus culpa in contrahendo nicht verdrängt, sondern diesen konkurrierend neben sich bestehen lässt

³⁶ Hier im Vergleich zu einem ordentlichen Zivilprozess!

³⁷ Diese Beweiserleichterung ist nicht auf jenen Bieter limitiert, «der bei ordnungsgemäsem Verlauf des Verfahrens den Zuschlag erhalten hätte» (STOCKMANN, a.a.O., N 14 zu § 126 GWB). Vielmehr ist es gerade Sinn und Zweck der Figur, eine Haftung zu begründen, wo zwischen Rechtsverstoß und Schaden lediglich eine gelockerte Kausalitätsbeziehung besteht (so MARX, in: Motzke/Pietzcker/Priess, VOB Kommentar [VOB/A], München 2001, N 1 zu § 126 GWB).

Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag

176

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Otto Wipfli

Bemessung immissionsbedingter
Minderwerte von Liegenschaften

Mit besonderer Berücksichtigung des Fluglärms

Schulthess §

Bemessung immissionsbedingter Minderwerte von Liegenschaften

Mit besonderer Berücksichtigung des Fluglärms

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Band 176

Otto Wipfli

Bis heute fehlen höchstrichterliche Richtlinien und brauchbare Vorgaben, die eine objektiv nachvollziehbare und plausible Berechnung immissionsbedingter Minderwerte von Liegenschaften ermöglichen. In der Schweiz verfügt das Bewertungswesen nur gerade bei den Anwendern der hedonischen Methode über wissenschaftliche Grundlagen und Standards, welche der Richter durch Beizug eines Experten überprüfen lassen kann. In den Lehrmeinungen der Fachverbände finden sich bestenfalls vage Empfehlungen, jedoch keinerlei anerkannte Grundlagen und Standards. Ziel der vorliegenden Zürcher Dissertation ist es, einen Beitrag zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu liefern durch Darstellung der Anforderungen an die Begründungspflicht und die Auseinandersetzung mit den modernen Bewertungsmethoden bzw. eigentlichen Bewertungssystemen.

Autor:

Dr. iur. Otto Wipfli

Erschienen	April 2007
ISBN	978-3-7255-5397-6
	151 Seiten, broschiert
Preis	CHF 58.00/EUR 42.00

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach
CH-8022 Zürich/Switzerland
Telefon +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
buch@schulthess.com
www.schulthess.com

Schulthess §