

Der Aufsatz L'article

Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes

Peter Gauch

Professor an der Universität Freiburg

Le 1er janvier 1996, la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance (OMP) sont entrées en vigueur. Elles régissent les marchés publics de la Confédération. Le présent article traite de trois aspects importants de ce nouveau droit: les procédures de soumission, les principes de passation des marchés et les relations entre le régime de droit public et les règles de droit privé.

A. Einleitung¹

1. Jede Vergabe eines Auftrages erfolgt in einem bestimmten Verfahren. Die Besonderheit der öffentlichen Beschaffungen besteht aber darin, dass die Art und der äussere Ablauf des anwendbaren Vergabeverfahrens sowie die Grundsätze, an die sich die Vergabebehörde beim Zuschlag zu halten hat, durch öffentliches Recht geordnet sind. Einschlägige Regeln finden sich auch im **BoeB** und in der **VoeB**, die beide am 1. Januar 1996 in Kraft getreten sind.

Das **BoeB** (das «Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen»²), das auf der Ebene der Eidgenossenschaft die grundlegenden Verpflichtungen des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen in das innerstaatliche Recht umsetzt, regelt das Verfahren zur Vergabe «von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen» des Bundes (Art. 1 Abs. 1 lit. a / Art. 5 **BoeB**)³, soweit die Vergabe dieser Leistungen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt.⁴ Die **VoeB** (die «Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen»⁵) regelt grundsätzlich *alle* öffentlichen Beschaffungen des Bundes (vgl. Art. 1–3 **VoeB**)⁶. Soweit die betreffenden Beschaffungen schon unter das Bundesgesetz fallen («**BoeB**-Beschaffungen»), enthält die Verordnung ergänzende Ausführungsbestimmungen.⁷ Eine Besonderheit gilt für den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb; sie werden direkt und eingehend nur durch die Verordnung geregelt (Art. 40 ff. **VoeB**), während der Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, den Bundesrat in Art. 13 Abs. 3 **BoeB** anzuweisen, die einschlägige Regelung vorzunehmen. Dementsprechend regelt die Verordnung: «a. die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Bundesgesetz ... über das Beschaffungswesen (Gesetz); b. die übrigen Beschaffungen des Bundes; c. den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb» (Art. 1 **VoeB**).

2. Das **BoeB** und die **VoeB** sind Erlasse des öffentlichen Rechts, die eine wichtige Etappe in der Entwicklung des eidgenössischen Vergaberechts markieren. Mit Rücksicht

darauf möchte ich in meinem Beitrag einige Aspekte dieses neuen Vergaberechts herausgreifen, um sie zusammenhängend zu beschreiben. Auf der Grundlage der beiden Erlasse befasse ich mich zunächst mit dem *Vergabeverfahren*, dann mit den *Vergabegrundsätzen* und schliesslich mit dem *Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Recht*. Der öffentlich-rechtliche Beschwerdeschutz der Anbieterinnen⁸, den das **BoeB** (Art. 26 ff.) in seinem Anwendungsbereich gewährt⁹, kommt nur im Zusammenhang mit andern Fragen zur Sprache, wird also nicht per se erörtert. Für die «übrigen Beschaffungen» des Bundes (Art. 32 ff. **BoeB**) ist ein solcher Schutz ohnehin nicht vorgesehen (vgl. Art. 39 **VoeB**).

¹ Dieser Beitrag enthält die ergänzte Fassung einer schriftlichen Vortragsunterlage, die den Teilnehmern und Teilnehmerinnen einer Informationstagung des Seminars für schweizerisches Baurecht am 18./19. Juni 1996 abgegeben wurde.

² Vgl. dazu GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, ZSR 114, 1995, I, S. 313 ff.; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 5 ff.; BOCK, Öffentliches Beschaffungsrecht, Basel 1996, S. 1 ff.

³ Das **BoeB** regelt nur die Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den *Kompetenzbereich des Bundes* (nicht der Kantone oder Gemeinden) fallen.

⁴ Das **BoeB** regelt *nicht alle Vergabefälle des Bundes*, sondern nur die Vergabe öffentlicher Bundesaufträge, die nach Massgabe der Art. 1 ff. **BoeB** in seinen Anwendungsbereich fallen (zum Geltungsbereich des Gesetzes vgl. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 6 ff.). Die übrigen Beschaffungen (z.B. sämtliche Beschaffungen durch die SBB, auch im Rahmen der NEAT) unterstehen (mit gewissen Ausnahmen) der **VoeB**.

⁵ Vgl. dazu GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 11 ff.; BOCK, zit. in Anm. 2, S. 55 ff.

⁶ Einzelheiten bei GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 12 ff.

⁷ Das **BoeB** regelt die von ihm erfassten *Vergabefälle nicht abschliessend*, sondern wird diesbezüglich ergänzt durch die einschlägigen Ausführungsbestimmungen der **VoeB**.

⁸ Gesetz und Verordnung sprechen durchwegs von «Anbietern und Anbieterinnen», verwenden also sowohl die männliche als auch die weibliche Form. Im Sinne einer Vereinfachung verwende ich in meinem eigenen Text, abgesehen von wörtlichen Zitaten, nur die weibliche Form.

⁹ Vgl. aber Art. 2 Abs. 3 **BoeB** letzter Satz!

B. Vergabeverfahren

1. Was zunächst die **Verfahrensarten** betrifft, so unterscheiden das BoeB und die VoeB zwischen drei Grundformen.¹⁰ Es sind dies:

– *Das offene und das selektive Verfahren* (Art. 13 ff. BoeB/Art. 12 und 34 VoeB). Beide Verfahren sind Submissionsverfahren, die mit einer Ausschreibung (Art. 18 BoeB/Art. 16 VoeB) beginnen.¹¹ Und beide Verfahren stehen der Auftraggeberin zur freien Disposition, derart, dass sie zwischen diesen Verfahren wählen kann.¹² Wie aber unterscheiden sich die beiden Verfahren?

Das selektive Verfahren (Art. 15 BoeB/Art. 12 VoeB) unterscheidet sich vom offenen Submissionsverfahren dadurch, dass die an der Übernahme des ausgeschriebenen Auftrages interessierten Firmen zunächst nur einen *Antrag auf Teilnahme* einreichen. Alsdann bezeichnet die Auftraggeberin jene Firmen, die ein Angebot einreichen und damit am weiteren Verfahren teilnehmen dürfen. Die Bezeichnung erfolgt nach einer Präqualifikation, worin die Auftraggeberin prüft, welche Firmen die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Eignungskriterien (Art. 9 f. BoeB/Art. 9 VoeB) erfüllen.

– *Das freihändige Verfahren*. Es ist ein Ausnahmeverfahren, zulässig nur unter bestimmten, detailliert umschriebenen Voraussetzungen (Art. 13 Abs. 2 BoeB/Art. 13 und 36 VoeB). Sein Merkmal besteht darin, dass die Auftraggeberin den Auftrag «direkt und ohne vorherige Ausschreibung» vergibt (Art. 16 BoeB). Das bedeutet negativ: Im Unterschied zum offenen und selektiven Verfahren ist die freihändige Vergabe *kein Submissionsverfahren*, zu dessen Kennzeichen es gehört, dass die Auftraggeberin verschiedene Interessenten in einem gemeinsamen (geordneten) Verfahren um die Vergabe wetteifern lässt. Möglich ist sogar, dass die Auftraggeberin ihre freihändigen Vertragsverhandlungen nur und gerade mit *einer* Firma führt, der sie dann den Auftrag vergibt.

Die erwähnten drei Grundformen (offenes, selektives und freihändiges Verfahren) werden ergänzt durch zwei weitere Verfahrensarten. Es sind dies:

– *Das Einladungsverfahren* nach Art. 35 der VoeB. Es ist eine Submission auf persönliche Einladung, die sich vom offenen und selektiven Verfahren namentlich dadurch unterscheidet, dass die Auftraggeberin mehrere (nach Möglichkeit mindestens drei) Anbieterinnen direkt zur Angebotseingabe einlädt, ohne den geplanten Auftrag öffentlich auszuschreiben. Dieses Verfahren wird von der Verordnung nur für solche Beschaffungen vorgesehen, die nicht unter das BoeB fallen. Zulässig ist es unter den in Art. 35 Abs. 3 VoeB umschriebenen Voraussetzungen. Doch ist beizufügen:

Obwohl die Verordnung es nicht ausdrücklich sagt, muss das Einladungsverfahren auch in allen Fällen zulässig sein, in denen eine freihändige Vergabe zulässig ist, gleichgültig, ob die Vergabe dem Gesetz untersteht oder nicht. Denn: Wenn sogar eine freihändige Vergabe zulässig ist, gibt es keinen Grund, ein Einladungsverfahren auszuschliessen.

– *Der Planungs- und der Gesamtleistungswettbewerb*, den die VoeB in den Art. 40 ff. regelt. «Der Planungswettbewerb soll der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen im Bereich der Planung (z. B. Ingenieur- und Architekturwettbewerbe) dienen. Der Gesamtleistungswettbewerb soll die Möglichkeit bieten, im Rahmen eines Wettbewerbes gleichzeitig nach Planungs- und Bauausführungsleistungen zu fragen» (BB1 1994 IV 950 ff., S. 1190). Beide Wettbewerbe bleiben nachfolgend ausser Betracht.

2. Das BoeB und die VoeB umschreiben nicht nur die verschiedenen Verfahrensarten, sondern enthalten auch zahlreiche **Bestimmungen, die den Ablauf des Verfahrens regeln**. Diese Bestimmungen beziehen sich entweder auf alle oder nur auf bestimmte Verfahrensarten. Sie haben einen vielfältigen Inhalt, was der nachfolgende Hinweis auf eine Auswahl wichtiger Vorschriften¹³ zeigt.

a. Verschiedene Vorschriften regeln die *Ausschreibung* des geplanten Auftrages, der im offenen oder selektiven Submissionsverfahren vergeben wird (vgl. z. B. Art. 18 und 24 BoeB/Art. 16 VoeB), indem sie insbesondere auch den erforderlichen Inhalt der Ausschreibung bestimmen. Die Angaben, welche die Ausschreibung enthalten muss, sind zwar mannigfaltig (vgl. Art. 16/18 Abs. 4 VoeB und Anhang 4 zur VoeB); sie umfassen aber nicht auch die *Ausschreibungsunterlagen*, mit denen sich die Verordnung in Art. 17 f. besonders und eingehend befasst.

b. Andere Vorschriften beschlagen den *Antrag auf Teilnahme* und das *Angebot*. Nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme an einem selektiven Verfahren und ihre Angebote *schriftlich* (vgl. aber Art. 20 VoeB), *vollständig* und *fristgerecht* (vgl. Art. 19 VoeB¹⁴) einreichen, wobei es zur Einhaltung der Schriftform genügt, wenn ein Antrag auf Teilnahme (nicht aber ein Angebot!) per Telegramm, Telefax oder Telex eingereicht wird. Drei Einzelfragen sind besonders hervorzuheben:

– Die erste Frage betrifft die «*Vollständigkeit*» der *Angebote*. Sie stellt sich namentlich im Zusammenhang mit den Varianten und Teilangeboten (Art. 22 VoeB):

¹⁰ GAUCH, ZSR 114, 1995, I, S. 314.

¹¹ Zum Sonderfall einer «Gesamtpublikation» vgl. Art. 18 Abs. 2 BoeB und Art. 16 Abs. 5/Art. 34 Abs. 3 VoeB.

¹² «Angesichts des Umstandes, dass nur das offene Verfahren den Wettbewerb völlig uneingeschränkt spielen lässt», postulieren GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER (zit. in Anm. 2, S. 56), «das selektive Verfahren mit der gebotenen Zurückhaltung anzuwenden». Dieses Postulat verdient zweifellos Zustimmung, wenn es als solches verstanden wird. Hingegen hat es nicht den Charakter eines Satzes, der die Wahlfreiheit der Auftraggeberin rechtlich einschränkt.

¹³ Über die Anwendung der zitierten Vorschriften auf die «übrigen Beschaffungen» des Bundes (Art. 32 ff. VoeB) vgl. Art. 34 ff. VoeB.

¹⁴ Nach dieser Bestimmung setzt die Auftraggeberin die Fristen «für die Einreichung der Angebote so fest, dass alle Anbieterinnen und Anbieter genügend Zeit zur Prüfung der Unterlagen und zur Ausarbeitung des ... Angebots haben», wobei sie insbesondere «der Komplexität des Auftrages und der Anzahl von Unteraufträgen Rechnung» trägt.

Varianten sind auch im offenen und selektiven Verfahren zulässig, soweit die Ausschreibung nichts anderes bestimmt; sie müssen aber «*zusätzlich zum Gesamtangebot*» eingereicht werden (Art. 22 Abs. 2 VoeB).¹⁵ Soll der Zuschlag ausnahmsweise «nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen» (Art. 21 Abs. 3 BoeB), bleibt naturgemäss kein Platz für Varianten.

Bei *Teilangeboten* kann die Auftraggeberin auf ein Gesamtangebot verzichten, sofern sie dies in der Ausschreibung angekündigt hat (Art. 22 Abs. 3 VoeB).

- Die zweite Frage betrifft den «*Formfehler*». Leidet der Teilnahmeantrag oder das Angebot an einem «wesentlichen Formfehler», so wird der Antrag oder das Angebot vom Verfahren ausgeschlossen (Art. 19 Abs. 3 BoeB).¹⁶ Der Ausdruck «Formfehler» hat dabei einen weiten Sinn, der auch die Verspätung und die Unvollständigkeit umfasst. «*Wesentlich*» ist der Formfehler jedenfalls dann, wenn die Eingabefrist ohne Zutun der Auftraggeberin¹⁷ verpasst oder die erforderliche Schriftform verletzt wurde.

- Die dritte Frage betrifft die *Behandlung der eingereichten Angebote*. Im offenen und im selektiven Verfahren findet zunächst eine formelle Offertöffnung statt (Art. 24 VoeB)¹⁸; alsdann werden die eingereichten Angebote, soweit sie nicht aus dem Verfahren ausscheiden, «in technischer und rechnerischer Hinsicht» bereinigt, so dass sie «objektiv vergleichbar» sind (Art. 25 VoeB). Die Bereinigung erfolgt durch die Auftraggeberin, ohne dass das Bereinigungsverfahren in irgendeiner Weise «formalisiert» wäre, was meines Erachtens ein Mangel ist. Von der Bereinigung zu unterscheiden sind die Offertverhandlungen nach Massgabe des Art. 20 BoeB:

Nach Art. 20 BoeB dürfen «*Verhandlungen*» über die eingereichten Angebote auch im offenen und selektiven Verfahren geführt werden, «sofern in der Ausschreibung darauf hingewiesen» wurde oder «kein Angebot ... als das wirtschaftlich günstigste» erscheint (zu den Einzelheiten vgl. Art. 26 VoeB). Gegen derartige Verhandlungen ist nichts einzuwenden, soweit sie der Präzisierung oder Erläuterung eines eingereichten Angebotes dienen. Möglicher Gegenstand der Offertverhandlungen sollen aber auch die Preise sein, womit dann die Verhandlungen zu Abgebotsrunden werden, wogegen sich erhebliche Bedenken melden.¹⁹ Die bisweilen gehörte Versicherung, wonach die Vergabestellen das Mittel der Abgebotsrunden nur mit der gebotenen Zurückhaltung einsetzen würden, vermag die Bedenken weder zu zerstreuen, noch ist sie glaubwürdig, wenn man das in BR 1996, S. 96 zitierte Gegenbeispiel in Betracht zieht.

c. Wieder andere Bestimmungen betreffen den *Zuschlag* und den *Vertragsabschluss* (vgl. z. B. Art. 21 ff. BoeB/Art. 28 f. VoeB). Vertragsabschluss und Zuschlag sind zu unterscheiden. Der Vertrag darf nicht vor, aber *sofort nach dem Zuschlag* abgeschlossen werden (Art. 22 Abs. 1 BoeB), es sei denn, die im BoeB-Verfahren angerufene Rekurskommission habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Art. 22 Abs. 1/28 Abs. 2 BoeB). Unmassgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Zuschlag veröffentlicht wird (Art.

24 Abs. 2 BoeB/Art. 28 VoeB). Vier Einzelfragen sind besonders hervorzuheben:

- Die erste Frage betrifft die «*Rechtsnatur*» des *Zuschlages*. Sicher ist der Zuschlag ein verwaltungsrechtlicher Entscheid, worin die Vergabebehörde bestimmt, mit wem und mit welchem Inhalt der Beschaffungsvertrag abgeschlossen werden soll. Soweit es sich um eine Vergabe nach BoeB handelt, hat dieser Zuschlag den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Verfügung, die nach Massgabe der Art. 26 ff. BoeB angefochten werden kann (vgl. Art. 29 lit. a BoeB). Für die «übrigen Beschaffungen» des Bundes deklariert dagegen Art. 39 VoeB, dass Vergabeentscheide (unter Einschluss des Zuschlages) keine Verfügungen sind, womit der Ordnungsgeber bezweckt, jegliche Anfechtungsmöglichkeit auszuschliessen.
- Die zweite Frage betrifft den *Widerruf des Zuschlages*. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es der Auftraggeberin gestattet, den erteilten Zuschlag auch dann zu widerrufen (Art. 11 BoeB), wenn es sich um eine Verfügung handelt. Das Widerrufsrecht besteht z. B. gegenüber Anbieterinnen, die Abreden getroffen haben, welche den «wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen» (Art. 11 lit. e BoeB).
- Die dritte Frage betrifft die *Information der nicht berücksichtigten Anbieterinnen*. Auf Gesuch hin muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbieterinnen über die in Art. 23 Abs. 2 BoeB erwähnten Sachverhalte (namentlich auch über die Gründe der Nichtberücksichtigung) Auskunft geben, sofern nicht ein Ausnahmefall nach Art. 23 Abs. 3 BoeB vorliegt. Bei freihändiger Vergabe fasst die Auftraggeberin einen Bericht mit den in Art. 13 Abs. 2 VoeB genannten Angaben.
- Die vierte Frage betrifft den *vorzeitigen Abbruch des Verfahrens*. Unter den in Art. 30 VoeB genannten Voraussetzungen kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren vorzeitig abbrechen, allenfalls nach Wiederholung oder Neuauflage des abgebrochenen Verfahrens.

¹⁵ Zu den Unternehmensvarianten im allgemeinen vgl. HÜRLIMANN, BR 1996, S. 3 ff.

¹⁶ Art. 19 Abs. 3 BoeB enthält eine Muss-, keine blosse Kannvorschrift.

¹⁷ Nach Art. XIII Ziff. 2 des GATT/WTO-Übereinkommens darf einer Anbieterin «kein Nachteil entstehen, wenn ein Angebot bei der in den Vergabeunterlagen angegebenen Stelle nach der vorgeschriebenen Zeit eintrifft, sofern die Verzögerung ausschliesslich dem Verhalten der Beschaffungsstelle zuzuschreiben ist».

¹⁸ Die Modalitäten dieser Offertöffnung differieren je nachdem, ob es um die Vergabe von Bau- oder von anderen Aufträgen geht. Über die Frage, ob es den Anbieterinnen gestattet sei, an der Offertöffnung teilzunehmen, schweigt Art. 24 VoeB sich zwar aus, woraus aber nicht abgeleitet werden darf, Art. 24 VoeB schliesse eine Teilnahme der Anbieterinnen geradezu aus. Unter dem Gesichtspunkt der «Transparenz» (Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB) wäre es sogar *geboten*, die Anbieterinnen zur Offertöffnung einzuladen. Das Argument der «Korruptionsgefahr», das gegen deren Teilnahme vorgebracht wird, spricht meines Erachtens gerade *für* die Teilnahme.

¹⁹ GAUCH, ZSR 114, 1995, I, S. 325 ff.

C. Die Vergabegrundsätze

1. Die **Vergabegrundsätze** befassen sich mit der Frage, welche Anbieterin den Zuschlag erhalten soll. Sie bilden Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.²⁰ Im Vordergrund stehen die folgenden vier Grundsätze²¹:

a. Der erste Grundsatz realisiert *das Vor-Ort-Prinzip*. Danach vergibt die Auftraggeberin den «Auftrag für Leistungen in der Schweiz» nur an eine Anbieterin, welche für ihre Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen «die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen» «am Ort der Leistung» gewährleistet (Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB; weiterführend: Art. 8 Abs. 2 BoeB/Art. 6 VoeB).²²

b. Der zweite Grundsatz zielt auf *die Gleichbehandlung von Mann und Frau auf der Stufe der Anbieterinnen*. Nach diesem Grundsatz vergibt die Auftraggeberin den «Auftrag nur an Anbieter oder Anbieterinnen, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten» (Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB; weiterführend: Art. 8 Abs. 2 BoeB/Art. 6 VoeB).

Der soeben erwähnte Vergabegrundsatz dient mittelbar auch der Durchsetzung des Gleichstellungsgesetzes (GIG). Berücksichtigt man nur den Wortlaut des Gesetzes («Lohngleichheit»), so beschränkt er sich zwar auf die *Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung*. Der Sache nach ist jedoch kaum einzusehen, weshalb die Auftragnehmerinnen des Bundes einzig und allein die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV) gewährleisten sollten, nachdem das Gleichstellungsgesetz *jede* geschlechtsspezifische Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verbietet und sanktioniert. Eine Interpretation, welche die Rechtsordnung als Einheit begreift, kommt vielmehr zum Schluss, dass Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB zwar von der «Lohngleichheit» spricht, in Wirklichkeit aber eine umfassende Gleichstellung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen meint, die sich *insbesondere* in der Lohngleichheit äussert.²³ Diese Auslegung wird bestätigt durch die Botschaft des Bundesrates, wonach Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB «die Gleichbehandlung von Mann und Frau, *vor allem* im Bereich der Lohngleichheit», sicherstellen soll.²⁴

c. Der dritte Grundsatz betrifft *die leistungsbezogene Eignung der Anbieterinnen*. Den Zuschlag erhält nur, wer zur Ausführung des geplanten Auftrages überhaupt geeignet ist! Dieser Grundsatz wird zwar weder im BoeB noch in der VoeB *explizit* erwähnt, hier wie dort aber als selbstverständlich vorausgesetzt.²⁵ Deshalb kann die Auftraggeberin von den Anbieterinnen verlangen, dass sie ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachweisen (Art. 9 Abs. 1 BoeB). «Sie gibt die *Eignungskriterien* und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt» (Art. 9 Abs. 2 BoeB). Insbesondere kann sie die in Anhang 3 zur Verordnung genannten Unterlagen erheben und einsehen, um die Eignung der Anbieterinnen nachzu-

prüfen (Art. 9 VoeB). Im einzelnen sind zwei Punkte hervorzuheben:

– Zur Vereinfachung und zur Rationalisierung des Vergabeverfahrens ist es der Auftraggeberin freigestellt (nicht aber vorgeschrieben), ein vom konkreten Vergabefall getrenntes (somit abstraktes) «*Prüfungssystem*» einzurichten und Anbieterinnen, welche bestimmte Eignungskriterien erfüllen, in ein Verzeichnis aufzunehmen (Art. 10 BoeB; zu den Einzelheiten: Art. 10 f. VoeB). Dieses «Prüfungssystem» erlaubt es, bei der konkreten Eignungsprüfung, die im einzelnen Vergabefall vorzunehmen ist, auf das Verzeichnis abzustellen.

– Im *selektiven Verfahren* erfolgt die konkrete *Eignungsprüfung vor Einreichung des Angebotes*, weshalb die Anbieterinnen zunächst nur einen Antrag auf Teilnahme einreichen (Art. 15 Abs. 2 BoeB). Die Auftraggeberin prüft und entscheidet dann, wer die Eignungskriterien erfüllt und aufgrund der festgestellten Eignung ein Angebot einreichen darf (Art. 15 Abs. 3 BoeB/Art. 12 Abs. 2 und 3 VoeB). Diese Vorwegprüfung der Eignung wird in der Fachsprache des Beschaffungswesens als «Präqualifikation» bezeichnet. Doch ist zu beachten:

Nach Art. 15 Abs. 4 BoeB ist nicht in jedem Falle zwingend, dass die Auftraggeberin *alle* qualifizierten Anbieterinnen zur Angebotsabgabe einlädt. Vielmehr darf sie «die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann». Trotz der Beschränkung muss jedoch «ein wirksamer Wettbewerb» gewährleistet bleiben (Art. 15 Abs. 4 BoeB), weshalb bei gegebener Eignung mindestens drei Anbieterinnen zur Einreichung eines Angebotes einzuladen sind (Art. 12 Abs. 1 VoeB). Bei eingerichtetem «Prüfungssystem» kann die Auftraggeberin die betreffenden Anbieterinnen aus dem geführten Verzeichnis auswählen (Art. 12 Abs. 2 VoeB), muss aber auch andere Anbieterinnen «am Vergabeverfahren teilnehmen lassen, sofern sich die Beschaffung durch die» vorherige «Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögert» (Art. 12 Abs. 3 VoeB).²⁶

d. Der vierte Grundsatz bezieht sich auf das Angebot. Er greift ein, sobald mehrere Anbieterinnen für den Zuschlag in Frage kommen, so dass die Auftraggeberin zwischen mehreren Angeboten auszuwählen hat. Alsdann gilt der Grundsatz, dass *das wirtschaftlich günstigste Angebot* den Zuschlag erhält (Art. 21 Abs. 1 BoeB/Art. 37 VoeB). Vorbehalten bleibt die Vergabe «weitgehend standardisierter Güter», die «auch ausschliesslich nach dem Kriterium

²⁰ Über die Anwendung der einzelnen Grundsätze auf die «übrigen Beschaffungen» des Bundes (Art. 32 ff. VoeB) vgl. Art. 6 f. und 34 ff. VoeB.

²¹ Einlässlich: GAUCH, ZSR 114, 1995, I, S. 320 ff.

²² Kritisch hinterfragend: GAUCH, ZSR 114, 1995, I, S. 324 f.

²³ Vgl. GAUCH, ZSR 114, 1995, I, S. 323; unentschieden: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 84 f.

²⁴ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186.

²⁵ Zutreffend für das offene Verfahren: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 126.

²⁶ Kritisch zur Einschränkung, wonach sich die Beschaffung durch die Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögern darf: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 123.

des niedrigsten Preises erfolgen» kann (Art. 21 Abs. 3 BoeB).²⁷ Welches Angebot das «wirtschaftlich günstigste» ist, entscheidet die Auftraggeberin, nachdem sie die verschiedenen Angebote «in technischer und rechnerischer Hinsicht» so weit bereinigt hat, «dass sie objektiv vergleichbar sind» (Art. 25 VoeB).

- Dass der Zuschlag grundsätzlich nach dem Prinzip des «wirtschaftlich günstigsten Angebotes» erteilt wird, *entspricht der schweizerischen Vergabetradition und ist auch sachlich begründet*. Zwar eröffnet dieses Prinzip einen erheblichen Ermessensspielraum, was aber für eine optimale Beschaffung namentlich von Langzeitgütern unabdingbar ist. Dass damit eine gewisse Missbrauchsgefahr in Kauf genommen wird, lässt sich allerdings nicht bestreiten. Um so wichtiger ist deshalb die in Art. 21 Abs. 2 BoeB enthaltene Regel, wonach die Zuschlagskriterien, nach denen sich das «wirtschaftlich günstigste Angebot» bestimmt, «in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen» sind. Diese Vorschrift vermag die Missbrauchsgefahr zwar nicht zu beseitigen, immerhin aber zu mindern.
- Die *Zuschlagskriterien*, die für die Beurteilung des «günstigsten Angebotes» in Frage kommen, sind mannigfaltig und variieren je nach Auftrag, der vergeben werden soll. Art. 21 Abs. 1 BoeB enthält einen Katalog von Beispielen, indem er die folgenden Kriterien aufzählt: «Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert». Dieser gesetzliche Kriterienkatalog hat keine abschliessende Bedeutung (vgl. das Wort «insbesondere»), macht aber immerhin deutlich, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebotes, abgesehen von den offerierten Vertragspreisen, am Nutzen des Beschaffungsobjektes selbst zu messen ist. Ein fiskalisches Vorteil, der sich für den Staat aus einer Vergabe an schweizerische Unternehmer ergeben kann, ist dementsprechend kein Kriterium, das für die Ermittlung des günstigsten Angebotes berücksichtigt werden darf. Demgegenüber verweist Art. 21 Abs. 1 BoeB ausdrücklich auch auf das Kriterium der Ästhetik, wodurch er ästhetische Aspekte den wirtschaftlichen gleichstellt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Ästhetik sich ausnahmsweise in wirtschaftlichen Nutzen umschlägt oder nicht.
- Hat eine Anbieterin eine zulässige *Variante* offeriert (Art. 22 Abs. 2 VoeB), so ist in die wirtschaftliche Beurteilung der Angebote auch die offerierte Variante einzubeziehen, weshalb das «wirtschaftlich günstigste Angebot» durchaus auch ein Angebot mit Variante sein kann. Bei Anbieterinnen, mit denen *Offertverhandlungen* geführt wurden (Art. 20 BoeB/Art. 26 VoeB), kommt es auf die «endgültigen» (allenfalls geänderten) Angebote an.

2. Die erwähnten vier Grundsätze regeln die Zuschlagsfrage nicht abschliessend, sondern werden ergänzt durch **weitere Regeln**. Dazu gehören insbesondere:

a. Die unausgesprochene, aber selbstverständliche Regel, dass der Zuschlag nur an Anbieterinnen oder für Ange-

bote erfolgen darf, die *im Zeitpunkt des Zuschlages am Verfahren beteiligt* sind. Nicht «zuschlagsberechtigt» sind somit:

- Anbieterinnen, die sich am betreffenden Verfahren überhaupt nicht beteiligt haben;
- Anbieterinnen, die im selektiven Verfahren ein Angebot eingereicht haben, obwohl sie nicht zur Angebotsabgabe eingeladen waren;
- Angebote, die ausserhalb des Verfahrens eingereicht wurden;
- Anbieterinnen oder Angebote, die vom Verfahren ausgeschlossen wurden (Art. 11 und Art. 19 Abs. 3 BoeB).

b. Die Regel, wonach die Auftraggeberin auf die *Gleichbehandlung aller Anbieterinnen* zu achten hat (vgl. Art. 1 Abs. 2 BoeB).²⁸ Diese Regel entspricht dem Grundsatz, dass der Staat auch dann an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden ist, wenn er privatrechtliche Verträge abschliesst, was ihm eine rechtsungleiche Behandlung der privaten Verhandlungspartnerinnen schon aus rechtsstaatlichen Gründen verbietet (vgl. BGE 109 Ib 155). Sie gilt auch gegenüber ausländischen Anbieterinnen (Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB), soweit diese für die Auftragsvergabe berücksichtigt werden müssen (vgl. darüber Art. 4 BoeB und Art. 33 VoeB).

Der Verwirklichung des Gleichbehandlungsprinzips dient mittelbar auch die Vorschrift des Art. 12 Abs. 2 BoeB, der die Auftraggeberin verpflichtet, für ihre technischen Spezifikationen «soweit als möglich» internationale Normen oder national umgesetzte Normen internationalen Charakters zu verwenden. Diese Verpflichtung vermindert die Gefahr, dass bestimmte Anbieterinnen über den Schleichweg der technischen Spezifikation bevorzugt oder benachteiligt werden. Die Wirksamkeit der Vorschrift hängt jedoch weitgehend davon ab, wie die Einschränkung «so weit als möglich» ausgelegt wird. Versteht man das Wort «möglich» auch im Sinne von «zweckmässig» oder «angemessen», so wird der Praktiker fast immer plausible Gründe finden, um die Anwendung von reinen Schweizer Normen zu rechtfertigen.

D. Das Zusammenspiel mit dem Privatrecht

1. Das öffentliche Beschaffungsrecht beschlägt die öffentlich-rechtliche Seite der Vergabe. Daneben gibt es viele **Rechtsfragen, die sich** auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die auf den Abschluss privatrechtlicher Verträge abzielt²⁹, **nach den Regeln des Privatrechts beurteilen**. Dazu gehören unter anderem:

- Die Frage, *ob ein eingereichtes Angebot rechtswirksam und damit «annahmefähig» ist*. Zum Beispiel hat der

²⁷ Dieser Vorbehalt muss vernünftigerweise auch für die Beschaffung ausserhalb des BoeB gelten, obwohl er in Art. 37 VoeB nicht wiederholt wird.

²⁸ Einzelheiten bei GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 60 ff.

²⁹ Die Möglichkeit, dass es sich bei einem abzuschliessenden Vertrag ausnahmsweise um einen Vertrag des öffentlichen Rechts handeln könnte,

- blosse Umstand, dass ein eingereichtes Angebot eine «Formvorschrift» des Art. 19 Abs. 1 BoeB verletzt, keinen Einfluss auf seine privatrechtliche Wirksamkeit. Das gilt unbekümmert darum, ob ein Ausschlussgrund im Sinne des Art. 19 Abs. 3 BoeB vorliegt oder nicht. Wird das Angebot von der Auftraggeberin (rechtzeitig) angenommen, so kommt der Vertrag mit der Anbieterin auch dann zustande, wenn die Auftraggeberin gegen Art. 19 Abs. 3 BoeB verstösst.³⁰
- Die Frage, *wie lange die Bindung der Anbieterin an ihr Angebot dauert*. Die Dauer der Annahmefrist beurteilt sich auch dann nach Privatrecht, wenn die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festlegt, «wie lange die Anbieter und Anbieterinnen an ihr Angebot gebunden sind» (Art. 18 Abs. 2 VoeB). Diese vorgeformte Bindefrist wird zwar zur stillschweigend angesetzten Annahmefrist (Art. 3 Abs. 1 OR), falls die Anbieterin ihr Angebot einreicht, ohne diesbezüglich etwas anderes zu bestimmen. Weicht aber die Fristansetzung im Angebot von der Bindefrist der Ausschreibungsunterlagen ab, so gilt die im Angebot gesetzte (abweichende) Annahmefrist, mag dies auch dazu führen, dass die Auftraggeberin das Angebot vom weiteren Verfahren ausschliesst.
Die ursprünglich angesetzte Annahmefrist kann von der Anbieterin (und nur von ihr!) im Laufe des Vergabeverfahrens verlängert werden. Jede Verlängerung setzt aber eine entsprechende (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung der Anbieterin voraus. So ist die blosse Tatsache, dass es zu Offertverhandlungen im Sinne der Art. 20 BoeB/Art. 26 VoeB kommt, für sich allein noch kein Grund, der eine Verlängerung der Annahmefrist bewirkt. Dasselbe gilt für den Umstand, dass sich das Vergabeverfahren verzögert, weil einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Geht die Annahmefrist für ein Angebot zu Ende, so wird die betreffende Anbieterin von der Bindung an ihr Angebot auch dann befreit, wenn darüber verhandelt wurde oder sich das Vergabeverfahren infolge der aufschiebenden Beschwerdewirkung verzögert hat.
 - Die Frage, *ob und wie lange ein eingereichtes Angebot wirksam widerrufen werden kann*. Auch sie beurteilt sich nach Privatrecht. Insbesondere gilt die Regel des Art. 9 Abs. 1 OR auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.
Art. 9 Abs. 1 OR greift unter anderem ein, wenn die Anbieterin den Widerruf der Auftraggeberin zur Kenntnis bringt, bevor diese vom Inhalt des eingereichten Angebotes (z. B. bei einer Offertöffnung nach Art. 24 VoeB) Kenntnis nimmt. Alsdann ist das widerrufenes Angebot wirkungslos. Daran vermag weder die Bindefrist der Ausschreibungsunterlagen (Art. 18 Abs. 2 VoeB) noch die Tatsache etwas zu ändern, dass die Bindefrist durch eine vorbehaltlose Einreichung des Angebotes als Bestandteil des Antrages übernommen wurde. Das versteht sich schon deswegen, weil ein nach Art. 9 Abs. 1 OR widerrufenes Angebot «als nicht geschehen zu betrachten» ist.³¹
 - Die Frage, *ob ein gültiger Beschaffungsvertrag mit einer Anbieterin zustande gekommen ist*. Diesbezüglich steht ausser Zweifel, dass sämtliche Gründe, die einen Vertrag nach dem anwendbaren Privatrecht ungültig (allenfalls einseitig unverbindlich) machen, im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ebenfalls greifen. Das gilt auch für die *Verletzung einer gesetzlichen Formvorschrift*, von deren Beobachtung die Gültigkeit des betreffenden Vertrages abhängt (Art. 11 Abs. 2 OR). Mit Rücksicht darauf stellt sich die Frage nach der rechtlichen Bedeutung, die der Bestimmung des Art. 29 VoeB zukommt.
Nach Art. 29 VoeB «schliesst» die Auftraggeberin «die Verträge schriftlich» (Abs. 1), kann aber «bei Beschaffungen von Gütern an der Warenbörse ... auf die Schriftform verzichten» (Abs. 2). Diese Bestimmung ist ihrem Wesen nach eine interne Dienstanweisung, die verlangt, dass die Vertragserklärung der Auftraggeberin in Schriftform³² abgegeben wird (Abs. 1), sofern nicht ein Ausnahmefall nach Abs. 2 vorliegt. Hingegen enthält Art. 29 Abs. 1 VoeB keine gesetzliche Formvorschrift (Art. 11 OR), welche die Gültigkeit des Vertrages von der Einhaltung einer bestimmten Form (allenfalls gar von der beidseitigen Unterzeichnung einer Vertragsurkunde) abhängig macht.³³ Ebenso wenig begründet er eine Vermutung nach Art. 16 Abs. 1 OR.³⁴
 - Die Frage, *ob ein gültig zustandegekommener Beschaffungsvertrag fort dauert*. Nach schweizerischem Obligationenrecht ist z. B. der blosse Widerruf des Zuschlages

³⁰ So auch GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 109 f.

³¹ Hat die Anbieterin ihr Angebot durch eine Offertänderung widerrufen, so wird das widerrufenes Angebot durch die geänderte Offerte ersetzt. Für die Frage, ob diese Offerte «fristgerecht» eingereicht wurde (Art. 19 Abs. 1 BoeB), kommt es auf den Zugang der Änderungserklärung an.

³² Gemeint ist «schriftlich» und «unterschriftlich».

³³ Das folgt auch daraus, dass nach Art. 11 Abs. 1 OR ein Formzwang nur durch *Gesetz* begründet werden kann (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Zürich 1995, Nr. 492). Im Ergebnis gleich: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 109.

³⁴ Nach Art. 16 Abs. 1 OR wird zwar vermutet, «dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen», falls «die Anwendung einer solchen vorbehalten» wurde. Diese (widerlegbare) Vermutung setzt jedoch voraus, dass die Parteien sich auf die Verwendung einer bestimmten Form durch vertragliche Abrede geeinigt haben. An einer solchen Formabrede aber fehlt es. Denn die Dienstanweisung des Art. 29 Abs. 1 VoeB, die sich an die Auftraggeberin richtet, ist keine Abrede: weder aus sich heraus noch in Kombination mit der Offerteinreichung. Selbst wenn die Anbieterin ihr Angebot in Kenntnis des Art. 29 Abs. 1 VoeB eingereicht hat, kann ohne Strapazierung der Geschäftslehre nicht angenommen werden, dass eine vertragliche Formabrede zustandekam, worin die Einhaltung der Schriftform durch übereinstimmende Willenserklärungen vereinbart wurde. Dazu kommt, dass Art. 16 Abs. 1 OR sich auf die Form des *Vertrages* bezieht, während Art. 29 Abs. 1 VoeB nur und gerade die Vertragserklärung der Auftraggeberin betrifft, weshalb Art. 16 Abs. 1 OR (wenn überhaupt) nur sinngemäss zur Anwendung käme. Bei sinngemässer Anwendung spräche die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR gegen einen vertraglichen Verpflichtungswillen der Auftraggeberin, solange sie keine *schriftliche* Vertragserklärung abgegeben hat.

³⁵ Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Schadenersatzpflicht allerdings herabgesetzt werden oder völlig entfallen. Vgl. darüber GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Nr. 554 und Nr. 567 ff.; der-

(Art. 11 BoeB) kein Grund, der den abgeschlossenen Vertrag beseitigt. Dasselbe gilt für eine erfolgreiche Anfechtung des Zuschlages (Art. 29 lit. a BoeB). Erweist sich die Beschwerde als begründet, wurde der Vertrag aber bereits abgeschlossen, «so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt» (Art. 32 Abs. 2 BoeB). Doch bleibt zu beachten:

Der bereits abgeschlossene Vertrag kann im Einzelfall an einem privatrechtlichen Ungültigkeitsmangel leiden oder nach Massgabe der privatrechtlichen Regeln aufgelöst werden. Handelt es sich um einen Werkvertrag (Art. 363 OR) oder um einen einfachen Auftrag (Art. 394 OR), so verfügt die Auftraggeberin sogar über ein voraussetzungsloses Auflösungsrecht (Art. 377 OR/Art. 404 OR). Macht sie aber von diesem Recht Gebrauch, so hat sie dem Werkunternehmer grundsätzlich das volle Erfüllungsinteresse (Art. 377 OR) oder dem Beauftragten das negative Interesse zu ersetzen, wenn (im zweiten Fall) der einfache Auftrag zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 404 Abs. 2 OR).³⁵

2. Schon die erwähnten Rechtsfragen demonstrieren, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht ausschliesslich dem öffentlichen, sondern auch dem privaten Recht untersteht. Dieses Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht reicht über das bereits Gesagte hinaus und beherrscht **das gesamte Verhältnis zwischen der Auftraggeberin und einer Anbieterin**, die sich am konkreten Vergabeverfahren beteiligt. So verhält es sich auch beim offenen und selektiven Submissionsverfahren, das durch eine Ausschreibung eröffnet wird. Zwar gehört es zur Eigenart der Submission, dass die ausschreibende Auftraggeberin gleichzeitig mehrere Angebotsfirmen in einem geordneten Verfahren um den Vertragsabschluss wetteifern lässt. Das aber ändert nichts daran, dass die Auftraggeberin, welche die Submission veranstaltet, mit jeder Angebotsfirma in ein *Verhandlungsverhältnis* tritt.

- Das soeben erwähnte *Verhandlungsverhältnis* (das Submissionsverhältnis) ist einerseits ein *Rechtsverhältnis des privaten Rechts*: ein Vertrauensverhältnis (Treueverhältnis), das die daran Beteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verpflichtet und dessen Verletzung (etwa die Verletzung der Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln) zu einer privatrechtlichen Culpa-Haftung der Auftraggeberin oder einer Angebotsfirma führen kann.³⁶ Andererseits enthält das neue Beschaffungsrecht verschiedene Bestimmungen, die zweifellos den Charakter öffentlicher Rechtssätze haben. Diese Bestimmungen ergänzen das privatrechtliche Submissionsverhältnis, so dass das Gesamtverhältnis zwischen Angebotsfirma und Auftraggeberin vom privaten und vom öffentlichen Recht beherrscht wird.³⁷ Darin äussert sich die Interdependenz der beiden Rechtsgebiete, die nicht zusammenhangslos «nebeneinander» stehen, sondern funktional ineinandergreifen.
- Die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts ist also kein Grund, der eine *privatrechtliche Culpa-Haftung der Auftraggeberin* ganz oder teilweise (etwa bei

Schäden aus rechtswidrigen Verfügungen) ausschliesst. Das gilt auch bei Beschaffungen, die dem BoeB unterstehen. Bei derartigen Beschaffungen kann der privatrechtliche Culpa-Anspruch einer Anbieterin mit dem öffentlich-rechtlichen Deliktsanspruch konkurrieren, den die Art. 34/35 BoeB einer geschädigten Anbieterin gewähren.³⁸

Bestand und Umfang des erwähnten Deliktsanspruchs beurteilen sich nach den Bestimmungen der Art. 34 f. BoeB.³⁹ Die privatrechtliche Culpa-Haftung dagegen begründet einen Ersatzanspruch «eigener Art» (BGE 120 II 336), der durch das Privatrecht beherrscht wird, was jedoch nicht besagt, dass dem öffentlichen Beschaffungsrecht diesbezüglich überhaupt keine Bedeutung zukommt. Vielmehr dürfen die Anbieterinnen darauf vertrauen, dass sich die Auftraggeberin bei der Durchführung des Vergabeverfahrens (namentlich auch beim Zuschlag) an die Regeln des anwendbaren Beschaffungsgesetzes und/oder der Verordnung hält, weshalb das für die Culpa-Haftung relevante Vertrauensverhältnis durch die einschlägigen Regeln des Gesetzes und der Verordnung inhaltlich konkretisiert und näher ausgestaltet wird. Auch auf diese Weise wirken öffentliches und privates Recht zusammen.

3. Das Gesagte bedarf einer abschliessenden **Präzisierung**, was die privatrechtliche Seite der Vergabe angeht. Diesbezüglich habe ich auf das *schweizerische Obligationenrecht* abgestellt, das im Normalfall anwendbar ist. Möglich ist aber auch, dass im Einzelfall einschlägige Bestimmungen ausserhalb des Obligationenrechts, namentlich des Wiener Kaufrechts, eingreifen oder dass nach Massgabe des Internationalen Privatrechts die Grundsätze ausländischen Rechts zur Anwendung kommen. Etwas anderes ergibt sich weder aus der «Natur» der öffentlichen Aufträge noch aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes.

³⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 33, Nr. 948 ff./962 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 471/489 ff., und ZSR 114, 1995, I, S. 334; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 88.

³⁷ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 485, und ZSR 114, 1995, I, S. 334 f.

³⁸ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 508. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn man annehmen wollte, das BoeB regle die Schadenersatzansprüche der betreffenden Anbieterinnen abschliessend, auch unter Ausschluss privatrechtlicher Ansprüche aus «culpa in contrahendo», was meines Erachtens aber nicht zutrifft (vgl. GAUCH, ZSR 114, 1995, I, S. 335 f., mit eingehender Begründung; anders: ULRICH, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure, in: KOLLER A. (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, S. 159). Dass für die Beurteilung der konkurrierenden Ansprüche je andere Behörden zuständig sind, verkompliziert zwar die Rechtslage, was jedoch als Inkonvenienz hinzunehmen ist, will man die materiellen Rechtsansprüche der Bürgerinnen und Bürger nicht an der Zuständigkeitsordnung scheitern lassen.

³⁹ Danach hat eine Anbieterin, die durch eine rechtswidrige Verfügung geschädigt wurde, Anspruch auf Ersatz des Schadens (Art. 34 Abs. 1 BoeB). Dieser Haftungsanspruch, über den in einem besonderen Verfahren entschieden wird (Art. 35 Abs. 1 und 2 BoeB), beschränkt sich jedoch auf den Ersatz von «Aufwendungen», die der Anbieterin «im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren entstanden sind», und setzt ausserdem voraus, dass die Rechtswidrigkeit der Verfügung von der Rekurskommission festgestellt wurde (Art. 34 Abs. 1 BoeB).