

Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften SGVW
Frühlingstagung vom Mittwoch, 28. März 2007 in Basel
Das Öffentliche Beschaffungswesen im Wandel

**„Verträge für öffentliche Beschaffungen –
was Anbieter und Vergabestellen wissen müssen“**

von Lukas Polivka, Basel

1. Einleitung

Wenn man sich Gedanken zu den Verträgen für öffentliche Beschaffungen und zu dem macht, was für Anbieter und Vergabestelle wissenswert sein könnte, macht es Sinn, sich zunächst zu vergegenwärtigen, welches die Grundlagen für das Zustandekommen und die inhaltliche Ausgestaltung eines Vertrages sind.

Nach der Legaldefinition von Art. 1 OR sind für den Abschluss eines (privatrechtlichen) Vertrages die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerungen der Parteien erforderlich, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen können. Diese übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerungen werden rechtstheoretisch in Antrag und Annahme bzw. Offerte und Akzept „zerlegt“. Die Annahmeerklärung nimmt jeweils Bezug auf einen konkreten Antrag und hat als Gestaltungsrecht unbedingt ausgeübt zu werden. Dies bedeutet zum einen, dass eine Annahme unter Bedingungen keine Annahme im Rechtssinne darstellt, sondern ihrerseits als Offerte an die andere Partei zu qualifizieren ist, die von dieser akzeptiert werden kann. Zum anderen, und dies ist im Hinblick auf die Verträge für öffentliche Beschaffungen von Interesse, enthält die Offerte alle wesentlichen Punkte eines Vertrages und ist in diesem Sinne für die Ausgestaltung des konkreten Inhalts des Vertrages die massgebende Willensäußerung.¹

Nebst diesem idealtypischen Beschrieb des Vertragsabschlusses ist für das schweizerische Vertragsrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit von massgebender Bedeutung.² Dieser Grundsatz kennt verschiedene Ausprägungen. Im Zusammenhang mit Verträgen für öffentliche Beschaffungen sind insofern vor allem die Partnerwahlfreiheit und die Inhaltsfreiheit von Interesse. Aufgrund der Partnerwahlfreiheit ist eine Partei frei, sich den ihr passenden Vertragspartner auszuwählen. Die Inhaltsfreiheit berechtigt die Vertragsparteien, den Inhalt des Vertrages nach ihrem Belieben auszugestalten.³

¹ Vgl. zum Ganzen: Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003, N. 286 ff.

² Vgl. zur Vertragsfreiheit und ihrer Bedeutung: Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O., N. 611a ff.

³ Selbstverständlich kann die Inhaltsfreiheit keine uneingeschränkte Bedeutung beanspruchen. Ihr sind namentlich durch Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 20 Abs. 1 OR rechtliche Schranken gesetzt (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O., N. 629 ff.).

Wendet man den Blick von dieser rechtstheoretischen Ausgangslage auf das wirkliche Leben, so zeigt sich, dass die in der Theorie klar und einfach strukturierte Vorgabe des Vertragsabschlusses mit Angebot und Annahme in der Wirklichkeit oftmals einem ziemlich komplexen, interaktiven Vorgang zwischen den Parteien Platz machen muss. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn nicht (nur) standardisierte Leistungen oder Produkte Gegenstände des Vertrages bilden. Bei komplexeren Vertragsverhältnissen ist die Nachfragerin oder der Nachfrager regelmässig auch auf das Fachwissen des Anbieters angewiesen. Der Vertrag und dessen Inhalt wird von den Parteien gemeinsam „erarbeitet“, wofür ihnen die Vertragsverhandlungen zur Verfügung stehen. Bezüglich des durch den Verhandlungsprozess angestrebten Produkts, nämlich des von den Parteien gewünschten Vertrages lässt sich oftmals kaum mehr klar zwischen Angebot und Annahme bzw. zwischen anbietender und annehmender Partei unterscheiden. Bei alledem kann im Zusammenhang mit der Wirklichkeit der Hinweis nicht fehlen, dass die Vertragsfreiheit nicht nur an rechtliche, sondern auch an faktische Grenzen stösst. Insofern spielt namentlich die Verhandlungs- bzw. Marktmacht einer Partei eine Rolle, die es ihr ermöglicht, den Vertragsinhalt zu diktieren und damit die „Vertragsparität“ der Parteien aufzuheben.⁴

2. Der Vertragsabschluss bei Verträgen für öffentliche Beschaffungen

2.1 Die Bedeutung des Vergabeverfahrens für öffentliche Beschaffungen

Eine öffentliche Beschaffung liegt dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt. Mit anderem Worten geht es bei den Verträgen über die öffentliche Beschaffung jeweils um Rechtsgeschäfte, mit welchen sich die öffentliche Hand gegen entsprechende Bezahlung die für ihre Tätigkeit benötigten Sachmittel und Leistungen beschafft.⁵

Das Vergaberecht als öffentliches Recht bezweckt die Regelung der öffentlichen Beschaffungen mit dem Ziel, dass diese den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung der Anbieter sowie der Transparenz genügen.⁶ Das Vergaberecht führt somit dazu, dass die öffentliche Hand im Bereiche der Beschaffung, anders als dies aufgrund allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsätze der Fall wäre, über keine Partnerwahlfreiheit verfügt. Vielmehr ist der Vertragspartner mittels Durchführung des gesetzlich vorgeschriebenen Vergabeverfahrens zu bestimmen. Dabei erfolgt die Auswahl mittels Zuschlag, bei welchem es sich um eine öffentlichrechtliche Verfügung handelt und mit welchem das Vergabeverfahren abgeschlossen wird.

⁴ Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, a.a.O., N. 622 f.

⁵ Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N. 96

⁶ Vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004; N. 209 ff.

Die dargestellte Zielvorgabe des Vergabeverfahrens bringt es zwangsläufig mit sich, dass ein allgemeines Auswahl- und Abschlussverbot zulasten der öffentlichen Hand den Kern bzw. den Ausgangspunkt des öffentlichen Vergaberechts bildet.⁷ Dieses Auswahl- und Abschlussverbot kann und muss die öffentliche Hand (nur) mittels Durchführung einer Submission überwinden.⁸ Mit der korrekten Durchführung des Vergabeverfahrens und mit dem in diesem Rahmen erfolgten – rechtskräftigen – Zuschlag verschafft sich die öffentliche Hand die Abschlusserlaubnis. Dies gilt jedoch, wiederum dem Zweck des Vergaberechts folgend, nicht generell, sondern ist in sachlicher Hinsicht und bezüglich der Person des Vertragspartners nach Massgabe der Ausschreibung, der Vergabeunterlagen, des Angebots des Zuschlagsempfängers und der Zuschlagsverfügung beschränkt.⁹

2.2 *Konsequenzen für den Abschluss des Vertrags für öffentliche Beschaffungen*

2.2.1 Zuschlag bedeutet nicht Vertragsabschluss

Wie soeben dargestellt wird das Vergabeverfahren mit dem rechtskräftigen Zuschlag abgeschlossen. Die Vergabestelle verfügt damit über die von ihr angestrebte Abschlusserlaubnis im beschriebenen Sinn. Der eigentliche Beschaffungsvertrag ist damit aber noch nicht zustande gekommen, da nach schweizerischem Recht dem Zuschlag keine vertragsabschliessende Wirkung zukommt.¹⁰ Insbesondere enthält der vergaberechtliche Zuschlag keine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung, mit welcher das Angebot des Zuschlagsempfängers akzeptiert würde. Zuschlag und Vertragsabschluss sind somit klar zu trennen. Dies ist auch deshalb angezeigt, basiert das Vergabeverfahren und der in diesem Rahmen resultierende Zuschlag doch auf öffentlichrechtlicher Grundlage, wogegen der eigentliche Beschaffungsvertrag dem Privatrecht untersteht.^{11/12}

2.2.2 Vertragsabschluss setzt die rechtsgeschäftliche Willenseinigung der Parteien voraus

Der Zuschlag stellt somit alleine und immerhin die notwendige vergaberechtliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages für öffentliche Beschaffungen dar. Dafür, dass der Beschaffungsvertrag aber zustande kommt, bedarf es der gesonderten

⁷ Beyeler, a.a.O. N. 271 f.

⁸ Beyeler, a.a.O., N. 274 ff. bezeichnet diese Konstellation, in welcher die Submission anstelle der freien Auswahl tritt, als Submissionsgrundsatz.

⁹ Beyeler, a.a.O., N. 273; Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (eine Reprise), in: BR/DC 1/2003, S. 4 f.

¹⁰ Gauch, Reprise, a.a.O., S. 4, der auf die andere Rechtslage in Deutschland und Österreich hinweist.

¹¹ BGE 125 I 209 E. 6b; Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 529; Gauch, Reprise, a.a.O., S. 4

¹² Beyeler, a.a.O., N. 31. ff. weist zutreffend darauf hin, dass alle Beschaffungen – ob öffentliche oder private – gleichartige ökonomische Vorgegebenheiten aufweisen, vergleichbaren Zielen folgen und bei den beteiligten Parteien weitgehend übereinstimmende Interessenlagen evozieren.

rechtsgeschäftlichen Willenseinigung i.S.v. Art. 1 OR. In der Regel geschieht dies in der Weise, dass das Gemeinwesen das Angebot des Zuschlagempfinders durch eine separate Erklärung annimmt, mit welcher sie ihrem auf den Vertragsabschluss gerichteten Geschäftswillen Ausdruck verleiht. Diese Möglichkeit der „einseitigen“ Annahme hat das Gemeinwesen dann, wenn die Annahmefrist zum Zeitpunkt des Akzepts noch nicht abgelaufen ist. Die Bindungsfrist der Offertsteller sollte regelmässig in der Ausschreibung festgehalten werden. Dabei gehört es zu einer seriösen Planung, dass die Vergabestelle bei der Festsetzung der Bindungsfrist auch die Möglichkeit der Anfechtung des Zuschlages in Betracht zieht.¹³ Tut die Vergabestelle dies nicht, und läuft die Bindungsfrist während eines Rekursverfahrens ab, ist der Offertsteller nicht mehr an sein Angebot gebunden.¹⁴ Ist die Bindung des Zuschlagempfinders aufgrund des Ablaufs der Annahmefrist entfallen, reicht die Annahme der Vergabestelle für das Zustandekommen des Vertrages nicht, sondern es bedarf auch einer Erneuerung der Vertragserklärung seitens des Zuschlagempfinders.¹⁵

2.2.3 Keine Kontrahierungspflicht der Vergabestelle / Haftung aus culpa in contrahendo

Eine weitere Konsequenz des Umstandes, dass der rechtskräftige Zuschlag die Vergabestelle lediglich zum Vertragsabschluss berechtigt, ist, dass keine Verpflichtung der öffentlichen Hand zum Vertragsabschluss besteht. Aus dem Zuschlag resultiert keine Kontrahierungspflicht der öffentlichen Hand. Mit anderen Worten hat der Zuschlagempfinder keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle mit ihr den Beschaffungsvertrag abschliesst. Vielmehr beschränkt sich der Anspruch des Zuschlagempfinders darauf, dass die Vergabestelle den Vertrag nicht mit einem Dritten eingeht.¹⁶ Diese Ausgangslage ergibt sich auch aufgrund der Tatsache, dass die Planungsfreiheit der öffentlichen Hand durch das Vergaberecht grundsätzlich nicht tangiert wird, ja mit Blick auf den vergaberechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht tangiert werden darf.¹⁷ Es wäre mit dem Gesichtspunkt des Erfordernisses des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln nicht vereinbar, wenn ein Gemeinwesen, nur weil ein Vergabeverfahren mit dem rechtskräftigen Zuschlag abgeschlossen worden ist, gezwungen würde, eine Leistung „einzukaufen“, die sie gar nicht (mehr) benötigt. Die öffentliche Hand ist insofern nicht anders zu stellen als ein Privater, dem es unbenommen ist, eine Offerte zu akzeptieren oder nicht. Diese Parallelität rechtfertigt es aber auch, dass der durch einen definitiven Verzicht des Gemeinwesens enttäuschte Zuschlagempfinder unter den gleichen Voraussetzungen einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann wie im Verhältnis zweier Privater, welchen aus dem bestehenden Vertragsverhandlungsverhältnis eine Verpflichtung zum Verhalten nach

¹³ Entscheid der BRK vom 30. August 2000 (013/2000), in: BR/DC 4/2001, S. 155, Nr. S38

¹⁴ Eine andere Auffassung hat das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden in seiner Entscheid vom 22. August 1996, in: BR/DC 4/1997, S. 122, Nr. 306, vertreten.

¹⁵ Gauch, Reprise, a.a.O., S. 4

¹⁶ BGE 129 I 410 E. 3.4 (2P.155/2003); Beyeler, a.a.O., N. 372 ff.

¹⁷ Vgl. Beyeler, a.a.O., N. 97 ff.

Treu und Glauben erwächst. Auch beim Vergabeverhältnis handelt es sich um ein Verhandlungsverhältnis. Bezüglich Haftung kann es demgemäss aber – mangels Zustandekommen eines Vertrages – nicht um einen vertraglichen Anspruch gehen, sondern es hat die Haftung aus culpa in contrahendo zur Anwendung zu gelangen.¹⁸ Von einer solchen Haftung ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Vergabestelle bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt die fehlende Notwendigkeit der Beschaffung schon zum Zeitpunkt der Ausschreibung hätte erkennen können.¹⁹ Die Haftung aus culpa in contrahendo gibt dem Berechtigten grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens, das heisst auf Ersatz derjenigen Aufwendungen, die er im Hinblick auf das von der Gegenpartei erweckte, berechnete Vertrauen getätigt hat.

2.3 *Vertragsabschluss ohne Zuschlag oder mit einer anderen Partei als dem Zuschlagsempfänger*

2.3.1 Allgemeines

Da das Gemeinwesen für Verträge, welche in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, ein Abschlussverbot trifft, welches sie zunächst mit dem rechtskräftigen Zuschlag und der daraus resultierenden (beschränkten) Abschlusserlaubnis beseitigen müssen, erweist sich ein Vertragsabschluss ohne Vorliegen eines Zuschlages oder – im Falles Vorliegen des Zuschlages – mit einer anderen Person als dem Zuschlagsempfänger als verbots- und damit rechtswidrig.²⁰

2.3.2 Zeitpunkt des Eintritts der Erlaubniswirkung

Mit Blick auf diese Ausgangslage ist es namentlich für das Gemeinwesen von besonderer Bedeutung zu wissen, wann die Erlaubniswirkung des Zuschlages eintritt. Dass diese Wirkung nicht sofort mit dem Zuschlag erfolgt, sollte sich mit Blick auf die Anfechtbarkeit des Zuschlages ohne weiteres verstehen. Insofern hat die BRK für diejenigen Fälle, die dem Beschwerderecht des BoeB unterstehen, entschieden, dass die Abschlusserlaubnis erst dann eintritt, wenn die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist oder wenn feststeht, dass allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung versagt bleibt oder alle Beschwerde mit aufschiebender Wirkung abgewiesen worden sind.²¹ Diese Auffassung wird auch in der Lehre unterstützt und – unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlichen Bestimmungen – als allgemein

¹⁸ Vgl. zum Ganzen: Beyeler; a.a.O., N. 720 ff.

¹⁹ Vgl. für den Fall des Verfahrensabbruchs nach treuwidriger Einleitung eines Vergabeverfahrens: Entscheid der BRK vom 16. November 2001 (005/2001), in: BR/DC 2/2002, S. 70, Nr. S5

²⁰ Gauch, Reprise, a.a.O., S. 4 f.

²¹ Entscheid der BRK vom 6. Februar 1998 (019/1997), in: BR/DC 2/1998, S. 51, Nr. 173

massgebend erachtet.²² Eine Ausnahme vom Verbot des Vertragsabschlusses vor dem Entscheid über die aufschiebender Wirkung der Beschwerde wird in Fällen besonderer Dringlichkeit anerkannt. Diese Dringlichkeit ist von der Vergabestelle darzutun und sich kann sich nicht auf ihre eigene, unzureichende Planung berufen, in deren Rahmen sie die zeitliche Dimension möglicher Beschwerdeverfahren berücksichtigen müsste. Vielmehr muss sich die Dringlichkeit aus äusseren Umständen ergeben und sie muss einen qualifizierten, notstandsähnlichen Charakter aufweisen.²³

2.3.3 Erlaubniswirkung verhindert Aufhebung des Zuschlags / Schadenersatz

Ist die Erlaubniswirkung im Sinne der vorstehenden Ausführungen eingetreten und in deren Zuge ein Beschaffungsvertrag abgeschlossen worden, kann der Zuschlag auch im Falle einer begründeten Beschwerde nicht mehr aufgehoben werden. Vielmehr wird lediglich die Rechtswidrigkeit des Zuschlages festgestellt.²⁴ Diesfalls versagt der sog. primäre Rechtsschutz, mit welcher der Zuschlag an die „richtige“ Partei gewährleistet werden soll, und der Beschwerdeführer ist auf den sog. sekundären Rechtsschutz, das heisst auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch verwiesen.²⁵

Für die Geltendmachung und dem Umfang des Schadenersatzanspruchs ist die jeweils anwendbare gesetzliche Regelung massgebend. Im Anwendungsbereich des BoeB gilt ein zweistufiges Verfahren. In einem ersten Verfahren ist die Rechtswidrigkeit des Zuschlages festzustellen und daran anschliessend in einem zweiten Verfahren der Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Zahlreiche kantonale Regelungen lehnen sich an die Bestimmungen von Art. 43 Abs. 2 BoeB an und kennen eine vergleichbare Bestimmungen, wobei teilweise ein zweistufiges, vereinzelt aber auch ein einstufiges Verfahren zur Anwendung gelangen.²⁶ Der Umfang des Schadenersatzanspruchs ist in aller Regel auf den Ersatz der nutzlosen Aufwendungen, das heisst des sog. Frustrationschadens beschränkt. Zudem wird verlangt, dass der Anbieter eine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hat. Der Anbieter muss hingegen nicht nachweisen, dass er den Zuschlag ohne den Rechtsfehler der Vergabestelle erhalten hätte.²⁷ Schliesslich kann nur derjenige Anbieter Schadenersatz verlangen, der ein Beschwerdeverfahren angestrengt und einen Entscheid erwirkt hat, mit welchem die Rechtswidrigkeit des Zuschlages festgestellt worden ist.²⁸ Dabei wird vom Anbieter im Sinne der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht verlangt, dass er im Beschwerdeverfahren

²² Gauch, Reprise, a.a.O., S. 5; a.M. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 20. April 1999, in: BR/DC 4/1999, S. 145, Nr. S43

²³ Entscheid der BRK vom 16. November 2001 (014/2001), in: BR/DC 2/2002, S. 73, Nr. S7

²⁴ Vgl. Art. 32 Abs. 2 BoeB und Art. 18 Abs. 2 IVöB

²⁵ Vgl. Art. 34 BoeB

²⁶ Vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 706 ff.

²⁷ Entscheid des EFD vom 27. Juni 2000, in: BR/DC 2/2002, S. 73, Nr. S8, Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 1999, in: BR/DC 2/2002, S. 80, Nr. S31

²⁸ BGE vom 31. Januar 2002 (2P.218/2001), E. 3.4

zumindest den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hat, um damit den zur Diskussion stehenden Schadenseintritt zu vermeiden.²⁹

2.3.4 Führt die fehlende Erlaubniswirkung zur Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrages?

Wenn die eingetretene Erlaubniswirkung die Aufhebung des Zuschlages ausschliesst, stellt sich weiter die Frage, welche Auswirkung die fehlende Erlaubniswirkung auf einen von der Vergabestelle abgeschlossenen Vertrag hat. Insofern bestehen in der Rechtsprechung und in der Lehre verschiedene Auffassungen und die Rechtsfrage muss als umstritten gelten.

Die BRK hat schon früh erwogen, dass ein Vertragsabschluss vor dem Eintritt der Erlaubniswirkung als nichtig zu betrachten ist, wenn sich der Zuschlag im Rechtsmittelverfahren als unrechtmässig erweist. Zeigt hingegen das Rechtsmittelverfahren, dass der Zuschlagsentscheid einwandfrei erfolgt ist, rechtfertigt sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht, wenn der Vertrag verfrüht mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen worden ist.³⁰

In der Lehre hat vor allem Peter Gauch der Rechtsfolge der Nichtigkeit widersprochen³¹ und die Annahme einer „Ungültigkeit sui generis“ zur Diskussion gestellt.³² In diesem Zusammenhang hält Gauch überzeugend fest, dass einerseits die vertragsrechtlichen Folgen eines vergaberechtlich unzulässigen Vertragsabschlusses nach den Regeln des Privatrechts zu beurteilen sind und insofern die Nichtigkeit eines Vertrages nach Art. 20 OR einen inhaltlichen Mangel voraussetzt, welchen die fehlende Erlaubniswirkung gerade nicht konstituiert.³³ Andererseits erachtet aber auch Gauch den Vertragsabschluss vor Eintritt der Erlaubniswirkung als sanktionswürdigen Verstoß gegen Sinn und Zweck des Vergaberechts und sieht insofern eine Gesetzeslücke, die mit dem Institut der „Ungültigkeit sui generis“ zu füllen sei.³⁴ Die „Ungültigkeit sui generis“ wird durch den späteren Eintritt der Erlaubniswirkung geheilt.³⁵

Als weiterer Ansatz, welcher zu einer Unwirksamkeit des ohne Erlaubniswirkung abgeschlossenen Vertrages führt, wird schliesslich das Heranziehen der stellvertretungsrechtlichen Bestimmungen propagiert. Nach dieser Auffassung mangelt es den Vertretern der öffentlichen Auftraggeberin ohne Vorliegen der Erlaubniswirkung an der Er-

²⁹ BGE vom 27. Januar 2006 (2P.71/2005), in: BR/DC 2/2006, S. 88, Nr. S11

³⁰ Entscheidung der BRK vom 7. November 1997 (010/1997). Vgl. Peter Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, in: BR/DC 4/1998, S. 119 ff.

³¹ Vgl. Gauch, Nichtigkeit, a.a.O., S. 121 ff.

³² Vgl. Gauch; Reprise, a.a.O., S. 7; Beyeler, a.a.O. N. 377 ff.

³³ Gauch, Reprise, a.a.O., S. 5 f.

³⁴ Gauch, Reprise, a.a.O., S. 7

³⁵ Gauch, Reprise, a.a.O., S. 8; Beyeler, a.a.O., N. 381

mächtigung, das Gemeinwesen rechtsgültig zu verpflichten.³⁶ Auch in diesem Falle ist der verfrüht abgeschlossene Vertrag, wenn die Erlaubniswirkung später eintritt, als genehmigt i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR und damit als rechtsgültig zu betrachten.

Anders als die vorgenannten Auffassungen hat das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen in einem Fall, in welchem es um einen Vertrag gegangen ist, der vor Ablauf der Frist abgeschlossen worden ist, innert welcher über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden gewesen wäre, die Unwirksamkeit dieses Vertrages abgelehnt, da der Grundsatz „pacta sunt servanda“ höher zu bewerten sei als ein allfälliger Fehler der Zuschlagsverfügung.³⁷

Aus meiner Sicht verdienen die Auffassungen, welche von einer (heilbaren) Unwirksamkeit eines Beschaffungsvertrages ausgehen, der vor Eintritt der Erlaubniswirkung oder mit einer anderen Person als dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen worden ist, den Vorzug. In diesen Fällen, in welchen von vornherein eine Verstoss gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen vorliegt, kann es nicht angehen, dass der benachteiligte Anbieter auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch verwiesen wird. Vielmehr muss sich der Vertrag im Sinne der Durchsetzung des primären Rechtsschutzes als ungültig oder unwirksam erweisen. In der Praxis wohl weniger von Bedeutung dürfte hingegen die Frage sein, welchem „Unwirksamkeitsansatz“ (Nichtigkeit, Ungültigkeit sui generis oder fehlende Vertretungsmacht) gefolgt wird. In der Konsequenz erscheinen alle Ansätze namentlich bezüglich der „Heilbarkeit“ des Mangels zum gleichen Ergebnis zu gelangen.

3. Die Festlegung des Vertragsinhalts bei Verträgen für öffentliche Beschaffungen

3.1 Allgemeines

Als Teil der Planungsfreiheit der öffentlichen Hand³⁸, welche sich auch in der fehlenden Kontrahierungspflicht im Nachgang zu einem rechtskräftigen Zuschlag reflektiert, gilt, dass die Vergabestelle grundsätzlich frei ist zu bestimmen, welchen Vertragsinhalt sie mit einem Dritten vereinbaren will.³⁹ Das Vergaberecht ist Auswahlrecht und hat keinen direkten Einfluss auf den Vertragsinhalt. Nichtsdestotrotz führt das Vergaberecht aber zu Besonderheiten bei der inhaltlichen Ausgestaltung bzw. der Festlegung des Inhalts der Verträge für öffentliche Beschaffungen.

³⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., N. 1072b; Gauch, Nichtigkeit, a.a.O., S. 123, BR/DC 4/2003, Anmerkung zu Nr. S62-S64, S. 160

³⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. August 2003 (B 2003/67), in: BR/DC 4/2003, S. 160, S63+S64, worin sich das Gericht auch mit der „Ungültigkeit sui generis“ auseinandersetzt.

³⁸ Vgl. Beyeler, a.a.O. N. 97 ff.

³⁹ Vgl. Beyeler, a.a.O., N. 111 ff.

3.2 *Ausschreibung legt Vertragsinhalt fest*

Einleitend ist ausgeführt worden, dass rechtstheoretisch der Vertragsinhalt durch das Angebot bestimmt und im wirklichen Leben aufgrund eines oftmals ziemlich komplexen, interaktiven Vorgangs festgelegt wird. Das Vergaberecht greift in diese Ausgangslage in verschiedener Hinsicht ein.

3.2.1 Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung

Zunächst ist die erwähnte Vertragsfreiheit der Vergabestelle auf die Planungsphase beschränkt. Diese Planungsphase mündet in die Ausschreibung, an welche sich der Vergabephase anschliesst. Aufgrund des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung⁴⁰ kann nach erfolgter Ausschreibung in der Vergabephase grundsätzlich keine Änderung der Vertragsinhalte mehr erfolgen. Aus diesem Umstand ergibt sich zunächst, dass der Vertragsinhalt durch die Ausschreibung festgelegt wird. Der Anbieter hat somit die ausgeschriebene Leistung inhaltlich unverändert in sein Angebot zu übernehmen. Im Wesentlichen ist somit – anders als rechtstheoretisch vorgesehen – gerade nicht das Angebot, sondern die Ausschreibung für den Vertragsinhalt konstituierend.

3.2.2 Vorbefassung/Ausstandspflicht⁴¹

Ebenfalls ausgeschlossen wird bei den öffentlichen Beschaffungen der im wirklichen Leben für die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages bedeutsame interaktive Prozess zwischen den (zukünftigen) Vertragsparteien. Oftmals handelt es sich beim Anbieter um die fachkundige Vertragspartei, auf dessen Knowhow der (zukünftige) Vertragspartner im Rahmen der Ausgestaltung des Vertragsinhaltes zurückgreifen kann und will. Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages für öffentliche Beschaffungen ist diese Möglichkeit zunächst schon mit Blick auf den Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung in zeitlicher Hinsicht begrenzt. Da der Vertragsinhalt bzw. die vom Bewerber zu offerierende Leistung in der Ausschreibung festgelegt wird, kann der „Knowhow-Transfer“ lediglich im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Ausschreibung erfolgen. Darüber hinaus verlangen das Gebot der Fairness sowie das zu beachtende Gleichbehandlungsprinzip⁴², dass eine im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Ausschreibung vorbereitete Person nicht aufgrund eines daraus zu ihren Gunsten resultierenden Wissensvorsprungs im Vergabeverfahren über einen Wettbewerbsvorteil verfügt. Um eine solche Bevorzugung zu verhindern, gilt der Grundsatz, dass Personen, die an einer öffentlichen Vergabe als Submittenten teilzunehmen ge-

⁴⁰ Vgl. Beyeler, a.a.O., N. 298 ff.

⁴¹ Vgl. zum Ganzen auch: Daniela Lutz, Ausstand und Vorbefassung, in: BR/DC Sonderheft 2004, S. 45 ff.

⁴² Vgl. zum Gleichbehandlungsprinzip im Vergabeverfahren: Beyeler, a.a.O., N. 234 ff.

denken, an der Vorbereitung der Ausschreibung nicht beteiligt sein dürfen und – umgekehrt – dass vorbefasste Personen nicht Vergabeverfahren teilnehmen dürfen bzw. auszuschliessen sind.⁴³ Eine solcher Ausschluss ist namentlich dann angezeigt, wenn der Submittent im Rahmen der Vorbereitung der Ausschreibung den Leistungsbeschrieb ausgearbeitet bzw. unmittelbaren Einfluss auf dessen Gestaltung genommen hat. Geht die Vergabebehörde davon aus, dass, falls der Beizug einer Person im Vorgang zu einem Vergabeverfahren etwa lediglich in Form eines sogenannten technischen Dialogs erfolgt ist, diesem Dritten aus dieser Vorbefassung kein Wettbewerbsvorteil entstehen kann und er sich deshalb ausnahmsweise am Vergabeverfahren beteiligen darf, ist die Tatsache der Vorbefassung den Mitbewerbern rechtzeitig vor der Offerteinreichung bekannt zu geben.⁴⁴ Bei alledem ist klar, dass der Grundsatz des Ausschlusses einer vorbefassten Person in einem Spannungsverhältnis zu dem mit dem Vergabeverfahren angestrebten wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel steht.^{45/46}

3.2.3 (Eingeschränktes) Verhandlungsverbot⁴⁷

Eine weitere Einschränkung der Möglichkeit der „partnerschaftlichen“ Gestaltung des Vertragsinhaltes ergibt sich aus dem in den kantonalen Submissionsrechten weitgehend geltenden Verhandlungsverbot, dass auch von Art. 30 Abs. 1 VRöB vorgesehen ist. Danach ist die Veränderung der Angebote nach deren Einreichung an die Vergabebehörde untersagt. Nebst der Veränderung des Leistungsinhalts (z.B. Weglassen einzelner Leistungspositionen) sind insbesondere die sogenannten Abgebotsrunden unzulässig.⁴⁸ Das Verhandlungsverbot findet seine Grundlage im Transparenzprinzip und im Gleichbehandlungsverbot.⁴⁹ Regelmässig nicht erfasst vom Verhandlungsverbot wird die Einholung von Erläuterungen.⁵⁰ Obwohl unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlungsgebotes heikel wird die Korrektur von Rechnungsfehlern als grundsätzlich zulässig angesehen. Vorausgesetzt wird dabei aber regelmässig, dass es sich um offensichtlich Fehler handeln und eine unlautere Absicht des Anbieters ausgeschlossen werden können muss.⁵¹ Auch das Verhandlungsverbot, insbesondere das

⁴³ Vgl. Art. 8 VRöB; Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 513 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; Beyeler, a.a.O., N. 235

⁴⁴ Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 514; Beyeler, a.a.O., N. 235

⁴⁵ Vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 520

⁴⁶ Namentlich aus diesem Grunde wird in dem vom Sekretariat der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) verfassten Bericht „Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)“ vom 7. April 2005 auch eine gesetzliche Regelung der Vorbefassung sowie eine Beschränkung des Verbotes einer vorbefassten Person, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, vorgeschlagen.

⁴⁷ Vgl. Zum Ganzen auch: Wolfgang Heiermann, Rechtsvergleichung Schweiz/Deutschland zu Nachverhandlungen bei öffentlichen Ausschreibungen; in: BR/DC 1/2005, S. 42 ff.

⁴⁸ Vgl. Art. 11 lit. c IVöB

⁴⁹ Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 337 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung

⁵⁰ Vgl. Art. 29 IVöB

⁵¹ BGE vom 30. Mai 2000 (2P.151/1999); Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 349 ff.

Verbot von Abgebotsrunden, steht in einem Spannungsverhältnis zum Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel.⁵²

Möglicherweise auch im Hinblick auf den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel kennt das Bundesrecht kein Verhandlungsverbot, sondern lässt Verhandlungen, insbesondere auch reine Abgebotsrunden⁵³, zu, wenn entweder in der Ausschreibung darauf hingewiesen worden ist oder kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheint.^{54/55} Im Rahmen der Verhandlungen sind namentlich die Grundsätze der Vertraulichkeit, der Schriftlichkeit und der Gleichbehandlung zu beachten.⁵⁶ Trotz dieser rechtlichen Vorgaben hat die BRK in ihrer Rechtsprechung die mit der Verhandlungsführung über Angebote nach Ablauf der Eingabefrist verbundenen Risiken hervorgehoben und strenge Anforderung an die Einhaltung der formellen Vorschriften von Art. 26 VoeB gestellt. Zentrale Bedeutung wird dabei der Protokollierungspflicht beigegeben.⁵⁷ Zudem muss die Vergabebehörde grundsätzlich alle Anbieter, welche die Teilnahmebedingungen und deren Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, für die von ihr geführten Verhandlungen berücksichtigen.⁵⁸

4. Hinweise zur Ausgestaltung von Verträgen für öffentliche Beschaffungen

4.1 Allgemeines

Da die Verträge für öffentliche Beschaffungen nicht nur dem Privatrecht unterstehen, sondern es sich bei der öffentlichen wie der privaten Beschaffung um gleichartige ökonomische Vorgänge handelt, versteht es sich eigentlich von selbst, dass die einzelnen Vertragsbestimmungen in Verträgen für öffentliche Beschaffungen grundsätzlich keinen anderen Inhalt aufweisen als Verträge für die private Beschaffung. Darüber hinaus sind allgemeine Aussagen zur Ausgestaltung von Verträgen für öffentliche Beschaffungen in gleichem Masse schwierig wie bei Verträgen über private Beschaffungen, da es naheliegenderweise keinen einheitlichen Vertragsinhalt gibt, sondern dieser sich nach dem jeweiligen „Beschaffungsgeschäft“ und der Rechtsnatur des zwischen den Parteien abzuschliessenden Vertrages richtet.

⁵² Einen gewissen Ausgleich kann sich insofern aus der Möglichkeit der Einreichung von Varianten ergeben. Vgl. hierzu: Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 362 ff.

⁵³ Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 336

⁵⁴ Art. 20 Abs. 1 BoeB; Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 332

⁵⁵ In diesem Zusammenhang schlägt der vorstehend unter Fn. 46 erwähnte Bericht des Sekretariats der BKB die grundsätzliche Beibehaltung der bestehenden Regelung im Bund vor, wobei die Klärung verschiedener Punkte als wünschenswert gehalten wird.

⁵⁶ Art. 20 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 26 VoeB

⁵⁷ Vgl. André Moser, Rechtsprechung: Entschiedenenes und Unentschiedenes, in: BR/DC Sonderheft 2004, S. 80 f.; Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 333

⁵⁸ Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 335

Trotz dieser Ausgangslage sollen abschliessend – und ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – einige allgemein gehaltene Hinweise zur Ausgestaltung von Verträgen für öffentliche Beschaffung angebracht werden, welchen nicht in allen Punkten eine streng rechtliche Betrachtungsweise zugrunde liegt, sondern durchaus auch durch die persönlichen Ansichten des Verfassers geprägt sind. Diese Hinweise richten sich dabei namentlich an die Vergabestellen, welchen angesichts der ihnen obliegenden Aufgabe, die Ausschreibungsunterlagen zu erstellen und damit den Vertragsinhalt im Voraus massgebend zu prägen, eine grosse Verantwortung für die inhaltliche Ausgestaltung der Verträge über öffentliche Beschaffungen zukommt.

4.2 *Die klare und vollständige vertragliche Regelung*

Aus dem Umstand, dass der Vertragsinhalt in grundsätzlicher Weise durch die Ausschreibung festgelegt wird, ergibt sich das Erfordernis, dass die Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Leistung, die Gegenstand des abzuschliessenden Vertrages bilden soll, einen klaren und vollständigen Beschrieb enthalten müssen.⁵⁹ Ein solcher Leistungsbeschrieb bildet zum einen die Grundlage, um im Rahmen des Vergabeverfahrens die Vergleichbarkeit der Offerten zu erreichen. Zum anderen aber ist der klare und vollständige Leistungsbeschrieb für jeden Offertsteller von eminenter Bedeutung, kann er doch nur damit die wirtschaftlichen Chancen und Risiken abschätzen, die mit einem allfälligen Auftrag verbunden wären und in der Preisgestaltung ihren entsprechenden Niederschlag finden.

Im Hinblick auf die Risikoabschätzung ist jedoch nicht nur der konkrete Leistungsbeschrieb, sondern auch die konkrete Ausgestaltung derjenigen vertraglichen Rechte und Pflichten von Bedeutung, die nicht direkt auf den eigentlichen Vertragsgegenstand Bezug nehmen. Mit Blick auf diese Ausgangslage erscheint es als zumindest wünschenswert, wenn in den Ausschreibungsunterlagen nicht nur ein detaillierter Leistungsbeschrieb, sondern auch die Vorlage des Vertrages enthalten ist, den die Vergabestelle mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessen gedenkt. Für diese Vertragsvorlagen gelten die gleichen Anforderungen wie für den Leistungsbeschrieb. Die Vergabestelle hat auch insofern eine widerspruchsfreie, unmissverständliche und vollständige Regelung vorzulegen.

In die soeben dargestellte Richtung zielt Art. 29 Abs. 3 VoeB i.V.m. Art. 18 Abs. 1 lit. c VoeB. Danach hat die Vergabestelle im Geltungsbereich des BoeB grundsätzlich ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuwenden, sofern die besondere Natur des Geschäftes nicht besondere vertragliche Regelungen verlangt. Sowohl die allgemeinen wie auch die besonderen Vertragsbedingungen müssen bereits aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sein. Die grundsätzliche Anwendbarkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen führt zu einer „eingespielten“ Vertragspraxis, die allen Betei-

⁵⁹ Vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 193 ff.

ligten zum Vorteil gereicht. Namentlich darf angenommen werden, dass die Vergabestellen für die Ausarbeitung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen besondere Sorgfalt walten lassen bzw. bei Bedarf den erforderlichen juristischen Sachverstand beiziehen, womit erhöhte Gewähr für die geforderte widerspruchsfreie, klare und vollständige Regelung der in Aussicht genommenen vertraglichen Beziehungen besteht.

Verfügen Vergabestellen insbesondere bei öffentlichen Beschaffungen, welche nicht in den Anwendungsbereich des BoeB fallen, über keine eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen, so ist ihnen zu empfehlen, sich vor allem im innerstaatlichen Bereich nach Möglichkeit an bewährte Vertragsvorlagen zu halten, die oftmals von Fachverbänden herausgegeben werden. Im Bereiche von Bauleistungen ist namentlich an die SIA-Norm 118 oder an den von der VSGU herausgegebenen GU-Standardvertrag zu denken. Bei alledem kann der Hinweis nicht fehlen, dass die grundsätzliche Anwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbund mit ergänzenden bzw. abweichenden besonderen Bestimmungen die Gefahr in sich birgt, dass sich im Vertragswerk Widersprüche ergeben, welchen sich die Parteien nicht immer gewahr sind. Dieser Problematik ist bei der Vertragsgestaltung besondere Beachtung zu schenken, und es sollte im Zusammenhang mit jeder besonderen Vertragsbestimmung festgehalten werden, ob und inwieweit sie zu einem Ausschluss der Anwendbarkeit einer von den allgemeinen Vertragsbestimmungen vorgesehenen Regelung führen.

4.3 Die sachgerechte und ausgewogene vertragliche Regelung

Mit dem Erfordernis der klaren und vollständigen vertraglichen Regelung, deren vorgängige Kenntnis den Offertstellern die Abschätzung ihrer Chancen und Risiken ermöglicht, ist aus Sicht des Verfassers ein weiteres Postulat zu verbinden, nämlich dasjenige einer sachgerechten und ausgewogenen Regelung.⁶⁰

Die öffentliche Hand ist für die Privatwirtschaft unzweifelhaft ein wichtiger Auftraggeber. Besonders – aber nicht nur – bei Infrastrukturbauten verfügen die öffentlichen Auftraggeber über eine Marktmacht, die dazu verleiten kann, aussergewöhnliche bzw. unangemessene Vertragsbedingungen vorzugeben.⁶¹ So nachvollziehbar die Versuchung sein mag, seine eigenen Risiken durch einseitige vertragliche Regelungsinhalte zu beschränken, die man den potentiellen Vertragspartnern im Rahmen der Ausschreibung vorgeben kann, so sehr ist von der öffentlichen Hand zu fordern, dass sie sich insofern die gebotene Selbstbeschränkung auferlegt und als faire Vertragspartnerin am Markt auftritt, die Hand zu sachgerechten, ausgewogenen vertraglichen Regelung bietet und auf die unangemessene Ausnutzung ihrer Marktmacht verzichtet.⁶² Als Bei-

⁶⁰ Vgl. insofern auch das vom Schweizerischen Gewerbeverband (sgv), Bern, im Februar 2003 herausgegebene Merkblatt mit dem Titel: „Wie kann das öffentliche Beschaffungswesen KMU-freundlicher werden?“

⁶¹ Vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 556

⁶² Vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 210 f.

spiele für Bereiche, in welchen unangemessene Regelungen durchgesetzt werden können, sollen im vorliegenden Zusammenhang die Beweislastregelungen, Konventionalstrafen und Sicherheitsleistungen Erwähnung finden.

Nach Art. 8 ZGB hat im Streitfall diejenige Vertragspartei eine Tatsache nachzuweisen, die daraus Rechte ableitet. Die Erfahrung lehrt, dass rechtliche Auseinandersetzungen oftmals dadurch entschieden werden, dass ein Beweis erbracht oder eben nicht erbracht werden kann. Somit ist es von massgebender Bedeutung, welche Partei die Beweislast obliegt und damit auch die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat. Aufgrund dieser Ausgangslage kann sich eine Vertragspartei, die die vertraglichen Abmachungen bestimmen kann, durch Vertragsbestimmungen, welche die Beweislast der anderen Vertragspartei zuschieben, in eine äusserst vorteilhafte Position bringen. Vertragliche Bestimmungen, die eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastregelung beinhalten, erweisen sich somit als fragwürdig.

Bei der Konventionalstrafe handelt es sich um ein Instrument, um zum einen die verpflichtete Partei unter Erfüllungsdruck zu setzen und zum anderen die Folgen einer Vertragsverletzung zu regeln.⁶³ Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe kann nicht per se als unangemessen betrachtet werden, sondern stellt in einem gewissen Rahmen eine durchaus gebräuchliche Regelung dar. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass die Vereinbarung einer Konventionalstrafe – ungeachtet von Art. 163 Abs. 3 OR – eine erheblichen Verschiebung der vertraglichen Risiken mit sich bringen kann. Namentlich die der Konventionalstrafe eigene Funktion eines pauschalierten Schadenersatzes, die zu einer massgebenden Beweiserleichterung der berechtigten Vertragspartei führt, erfordert eine kritische Betrachtung entsprechender vertraglicher Abmachungen. In jedem Falle ist eine klare und sorgfältige Redaktion des Vertrages in Bezug auf die Voraussetzungen zu fordern, aufgrund derer eine Konventionalstrafe zu leisten ist. Die entsprechenden Voraussetzungen sind konkret zu bezeichnen, und es ist von offenen, wenig bestimmten Formulierungen strikte Abstand zu nehmen.

Vor allem im Zusammenhang mit Bauleistungen wird von den Anbietern regelmässig die Erbringung von Sicherheitsleistungen im Hinblick auf die Vertragserfüllung („performance bond“) verlangt. Solche vertraglichen Vereinbarungen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Allerdings ist von den Vergabebehörden auch insofern Augenmass zu verlangen, und es ist von der Einforderung unnötiger bzw. unverhältnismässig hoher Sicherheitsleistungen abzusehen. In der „privaten Baupraxis“ erreichen Sicherheitsleistungen eine Höhe von 5% – 10% des Auftragsvolumens. Wenn somit ein öffentlicher Bauherr etwa eine Sicherstellung in Höhe von 20% verlangt, erscheint dies als unangemessen. Zu beachten ist dabei, dass die Höhe der geforderten Sicherheitsleistung unter Umständen die Zahl der Offertsteller einschränken und damit sogar zu einer Verteuerung der öffentlichen Beschaffung führen kann. Dabei wirkt sich diese faktische „Teilnahmebarriere“ naheliegenderweise hauptsächlich zu Lasten der KMU

⁶³ Vgl. zum Ganzen: Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., N. 3999 ff.

aus, was angesichts der volkswirtschaftlich grossen Bedeutung dieser Unternehmen (Stichwort „Arbeitsplätze“) als unerwünscht beurteilt werden muss. Als besonders problematisch erweist es sich darüber hinaus, wenn die (überhöhte) Sicherheitsleistung nicht erst bei Vertragsabschluss, sondern im Sinne der Erfüllung eines Eignungs- oder Zuschlagskriteriums bereits bei der Offerteingabe vorliegen muss. Offertsteller beteiligen sich regelmässig an mehreren Vergabeverfahren, da die Wahrscheinlichkeit, den Zuschlag zu erhalten, statistisch gering ist. Müsste der Anbieter aber in jedem Vergabeverfahren gleichzeitig mit seiner Angebotseinreichung auch eine Erfüllungsgarantie in Höhe von beispielweise 20% der Angebotssumme erbringen, sähe er sich schnell finanziell überfordert. Sachgerecht erscheint es – wenn überhaupt – alleine, dass der Offertsteller bei Einreichung seines Angebotes eine Sicherheit („bid bond“) zu leisten hätte, die die Kosten der Vergabestelle für eine Verfahrenswiederholung decken würde, falls mit dem Zuschlagsempfänger aus von diesem zu vertretenden Gründen kein Vertrag abgeschlossen werden kann bzw. der Zuschlagsempfänger in der Folge die vereinbarte Sicherheitsleistung nicht erbringt. Damit würde die öffentliche Hand immerhin gleich gestellt mit dem übergangenen Anbieter, dem zu Unrecht ein anderer Anbieter vorgezogen worden ist und der sich alleine mit der Möglichkeit konfrontiert sieht, Schadenersatz für seine nutzlosen Aufwendungen zu verlangen.