

Vorbefassung im Submissionsrecht: Was verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz?

Von Prof. Dr. iur. *Oliver Diggelmann*, LL.M., Budapest/Zürich¹
und lic. iur. *Marc Enz*, LL.M., St. Gallen²

I. Einleitung	544
II. Gleichbehandlung als Kernproblem der Vorbefassung	547
1. Begriffliches	547
2. Problematik und Regelungszuständigkeit	547
3. Problemverständnisse I: Übersicht	548
4. Problemverständnisse II: Kritik	550
5. Bedeutung von Art. VI Abs. 4 GPA	551
6. Akzidentielle und strukturelle Gefährdungen der Gleichbehandlung	552
7. Pflicht zur Neutralisierung von Vorteilen	554
8. Ausschluss bei erheblicher Vorbefassung	555
9. Ausnahmen bei kleinem Markt?	557
10. Geringer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	558
III. Diskussion positivrechtlicher Regelungen	559
1. Beeinflussungspotenzial	559
2. Privilegierter und wettbewerbsverfälschender Wissensstand	560
3. Ausschlussvermutung mit generalklauselartiger Ausnahmeregelung	561
4. Abstufung nach der Intensität der Vorbefassung	562
IV. Normierungsvorschlag	563

I. Einleitung

Das hier behandelte Thema soll zunächst anhand eines Beispiels veranschaulicht werden: Ein Ingenieur führt auf behördliche Anfrage hin Berechnungen für einen Tunnelbau aus und möchte sich anschliessend um die Vergabe des Auftrages bewerben. Es stellt sich die Frage, ob beziehungsweise unter welchen Umständen er zum Submissionsverfahren zuzulassen ist.

Der Stand der Diskussion zu diesem Problemkomplex soll mit einigen Stichworten skizziert werden. Erstens: Es ist eine in den Grundzügen konsolidierte herrschende Lehre entstanden; die Literatur der vergangenen Jahre hat die Thematik vergleichsweise intensiv diskutiert und Lösungsvorschläge für die erkann-

¹ Professor für Völkerrecht, Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Andrassy Universität Budapest; Privatdozent in Zürich und Pécs (Hu).

² Anwaltspraktikant im Kanton St. Gallen.

ten Probleme erarbeitet³. Zweitens: In der Praxis besteht ein pragmatisches Bemühen um Chancengleichheit und Korruptionsvermeidung. Die Gerichte haben sich in einer Reihe von Entscheiden mit der Vorbefassungsproblematik auseinandergesetzt⁴. Die Vergabestellen von Bund, Kantonen und Gemeinden haben – trotz einer Reihe ungelöster Probleme – einen gewissen Schematismus bei ihrem Vorgehen entwickelt, wobei die Schaffung von Handbüchern erheblich zu dieser Entwicklung beigetragen hat⁵. Drittens: Auf der Rechtsetzungsebene ist eine relativ grosse Vielfalt von Problemlösungen zu konstatieren.

Theorie und Praxis neigen nach Auffassung der Autoren dieses Beitrages dazu, das hier interessierende Problem als «Spezialproblem» des Verwaltungsrechts zu behandeln. Unausgesprochener Hintergrund dieses Problemverständnisses ist die Annahme, dass hier «eigene» Regeln gelten beziehungsweise zu entwickeln sind. Meistens wird die Frage nicht unter dem schlichten – u.E. richtigen – Titel der Rechtsgleichheit im Submissionsrecht behandelt, sondern als Problem *sui generis*, als Sondergebiet⁶. Dabei wird in der Regel versucht, über Analogiebildungen mit verwandten Problemkonstellationen und pragmatische Abwägung involvierten Interessen, Rechtsprinzipien und -zielen im Einzelfall zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen.

Blinder Fleck dieses Vorgehens ist u.E. die fehlende Auseinandersetzung mit der Frage, wie weit die Lösung des Vorbefassungsproblems durch die Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts – konkret: den Grundsatz der Rechtsgleichheit – determiniert ist⁷. Der Rechtsgleichheitssatz wird zwar regelmässig als

³ Für eine Übersicht über den heutigen Stand von Lehre und Rechtsprechung vgl. *Daniela Lutz*, Ausstand und Vorbefassung, BR Sonderheft 2004, S. 45 ff., insb. S. 51 (Vorbefassung). Ausserdem: *Res Nyffenegger/Ulrich Kobel*, Vorbefassung im Submissionsverfahren, BVR 2004/2, S. 49 ff.; *Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang*, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens. Eine Systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Zürich 2003, N. 513 ff.; *Hubert Stöckli*, Das Vergaberecht der Schweiz – Übersicht und Streitfragen, NZBau 2002/1, S. 9 (Vergaberecht).

⁴ Dazu im Einzelnen nachfolgend.

⁵ Für die Kantone Zürich, Graubünden und Basel-Landschaft vgl. etwa: *Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich*, Handbuch für Vergabestellen 2004, Merkblätter M 10 (Handbuch ZH); *Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden*, Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Kap. 5.6: Grundsätze – Ausstand und Vorbefassung, Stand 31.3.2005; *Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons Basel-Landschaft* (Zentrale Beschaffungsstelle), ABC des Beschaffungswesens im Kanton Basel-Landschaft (Beschaffungsfibel), 2006.

⁶ Daniela Lutz etwa bezeichnet den Vorbefassungsbegriff als «Spezialbegriff» des öffentlichen Beschaffungswesens, der sich aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der im Verwaltungsrecht geltenden Ausstandspflicht herleite: *Daniela Lutz*, Vorbefassung – ein Stolperstein im Beschaffungswesen, in: Kriterium Nr. 8/2003 – Informationen zur Subventionspraxis, hrsg. von der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, S. 1.

⁷ So im Wesentlichen auch: *Claudia Schneider Heusi*, Die Umsetzung des internationalen Rechts im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz und speziell im Kanton Zürich, Zürich u.a. 2002, S. 54. – Daniela Lutz bezeichnet den Grundsatz der Nichtdiskrimi-

wichtiger Problemlösungsgesichtspunkt herangezogen; seine spezifische Bedeutung als sowohl der Rechtsetzung als auch der Rechtsanwendung von Verfassungen wegen einen bestimmten Rahmen setzendes Prinzip wird jedoch nicht vertieft reflektiert.

Das Gebot der Rechtsgleichheit ist nicht – wie seit Längerem⁸ immer wieder formuliert wird – lediglich ein Prinzip, das beim Vorbefassungsproblem «eine zentrale Rolle» spielt⁹. Die Funktion von Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungsrechts ist eine andere: Sie setzen Rechtsetzung und -anwendung Schranken, binden den Staat bei seiner gesamten Tätigkeit¹⁰. Damit dienen sie der Verwirklichung der Rechtsstaatsidee in jedem einzelnen Bereich des Verwaltungsrechts. In Schrifttum und Rechtsprechung zur Vorbefassung steht der Grundsatz der Rechtsgleichheit jedoch oft in einem ungeklärten Verhältnis zu anderen, in der Regel auf Gesetzesstufe statuierten Prinzipien und Rechtszielen¹¹.

Ziel des Beitrages ist es, die Bedeutung des Gleichheitssatzes im Feld der Vorbefassung auszumessen (II). Es geht darum, den gesetzgeberischen Rahmen für die Lösung dieses Problems zu skizzieren. Zudem soll ein verbreiteter Irrtum korrigiert werden: dass die entscheidende Norm zur Vorbefassung im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (*Government Procurement Agreement, GPA*)¹² zu finden sei. Die Bedeutung dieser Norm – Art. VI Abs. 4 des Abkommens – besteht vor allem darin, dass sie die Behörden für die hier interessierende Problematik sensibilisiert hat, das Thema gewissermassen auf die Agenda gesetzt hat. Sie geht jedoch inhaltlich – wie darzulegen sein wird – nicht über die Anforderungen des Rechtsgleichheitssatzes hinaus¹³.

Des Weiteren werden einige positivrechtliche Lösungen des Vorbefassungsproblems im Licht der grundsätzlichen Überlegungen diskutiert (III). Vorzüge und Schwachpunkte werden aus der Perspektive des zuvor Dargelegten beleuchtet. Zum Schluss folgt ein Vorschlag für den Umgang mit der Problematik auf der Rechtsetzungsebene (IV).

nierung bzw. der Gleichbehandlung als «oberstes Prinzip», geht jedoch auf das Problem des verfassungsrechtlichen Rahmens für Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht ein: dies., Vorbefassung und Ausstandspflicht, GWA 2005/9, S. 2 (Ausstandspflicht).

⁸ Vgl. etwa VGr AG, Urteil vom 3. November 1997, AGVE 1997, Nr. 92, S. 348 ff. (= BR 1999, S. 56).

⁹ So etwa bei *Galli/Moser/Lang* (Anm. 1), Rz. 513.

¹⁰ Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV. Vgl. auch Art. 35 Abs. 1 BV. Vgl. *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 119; *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St.Gallen 2006, Rz. 363 ff.

¹¹ Solche sind etwa in Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) oder in Art. 3 der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (revIVöB) aufgeführt, beispielsweise das Ziel des ökonomischen Einsatzes öffentlicher Gelder oder dasjenige der Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern.

¹² SR 0.632.231.422. Dieses Abkommen gilt für die Schweiz seit dem 1. Januar 1996 und ersetzte das aus der Tokio-Runde des GATT stammende Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979.

¹³ Dazu im Einzelnen: II.5.

II. Gleichbehandlung als Kernproblem der Vorbefassung

1. Begriffliches

Der Begriff der Vorbefassung bedarf einer terminologischen Klärung. Er bezeichnet den Sachverhalt, dass ein potenzieller Offerent in einem Submissionsverfahren bei der Vorbereitung einer Ausschreibung mitgewirkt hat. Als vorbefasst ist beispielsweise der Architekt zu betrachten, der eine Vorstudie für ein Bauprojekt erstellt¹⁴. Ebenfalls als vorbefasst gilt, wer einer Vergabestelle Auskunft über technische Einzelheiten eines zu beschaffenden Gutes erteilt¹⁵ oder Ausschreibungsunterlagen persönlich ausarbeitet¹⁶. Der Beizug externer Experten bei der Vorbereitung einer Ausschreibung erfolgt in der Regel, weil den Behörden das erforderliche Fachwissen oder das künstlerische Verständnis fehlt.

Die Verwendung des Begriffs in Literatur und Gerichtspraxis ist allerdings nicht einheitlich. Im obigen Sinne gebraucht, ergibt sich eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen zulässiger – keinen Ausschluss im Vergabeverfahren gebietender – und unzulässiger Vorbefassung¹⁷. Manchmal wird Vorbefassung aber auch enger verstanden. Gemeint ist dann nur die «unzulässige» Mitwirkung, die einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren verlangt. In dieser Terminologie wird zwischen Vorbefassung und übriger (keinen Ausschluss verlangender) Mitwirkung unterschieden¹⁸. Nachfolgend wird der weite Begriff verwendet.

2. Problematik und Regelungszuständigkeit

Das Problem bei der Vorbefassung sind allfällige Vorteile des Vorbefassten im Vergabeverfahren. Dieser kann sich im Unterschied zu den übrigen Anbietern bereits vor der Ausschreibung mit dem Projekt auseinandersetzen und sich dadurch allenfalls Wissensvorsprünge verschaffen¹⁹. Weitere – im Einzelnen zu diskutierende – Vorteile können dazukommen²⁰. Gesamthaft, aber allenfalls auch je für sich, werfen die Vorteile die Frage auf, ob beziehungsweise unter welchen

¹⁴ Vgl. VGr ZH, Entscheid vom 24. September 2002 (VB.2002.00104) betreffend unzulässige Vorbefassung eines Architekten, der Projektskizzen, Pläne und Kostenvoranschläge anfertigte.

¹⁵ Vgl. BRK (Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen), Urteil vom 9. Dezember 1998 (VPB 63.42).

¹⁶ Vgl. VGr AG, Urteil vom 16. Juli 1998, AGVE 1998, Nr. 84, S. 350 ff.

¹⁷ Etwa: BGer 2P.122/2000, E. 3.b.; VGr SG, Urteil vom 20. Dezember 2005 (Verwaltungsgericht, B 2005/149).

¹⁸ Im Handbuch für Vergabestellen 2004 des Kantons Zürich etwa heisst es, vor einer Auftragserteilung sei abzuwägen, ob die Betroffenen hernach als vorbefasst zu gelten haben: Handbuch ZH (Anm. 3), S. 8–25 ff.; vgl. auch VGr ZH, Urteil vom 8. Dezember 2004 (VB.2004.00304).

¹⁹ Allerdings nicht zwingend: vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2000 (BGer 2P.122/2000).

²⁰ Dazu unten II.6.

Umständen ein Vorbefasster überhaupt am Vergabeverfahren teilnehmen können soll. Mit anderen Worten: Es stellt sich die Frage nach einer durch den Rechtsgleichheitssatz gebotenen Differenzierung.

Zuständig für die Regelung der Vorbefassung sind – entsprechend der Zuständigkeitsordnung im Submissionsbereich –²¹ der Bundesgesetzgeber für Vergabeverfahren im Bund und die Kantone oder Gemeinden für Submissionen auf unteren staatlichen Ebenen, je nach Ausgestaltung des kantonalen Rechts. Die allgemeinen Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts setzen dieser Rechtsetzungskompetenz jedoch Schranken. Frei ist der Bundes- beziehungsweise kantonale oder kommunale Gesetzgeber bei seiner Rechtsetzungstätigkeit nur so weit, wie jene keine Vorgaben machen.

Der Bund hat weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsstufe eine explizite Regelung getroffen. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen enthält ebenso wenig eine Bestimmung wie die dazu gehörende Verordnung²². In den Kantonen ist die Situation eher unübersichtlich. Die Rechtszersplitterung ist beträchtlich, wobei die Kantone in den letzten Jahren allerdings immer mehr dazu übergegangen sind, das Problem in den kantonalen Submissionsgesetzen und -verordnungen explizit zu regeln, zumindest in den Grundzügen²³.

Keine Regelung ist in der als Rahmenkonkordat für den Submissionsbereich konzipierten Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)²⁴ enthalten. Dasselbe gilt für die revidierte Fassung dieses Konkordats vom 15. März 2001 (revIVöB)²⁵. Auf interkantonaler Ebene existiert lediglich eine – rechtlich nicht verbindliche – als Musterregelung für die Kantone geschaffene Normvorlage, an der sich verschiedene kantonale Regelungen orientieren²⁶. Keine Regelung enthält auch das auf den Binnenwirtschaftsverkehr anwendbare Bundesgesetz über den Binnenmarkt²⁷.

3. Problemverständnisse I: Übersicht

Theorie und Praxis haben das Problem bisher vor allem auf zwei Arten zu lösen versucht. Beide Ansätze sollen kurz skizziert werden:

²¹ Zur Kompetenzordnung im schweizerischen Submissionsrecht: *Giovanni Biaggini*, Die Reglungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen (Gutachten), Zürich Januar 2003, S. 24 ff.

²² VoeB vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11).

²³ Einige dieser Regelungen werden weiter unten näher betrachtet: vgl. III.1.–4.

²⁴ SR 172.056.4.

²⁵ SR 172.056.5. Zum Verhältnis der beiden Konkordate vgl. Art. 21 Abs. 3 revIVöB.

²⁶ Zur Musterregelung in der Vergaberichtlinie des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen vgl. im Einzelnen vgl. III.1.

²⁷ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM), SR 943.02.

a) In den ersten Jahren nach der Sensibilisierung für die Problematik herrschte ein Problemverständnis vor, das diese Frage im Wesentlichen als der Ausstandsfrage analoges Problem begriff. Dieser Ansatz dominierte in der kantonalen Gerichtspraxis der späten 1990er-Jahre und in den Jahren unmittelbar nach der Jahrtausendwende²⁸. Zentral war die Überlegung, dass es bei beiden Problemkomplexen in der Hauptsache um Interessenkonflikte und die Vermeidung von Korruption geht. Der Ansatz führte – wegen des strengen Anknüpfens der Ausstandsregeln an den Anschein der Unparteilichkeit – zu einer äusserst strengen Praxis bei der Vorbefassung. Das Bundesgericht hat ihn in einem Urteil vom 25. Januar 2005 jedoch ausdrücklich verworfen²⁹. Ohne nähere Einlassung auf dogmatische Fragen führte es aus, der für die Ausstandsproblematik zentrale Gedanke des Anknüpfens an den objektiven Anschein lasse sich auf die Vorbefassungsproblematik nicht anwenden.

b) Inzwischen hat ein Problemverständnis die Oberhand gewonnen, gemäss dem die bei diesem Thema eine Rolle spielenden Interessen und Rechtsziele gegeneinander abzuwägen sind. Die Lösung wird in einem «Austarieren» des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit weiteren Gesichtspunkten, insbesondere den Grundsätzen des ökonomischen Einsatzes öffentlicher Ressourcen, der Transparenz und dem Ziel der Stärkung des Wettbewerbs gesehen³⁰. Das Bundesgericht scheint sich im erwähnten Urteil zu diesem ergebnisorientierten Ansatz zu bekennen. Es führt aus, der Gleichbehandlungsgrundsatz komme im Vorbefassungsbereich nicht ausschliesslich zur Anwendung; vielmehr könne auch das Ziel des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Geldern die Ausnützung von Synergieeffekten gebieten³¹. Dieser Ansatz liegt verschiedenen Gerichtsentscheiden vorwiegend neueren,³² teilweise aber auch älteren³³ Datums zugrunde.

²⁸ Vgl. etwa VGr ZH, Urteil vom 19. April 2002 (VB.2001.00332), in dem festgestellt wird, die Vorbefassungsfrage sei eng mit jener der Ausstandspflicht verwandt.

²⁹ BGer 2P.164/2004, E.5.7.3. (ZBI 2005, S. 473 ff.); Besprechung des Urteils bei: *Daniela Lutz*, Licht am Ende des Vorbefassungstunnels? Zu einem neueren Entscheid des Bundesgerichts, in: Kriterium Nr. 17/2005 – Informationen zur Subventionspraxis, hrsg. von der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, S. 4 f. Vgl. dazu auch *Martin Beyeler*, Das Vergaberecht in den Entscheiden des Bundesgerichts der Jahre 2005 und 2006, in: Jusletter vom 14. Mai 2007, Rz. 55 ff.

³⁰ Vgl. etwa *Hubert Stöckli*, Anmerkung zu VGr AG, Urteil vom 3. November 1997, BR 1999, S. 56, wo gesagt wird, das Wirtschaftlichkeitsgebot sei dem Gleichheitsgebot im Vorbefassungsbereich ebenbürtig beziehungsweise diesem komme kein absoluter Vorrang zu. Vgl. auch *Nyffenegger/Kobel* (Anm. 1), S. 51 ff., wo drei «Grundprinzipien» des Submissionsverfahrens unterschieden werden: Nichtdiskriminierung, Transparenz und Rechtsschutz.

³¹ Ebd., E. 5.7.1. (ZBI 2005, S. 480).

³² In einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 16. November 2001 ist zu lesen, das Vergaberecht sei nicht nur dem Anliegen der Gleichbehandlung, sondern auch dem Grundsatz des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel verpflichtet: LGVE 2001 II, Nr. 10.

³³ In einem Urteil aus dem Jahr 1997 stellte das Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau fest, dem Gleichbehandlungsgrundsatz komme im Vergaberecht *eine* (nicht: *die*, die Verf.) zentrale Bedeutung zu: VGr AG, Urteil vom 3. November 1997, AGVE 1997, Nr. 92, S. 348 ff.

4. Problemverständnisse II: Kritik

Beide Ansätze leiden u.E. an Mängeln:

a) Die Brücke der Analogie zwischen Ausstands- und Vorbefassungsproblematik ist schwankend³⁴. Der gemeinsame Nenner der beiden Problemkreise ist – wie erwähnt – das Anliegen der Begünstigungs- und Korruptionsvermeidung. Es bestehen jedoch auch bedeutende Unterschiede. Die Gefährdungen der Gleichbehandlung, mit denen sich Ausstandsregeln befassen, haben stets mit einer möglichen Parteilichkeit des *Entscheidgremiums* zu tun; dessen Unparteilichkeit ist gefährdet, wenn ein Mitglied ein persönliches oder sachliches Interesse am Fall hat³⁵. Im Mittelpunkt der Vorbefassungsproblematik dagegen stehen Vorteile eines Anbieters, die allenfalls vor allem sachlicher Natur sind und die Unabhängigkeit des *Entscheidgremiums* nicht notwendigerweise signifikant tangieren. Ein Wissensvorsprung eines Vorbefassten etwa ist nicht primär ein Problem der Unparteilichkeit des *Entscheidgremiums*. Die Problemkreise sind verwandt, fallen jedoch nicht zusammen.

Die Unterschiede haben Folgen für die Erwartungen an den Umgang mit der Gleichbehandlungsgefährdung. Während mit Blick auf die Neutralität des *Entscheidgremiums*, also bei der Ausstandsfrage, grundsätzliche jede, auch nur abstrakte Gefährdung relevant ist und sein muss – der liberale Staat lebt vom Vertrauen in die Neutralität seiner Organe –, kann bei der Vorbefassung die Beseitigung des konkreten sachlichen Vorteils des Vorbefassten genügen. Es steht weniger auf dem Spiel: Gefährdet ist oft nur die Chancengleichheit im konkreten Fall, nicht die Neutralität und Unabhängigkeit staatlicher Organe an sich.

b) Von den Schwachstellen des Prinzipien- oder Interessenabwägungsansatzes war schon die Rede. Grundlegend ist hier, dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit – so weit er als Verfassungsgrundsatz Rechtsetzung und -anwendung Schranken setzt – nicht in einem Abwägungsverhältnis zu auf unteren Normstufen statuierten Prinzipien steht. In der Normhierarchie tiefer angesiedelte Prinzipien – etwa das Gebot des ökonomischen Einsatzes staatlicher Ressourcen –³⁶ entfalten sich *innerhalb* des durch den Gleichbehandlungsgrundsatz abgesteckten Rahmens, nicht in Konkurrenz zu diesem. Der Grundsatz der Gleichheit ist – in der Terminologie Ronald Dworkins – kein «Prinzip», das es in Abhängigkeit von

³⁴ Vgl. auch: *August Mächler*, Bemerkungen der Redaktion zum Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2005, 2P. 164/2004, ZBI 2005, S. 482.

³⁵ Ausführlich zur Befangenheit der Verwaltung: *Benjamin Schindler*, Die Befangenheit der Verwaltung: Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Zürich u.a. 2002.

³⁶ Statuiert im Bund in Art. 1 Abs. 1 lit. c BoEB. – Eine Ableitung dieses Grundsatzes aus Art. 126 Abs. 1 BV kommt u.E. nicht in Frage, zumindest nicht im Sinne eines die Geltung des Rechtsgleichheitssatzes relativierenden Verfassungsgrundsatzes. Zur Begründung vgl. die Ausführungen im folgenden Absatz.

den Umständen so weit als möglich zu verwirklichen gilt, sondern eine «Regel», deren Normprogramm bei erfüllten Voraussetzungen zu vollziehen ist.

Man vergegenwärtige sich auf einer grundsätzlichen Ebene die Konsequenzen einer generellen Zulassung der Abwägung des Rechtsgleichheitssatzes mit konkurrierenden Prinzipien oder Rechtszielen. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus lassen sich oft vernünftige Gründe für eine Relativierung des Gleichheitssatzes finden. Der Staat ist im Alltag in vielen seiner Tätigkeitsbereiche ökonomischem Druck ausgesetzt, der sich durch eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz abmildern liesse. Die generelle Zulassung einer solchen Abwägung würde bedeuten, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz relativ leicht ausgehöhlt werden könnte. Dies wäre mit der axiomatischen Stellung des Gleichheitssatzes in der Verfassungsarchitektur des liberalen Staates nicht vereinbar³⁷.

5. Bedeutung von Art. VI Abs. 4 GPA

Kurz betrachtet werden soll das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen. Dessen Art. VI Ziff. 4 befasst sich unter dem Titel «Technische Spezifikation» mit dem Vorbefassungsproblem:³⁸

Die Beschaffungsstellen dürfen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden könnte.

Die Regel ist in Submissionsverfahren direkt anwendbar,³⁹ sofern die vom Übereinkommen festgelegten Schwellenwerte erreicht werden⁴⁰.

³⁷ Grundsätzlich zum Verhältnis von Gleichheitssatz und Freiheit: *Albert Bleckmann*, Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes, Köln u.a. 1995, S. 12 ff.

³⁸ Nebenbei sei bemerkt, dass das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens keine einschlägige Regelung zur Vorbefassungsthematik enthält (SR 0.172.052.68).

³⁹ Art. VI Ziff. 4 GPA regelt 1. die Rechtsstellung des Einzelnen, ist 2. inhaltlich hinreichend bestimmt, um im Einzelfall Grundlage eines Gerichtsentscheides bilden zu können, ist 3. kein blosser Programmsatz und lässt 4. den rechtsanwendenden Behörden keinen übermässigen Ermessensspielraum. Zur direkten Anwendbarkeit von WTO-Recht: *Lukas Engelberger*, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz, Bern u.a. 2004.

⁴⁰ Zu den Schwellenwerten und den dem Abkommen unterstehenden öffentlichen Submittenten im Einzelnen vgl. Anhang I, Annex 2 und 3 zum GPA. – Erwähnung verdient hier, dass der Einbezug der Gemeinde- und Bezirksebene bei «GPA-Beschaffungen» durch das Beschaffungsabkommen Schweiz-EG bewirkt wurde; Art. 2 des Abkommens verpflichtet zur inzwischen erfolgten Änderung der entsprechenden GPA-Anlage. Vgl. *Giovanni Biaggini*, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz – EG. Ein Handbuch, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 651, insb. S. 700 f. (am Erscheinen).

Es stellt sich die Frage nach ihrer Bedeutung⁴¹. Die Bestimmung verbietet gemäss Wortlaut die Annahme von Rat von an der Vergabe interessierten Personen dann, wenn der Wettbewerb dadurch *ausgeschaltet* wird. Die Rede ist von Ausschaltung des Wettbewerbs, nicht aber – dies scheint wichtig – von Einschränkung oder leichter Beeinträchtigung. Nicht jede Beeinträchtigung wird erfasst. Verboten werden nur Vorbefassungen, deren Auswirkungen auf den Wettbewerb eine hohe Intensität erreichen. Umgekehrt dürfte dies bedeuten: Beeinträchtigungen unter dieser Schwelle hat das GPA nicht im Auge⁴². Damit wird kein Standard geschaffen, der nicht bereits aufgrund des Rechtsgleichheitssatzes gilt.

In den nachfolgenden Abschnitten wird dargelegt, dass der normative Gehalt des Rechtsgleichheitssatzes im Feld der Vorbefassung über den völkerrechtlichen Minimalstandard hinausgeht.

6. Akzidentielle und strukturelle Gefährdungen der Gleichbehandlung

Der Rechtsgleichheitssatz verlangt – gemäss etablierter Formulierung und in hohem Mass abstrakt – Gleichbehandlung von Gleichem sowie Ungleichbehandlung von Ungleichem⁴³. Mit anderen Worten: Differenzierung bei Vorhandensein erheblicher tatsächlicher⁴⁴ Unterschiede⁴⁵. Die Bestimmung seiner Bedeutung im hier interessierenden Problemfeld muss mit der Ermittlung der tatsächlichen Unterschiede zwischen den verglichenen Sachverhalten beginnen. Relevant sind vor allem Differenzen in Bezug auf Rollen und Interessenlagen der beiden Anbieterkategorien⁴⁶.

In Literatur und Judikatur werden regelmässig drei Unterschiede zwischen Vorbefasstem und übrigen Anbietern genannt, die im Vergabeverfahren relevant sein können⁴⁷. Aus ihnen ergeben sich je spezifische Gefährdungen der Gleichbehandlung, die im Folgenden kurz dargestellt werden. Im Nachfolgenden wird zudem – zur schärferen Konturierung der Problematik – zwischen akzidentiellen, d.h. in einem konkreten Fall nur möglicherweise, aber nicht notwendig auftretenden

⁴¹ Vgl. dazu auch BRK, Entscheid vom 26. Juni 2006 (2005-004), in: *Marco Fetz*, Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen: Gesammelte Rechtsprechung ab 1996 bis und mit 2006, Bern 2007, S. 154.

⁴² Für eine zurückhaltende Anwendung dieser Bestimmung: *Gerhardt Kunnert*, WTO-Vergaberecht. Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 153, Baden-Baden 1998, S. 242.

⁴³ Statt vieler: *Tschannen/Zimmerli* (Anm. 8), S. 159.

⁴⁴ BGE 112 Ia 193, 196.

⁴⁵ *René Rhinow* spricht von einem Gleichbehandlungs- und Ungleichbehandlungsgebot: Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel u.a. 2003, Rz. 1642.

⁴⁶ Zur Bedeutung von Rollen und Interessenlagen bei der Beantwortung der Frage der Sachlichkeit von Differenzierungen: *Bleckmann* (Anm. 35), S. 70 ff.

⁴⁷ Vgl. *Nyffenegger/Kobel* (Anm. 1), S. 56 f.

den Unterschieden einerseits und strukturellen Unterschieden andererseits differenziert:

a) Der wichtigste Unterschied zwischen den beiden Anbieterkategorien besteht darin, dass sich der Vorbefasste in vielen Fällen einen Wissensvorsprung aneignen kann. Rechtsetzung, Judikatur und Literatur setzen sich zur Hauptsache mit dieser Problematik auseinander. Der Unterschied ist akzidentieller Natur; nicht jede Vorbefassung bedeutet automatisch einen Wettbewerbsvorteile verschaffenden Wissensvorsprung. Entscheidend sind die Verhältnisse im konkreten Fall⁴⁸. Zudem sind Wissensvorsprünge unter Umständen ausgleich-, d.h. neutralisierbar. Wissen des Vorbefassten kann grundsätzlich auch anderen Anbietern zugänglich gemacht werden, so dass Vorsprünge nicht notwendigerweise Wettbewerbsverzerrungen nach sich ziehen müssen. Die Ergebnisse von geologischen Messungen, Berechnungen oder Tests beispielsweise können ohne Weiteres allen Anbietern zur Verfügung gestellt werden. Lange Eingabefristen können dieses Problem zusätzlich entschärfen.

b) Ein zweiter Unterschied besteht darin, dass der Vorbefasste allenfalls auf die Bedingungen der Ausschreibung Einfluss nehmen kann. Es besteht die Gefahr ihrer Zuschneidung auf seine Interessen⁴⁹. Auch diese Differenz ist akzidentieller Natur, besteht nur dort, wo eigennützige Einflussnahme auf die Ausschreibung in der Sache überhaupt möglich ist. Denkbar ist dies etwa, wenn sie künstlerische Vorgaben enthalten soll, oder wenn die zu vergebenden Aufträge Produkte betreffen, die der Vorbefasste besonders günstig produzieren kann. Auch bei dieser Gefährdung der Gleichbehandlung bestehen gewisse Möglichkeiten, sie zu neutralisieren. Eine unabhängige Instanz etwa kann überprüfen, ob sich die Ausschreibung an der Interessenlage des Vorbefassten orientiert⁵⁰.

c) Der dritte Unterschied resultiert aus dem Umstand, dass der Vorbefasste bereits vor der Ausschreibung mit den Behörden in Kontakt kommt. Diese Differenz ist am schwersten zu fassen, da Folgen persönlicher Kontakte als innere

⁴⁸ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass auch der gegenteilige Fall zutreffen kann, d.h. dass unter Umständen dem Vorbefassten ein Nachteil erwachsen kann: BGer 2P.122/2000 (Urteil vom 6. November 2000).

⁴⁹ Vgl. VGr ZH, Urteil vom 6. April 2000 (VB.2000.00068): In diesem Entscheid ging es um die Vergabe eines Architekturauftrags zur Sanierung eines Alterswohnheims. Das Gericht kam zum Schluss, dass ein Mitoffrieren von Anbietern, die bereits an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens mitgewirkt haben, sich in der Regel nicht mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Anbieter und der Fairness des Wettbewerbs vereinbaren lasse – unabhängig davon, ob sich die vorbereiteten Anbieter tatsächlich einen Vorteil verschafft haben oder nicht. Ein Architekt, der bereits vor der Ausschreibung im Auftrag der Vergabebehörde eine Grobkostenschätzung erstellt und insofern auf die finanziellen Rahmenbedingungen der Vergabe Einfluss genommen habe (sowie gegenüber den Konkurrenten über einen Wissensvorsprung verfüge), dürfe sich nicht am Vergabeverfahren beteiligen.

⁵⁰ *Stefan Scherler*, Vorbefassung – Vergaberecht: Wie hält es das Beschaffungsrecht mit der Vorbefassung einzelner Anbieter? BR 2000, S. 53.

Sachverhalte nicht ohne Weiteres objektiv bestimmbar sind. Aus dem Kontakt ergeben sich – von den Umständen abhängige – Möglichkeiten, persönliche Nähe zu den Entscheidungsträgern herzustellen und Sympathien zu gewinnen⁵¹. Ein gewisser Vorteil besteht prinzipiell betrachtet immer: Der Vorbefasste ist den Behörden bekannt und geniesst grundsätzlich einen – vielleicht nur minimalen oder unbewusst wirkenden – Vertrauensbonus. Wer eine richtige Auskunft oder einen guten Ratschlag erteilt hat, ist strategisch im Vorteil; er hat ihm entgegengebrachtes Vertrauen schon einmal nicht enttäuscht und dadurch grundsätzlich Vertrauen aufgebaut. Dieser Vorteil ist als einziger struktureller Natur.

Das Spektrum der Gefährdungen der Gleichbehandlung durch Vorbefassung ist – wie gezeigt – relativ gross. Es reicht von sehr grossen Vorteilen des Mitwirkenden bis zu minimalen. Ein grosser Teil der Vorteile ist grundsätzlich kompensierbar.

7. Pflicht zur Neutralisierung von Vorteilen

Die entscheidende Frage ist, wann der Gleichheitssatz den Ausschluss des Vorbefassten aus dem Vergabeverfahren gebietet. Darauf ist unter II.8. im Einzelnen einzugehen. Vorgehend stellt sich u.E. auf einer grundsätzlichen Ebene jedoch noch eine andere Frage. Gebieten die skizzierten Unterschiede zwischen den beiden Anbieterkategorien auch unabhängig von einem Ausschluss gewisse Differenzierungen?

Massgeblich sind hier u.E. folgende Überlegungen: Die spezifische Rolle des Vorbefassten hat zur Folge, dass bei jedem Zuschlag an einen – auch nur geringfügig – Vorbefassten ein Minimalverdacht im Raum steht, die Mitwirkung sei entscheidend gewesen. Er ist kaum aus der Welt zu schaffen, besteht wohl oft auch dann, wenn der Betreffende die beste Offerte unterbreitet hat; nimmt ein Vorbefasster am Vergabeverfahren teil, so ist dies mit Blick auf den Anschein stets heikel. Zudem können in der Praxis auch geringfügige Vorteile ohne Weiteres entscheidend sein. Unternehmen geben sich im harten Konkurrenzkampf Mühe, an die Grenze des Profitablen zu gehen, was die Unterschiede zwischen den Offerten tendenziell einebnet. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang aber auch das Vergabeprinzip *the winner takes all*. Die Differenz einer Nuance zwischen den Offerten kann – im Extremfall, etwa bei Grossaufträgen – über das wirtschaftliche Überleben eines Unternehmens entscheiden; zwischen einer Zukunft in Prosperität und geschäftlichem Niedergang kann bei von öffentlichen Aufträgen abhängigen Unternehmen ein schmaler Grat liegen. Es ist daher kein Zufall, dass Rechtsstreitigkeiten wegen angeblicher Unregelmässigkeiten bei Submissionen – zumindest bei stotternder Konjunktur – oft mit einiger Verbissenheit geführt werden.

⁵¹ VGr ZH, Urteil vom 13. August 2003 (VB.2003.00161), E. 3.d.

Insgesamt spricht dies dafür, die Unterschiede zwischen beiden Anbieterkategorien auch unterhalb der Ausschlusschwelle nicht von vornherein zu ignorieren. Nimmt man den normativen Gehalt des Gleichheitssatzes ernst, so ist – angesichts möglicher Folgen auch kleiner Vorteile – eine die Auswirkungen der Unterschiede auf ein Minimum beschränkende Differenzierung geboten.

Konkret bedeutet dies:

a) Wissensvorsprünge des Vorbefassten sind – im Rahmen des Möglichen – umfassend zu kompensieren. Die diesem zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen sind allen übrigen Anbietern ebenfalls zugänglich zu machen. Ausnahmen sind nur bei zwingenden Geheimhaltungsinteressen gerechtfertigt⁵². Zudem sind sämtliche Fristen im Vergabeverfahren so anzusetzen, dass den übrigen Anbietern kein Nachteil erwächst⁵³.

b) Vorteile infolge allfälliger Möglichkeiten einer Zuschneidung der Ausschreibung sind im Rahmen des Praktikablen ebenfalls zu neutralisieren. Wie der Gesetzgeber dies im Einzelnen sicherstellt, ist in seinem Ermessen⁵⁴. Dem Neutralitätsanspruch ist u.E. Genüge getan, wenn geeignete Vorkehren getroffen werden, um die Neutralität der Ausschreibung zu gewährleisten. Die Einrichtung einer unabhängigen Instanz, die die Unparteilichkeit überprüft, dürfte dieser Idee am besten entsprechen⁵⁵. Diese Aufgabe kann auch durch ein Verwaltungsgericht wahrgenommen werden.

c) Vorteile infolge persönlicher Nähe zwischen Vorbefasstem und Behörden sind naturgemäss nicht neutralisierbar. Mehr tun, als sie offen zu legen, kann man nicht; der Gleichheitssatz gebietet hier Transparenz in Bezug auf alle Kontakte zwischen Vorbefasstem und Behörden. Diese sind im frühestmöglichen Zeitpunkt bekannt zu geben, gewöhnlich bei der Ausschreibung⁵⁶.

8. Ausschluss bei erheblicher Vorbefassung

Ein Vorbefasster darf – dies bedarf der Klarstellung – nicht leichthin aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Der Gleichheitssatz schützt nicht nur allfällige Konkurrenten vor übermässigen Vorteilen des Vorbefassten, sondern

⁵² Das Vorliegen zwingender Geheimhaltungsinteressen wäre allenfalls ein sachlicher Grund für eine weitere Differenzierung innerhalb der hier interessierenden Unterscheidung.

⁵³ Ist der Informationsvorsprung von vornherein nicht aufholbar, so muss der Vorbefasste im Regelfall ausgeschlossen werden: vgl. nachfolgend II.8.

⁵⁴ Zum Verhältnis von Rechtsgleichheitssatz und Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers vgl. nachfolgend II.10.

⁵⁵ Vgl. dazu auch die Empfehlungen unter IV.

⁵⁶ Der Transparenzgrundsatz ist u.E. im vorliegenden Kontext kein eigenständiger Grundsatz, als der er teilweise behandelt wird, sondern ein Teilgehalt des Anspruchs auf rechtsgleiche Behandlung.

auch diesen vor sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierung. Ein kategorischer Ausschluss etwa zur systematischen Vermeidung von Prozessen würde vor der Verfassung nicht standhalten.

Schwierig ist jedoch die Bestimmung der Ausschlusschwelle. Das grundlegende Problem ist: Einerseits können – wie dargelegt – auch geringfügige Vorteile des Vorbefassten entscheidend sein; andererseits erscheint ein genereller Ausschluss bei geringfügigen Vorteilen angesichts der Vielzahl von Fällen, in denen er dies nicht ist, als unverhältnismässig. Vollständig lösbar ist das Problem nicht; wo immer man die Schwelle ansetzt, man wird einem Teil der Fälle nicht gerecht. Die u.E. beste und vermittelnde – angesichts des Gesagten jedoch hybride – Lösung des Problems ist daher, die Ausschlusschwelle geringfügig oberhalb des leichten Vorteils anzusetzen. Als Kriterium schlagen wir vor: die eine untergeordnete Mitwirkung übersteigende Vorbefassung. Solange dem Beitrag keine entscheidende Bedeutung zukommt und die Behörde seine Tragweite mühelos selbst einschätzen kann, sollte der Rechtsgleichheitssatz einer Teilnahme am Vergabeverfahren nicht im Wege stehen. Er *verbietet* einen Ausschluss u.E. bei geringfügigen Vorteilen, *gebietet* ihn jedoch bei nicht mehr untergeordneter Mitwirkung.

Nicht erreicht ist die Schwelle, wenn die Vorbefassung nur die Intensität eines Ratschlages oder einer Auskunft erreicht. Hier ist eine kategoriale Ungleichbehandlung von Vorbefasstem und übrigen Anbietern mit Blick auf die Teilnahme am Vergabeverfahren – nicht aber die Neutralisation der Vorteile – angesichts der Aufholbarkeit eines allfälligen Wissensvorsprunges sowie der Überschaubarkeit der Zuschneidungsmöglichkeiten und der persönlichen Kontakte nicht gerechtfertigt. Erreicht ist die Schwelle wohl aber bereits bei wiederholten Auskünften. Diese implizieren eine Art Institutionalisierung des Dialogs zwischen Behörde und Vorbefasstem, der unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten aus den dargelegten Gründen problematisch ist. Ein wiederholt als Ratgeber tätig gewordener Anbieter verfügt mit hoher Wahrscheinlichkeit über Wissens-, sicher aber über persönliche Vorteile in einem Vergabeverfahren.

Grenzfälle stellen etwa das Erstellen einer (kurzen) Machbarkeitsstudie⁵⁷ oder die Übernahme von nicht umfangreichen Grundsatzabklärungen dar, sofern daraus keine nennenswerten Wissensvorsprünge resultieren⁵⁸. Voraussetzung für die Zulassung zum Vergabeverfahren muss hier sein, dass die Behörde die Mitwirkung aus eigener Sachkenntnis einschätzen kann⁵⁹. Ist dies nicht der Fall, so besteht eine Art Vorstufe eines Abhängigkeitsverhältnisses, das nach einem Ausschluss verlangt.

⁵⁷ Zulässig gemäss Handbuch ZH (Anm. 3), S. 8–25.

⁵⁸ Vgl. *Lutz*, Ausstandspflicht (Anm. 5), S. 5.

⁵⁹ Vgl. VGr ZH, Urteil vom 8. Dezember 2004 (VB.2004.00304); Besprechung des Entscheides bei *Claudia Schneider Heusi*, Zu einem wichtigen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts, Kriterium Nr. 17/2005 – Informationen zur Submissionspraxis, hrsg. von der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, S. 5 f.

Sicher nicht mehr untergeordnet ist die Mitwirkung, wenn der Wissensvorsprung von den anderen Anbietern zeitlich oder sachlich nicht mehr eingeholt werden kann. Dasselbe gilt für den Fall, dass bei objektiver Betrachtung Gefahr besteht, der Vorbefasste könnte wichtige Informationen zurückbehalten. Immer auszuschliessen sind auch Anbieter, die die Ausschreibungsunterlagen selbst erarbeiten oder umfassend mit der Planung bzw. Projektierung betraut werden. Geboten ist ein Ausschluss schliesslich, wenn zwar nicht der Vorbefasste selbst, jedoch seine Lieferanten, Subunternehmer oder engen Geschäftspartner in nicht untergeordneter Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt sind. Die Gerichte verfolgen in diesem Punkt zu Recht eine strenge Praxis, die von Kanton zu Kanton etwas variiert.

Ist ein potenziell Vorbefasster auszuschliessen, so ist ihm dies im frühestmöglichen Zeitpunkt mitzuteilen. Dies folgt auch aus dem in Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung statuierten Grundsatz der Fairness der Behörden im Verwaltungsverfahren sowie aus Art. 5 Abs. 3 BV, der ein Verhalten nach Treu und Glauben gebietet.

9. Ausnahmen bei kleinem Markt?

Einen festen Platz in der Diskussion zur Vorbefassung hat die Frage allfälliger Ausnahmen vom Ausschlussgebot. Ein wichtiger Gemeinplatz lautet dabei: Der Gleichheitssatz verlangt bei einem kleinen Markt keine absolute Geltung⁶⁰. Stimmt das? Als Beispiel wird jeweils der oligopolistische Spezialistenmarkt angeführt – etwa der Markt hoch spezialisierter Anlagebauer oder Akustiker –⁶¹, wobei auf das Erfordernis eines wirksamen Wettbewerbs und – erneut – das Ziel des ökonomischen Einsatzes öffentlicher Ressourcen hingewiesen wird⁶².

Es wurde dargelegt, dass diese Argumentation vor der Verfassung nicht stand hält. Die Ausnahme lässt sich u.E. aber dennoch rechtfertigen, wenn auch mit anderen Gründen. Es stellt sich die Frage, wie sich der Gleichheitssatz zur Situation verhält, in der seine Anwendung die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht nur erschwert – was im Normalfall bis zu einem gewissen Grad unvermeidbar ist –, sondern verhindert. Ein solcher Fall liegt vor, wenn in einem kleinen Markt, auf dessen Mitwirkung bei der Vorbereitung der Ausschreibung die Behörde angewiesen ist, kein Anbieter zu finden ist, der einen Ausschluss im Vergabe-

⁶⁰ Statt vieler: *Nyffenegger/Kobel* (Anm. 1), S. 64 f.; *Handbuch ZH* (Anm. 3), S. 8–25.

⁶¹ *Handbuch ZH* (Anm. 3), S. 8–25.

⁶² In Analogie zum sogenannten Einladungsverfahren bei der Ausschreibung wird davon ausgegangen, dass bei drei Anbietenden ein ausreichender Wettbewerb herrsche. Vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} revIVöB.

verfahren in Kauf zu nehmen bereit ist. Die konsequente Anwendung des Gleichheitssatzes würde die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verhindern⁶³.

Ein solches Ergebnis wäre mit dem Grundanliegen des Rechtsgleichheitssatzes unvereinbar. Dieser will Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen *bei* der staatlichen Aufgabenerfüllung gewährleisten, nicht eine Alternative dazu darstellen. Er soll – untechnisch ausgedrückt – eine Art Modus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sein. Ist die Erfüllung gefährdet, so sollte – im Rahmen des Notwendigen – ein geringfügiges Abweichen vom Gleichbehandlungsgrundsatz möglich sein. U.E. ist es daher mit der Verfassung vereinbar, in einem kleinen Markt auch einen in nicht untergeordneter Weise Vorbefassten zum Vergabeverfahren zuzulassen. Voraussetzung muss allerdings der Nachweis der Behörde sein, dass kein Teilnehmer zur Mitwirkung bei gleichzeitigem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren bereit war⁶⁴.

10. Geringer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Zum Schluss der allgemeinen Ausführungen ist eine Bemerkung zum Verhältnis zwischen Gleichheitssatz und Rechtsetzung nötig. Dieser hat selbstverständlich nicht die Funktion, den Inhalt von Gesetzen und der Rechtsordnung als eine Art abstrakter Gerechtigkeitsmassstab im Einzelnen zu determinieren⁶⁵. Den rechtsetzenden Behörden bleiben im Regelfall – in Abhängigkeit von den konkreten Umständen – grosse Gestaltungsspielräume bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Sie sind nicht nur Vollzieher der durch die Verfassung getroffenen Wertentscheidungen.

Die Spielräume variieren allerdings mit den Umständen. Sie verengen sich in dem Mass, in dem die Essenz des Gleichbehandlungsgebots auf dem Spiel steht. Beim Vorbefassungsproblem ist die Determinationskraft des Rechtsgleichheitssatzes wegen der hohen Sensibilität des Bereichs ausgesprochen gross; auch vergleichsweise geringfügige Vorteile des Vorbefassten können weit reichende Konsequenzen haben. Das Bundesgericht hält sich mit der Annahme einer Verletzung des Gleichheitssatzes in Vorbefassungsfällen allerdings zurück. Neben – legitimer – föderalistischer Rücksichtnahme ist dabei ein gewisser Mangel an Einlassung auf die sich hier stellenden dogmatischen Fragen zu konstatieren.

⁶³ Unternehmen mit hoch spezialisierten Planungsabteilungen sind oft nur bereit, an Vorstudien mitzuwirken, wenn sie auch mitbieten dürfen.

⁶⁴ Die relevanten Teilnehmer des Marktes – dieser ist ja klein – müssen u.E. angeschrieben werden. Allerdings besteht auch ein gewisses Risiko von Absprachen.

⁶⁵ *Beatrice Weber-Dürler*, Rechtsgleichheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 664 m.H. auf BGE 125 I 178 E. 6.b.

III. Diskussion positivrechtlicher Regelungen

Im Folgenden werden einige positivrechtliche Regelungen im Licht des Ausgeführten diskutiert⁶⁶:

1. Beeinflussungspotenzial

Zuerst soll die in der Schweiz verbreitetste rechtsetzerische Lösung betrachtet werden. Sie erhebt das Beeinflussungspotenzial der Mitwirkung zum Ausschlusskriterium. Pate zu dieser in einer Reihe von Kantonen geltenden Regelung hat die – rechtlich nicht verbindliche – Vergaberichtlinie des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen gestanden. Diese ist als Musterregelung für die kantonalen Gesetzgeber geschaffen worden⁶⁷. Zum Teil ist sie wörtlich oder zumindest fast wörtlich in die kantonalen Submissionsgesetze und -verordnungen übernommen worden, etwa in den Kantonen Zürich⁶⁸, St. Gallen⁶⁹ und Thurgau⁷⁰. Möglicherweise wird der Bund sie bald ebenfalls übernehmen⁷¹:

Personen oder Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten *beeinflussen* können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen. [Kursivsetzung durch die Verf.]

Die Stärke dieser Regelung besteht darin, dass sie für jeden Vorteil des Vorbefassten sensibel ist. Sie ermöglicht nicht nur die Erfassung von Wettbewerbsvorteilen infolge Wissensvorsprunges, sondern auch solche aufgrund einer Möglichkeit der Zuschneidung der Ausschreibung auf die Interessenlage des Vorbefassten oder aufgrund entstandener persönlicher Nähe. Kurz: Sie hat die Gesamtheit der Problematik vor Augen, verengt diese nicht auf ein Teilproblem.

Allerdings ist sie sehr allgemein und vage gehalten. Sie enthält insbesondere kein konkretes Kriterium zur Entscheidung der zentralen Frage, wie gross das Beeinflussungspotenzial für einen Ausschluss sein muss. Streng genommen besteht – wie gezeigt – bei jeder Vorbefassung ein gewisses Beeinflussungspoten-

⁶⁶ Insgesamt ist die Rechtszersplitterung im Vergabebereich eine negative Erscheinung. Sie erzeugt Rechtsunsicherheit und steht sowohl einer Marktöffnung als auch der Wirtschaftlichkeit entgegen: *Stöckli*, Vergaberecht (Anm. 1), S. 8.

⁶⁷ § 8 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (VRöB), erlassen gestützt auf Art. 4 Abs. 2 lit. b revIVöB.

⁶⁸ § 9 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO, LS 720.11).

⁶⁹ Art. 5^{bis} der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998 (VöB, sGS 841.11).

⁷⁰ § 19 der Verordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2004 (VöB, RB 720.21).

⁷¹ Zum Reformvorschlag im Bund vgl. Sekretariat der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), Bericht zu Handen des Projektausschusses, 7. April 2005, S. 54 ff.

zial, da der vorgängige persönliche Kontakt dem Vorbefassten einen Vertrauensbonus verschafft. Dieser kann entscheidend sein, auch wenn er minimal ist. Es dürfte jedoch nicht Sinn der Bestimmung sein, jedes Beeinflussungspotenzial ungeachtet seiner Grösse zu erfassen; dies würde den Ausschluss jedes Vorbefassten bedeuten, und das Abstellen auf das Beeinflussungspotenzial würde so überhaupt keinen Sinn machen. Gemeint sein kann nur ein *erhebliches* Beeinflussungspotenzial. Erreicht sein dürfte diese Schwelle bei einer nicht ganz untergeordneten Mitwirkung im Sinne der Ausführungen unter II.8.⁷²

Insgesamt stellt die Regelung ein flexibles und verfassungskonform auslegbares Instrument dar, um das Vorbefassungsproblem in den Griff zu bekommen. Die Hauptaufgabe der Problemlösung wird allerdings den rechtsanwendenden Behörden zugewiesen.

2. Privilegierter und wettbewerbsverfälschender Wissensstand

Als zweiter Lösungsansatz soll die Regelung des Kantons Wallis betrachtet werden. Diese war Gegenstand des bisher einzigen sich vertieft mit der Thematik befassenden Bundesgerichtsentscheides⁷³. Sie erklärt das Vorhandensein eines privilegierten und die Chancengleichheit verfälschenden Wissensstandes zum Ausschlusskriterium:

Ein Anbieter wird [...] ausgeschlossen, wenn er [...] im Rahmen des gleichen Projektes ein oder mehrere Planungs- oder Bauleitungsaufträge ausgeführt hat und diese Leistung ihm für das gegenwärtige Angebot einen *privilegierten Informations- und Wissensstand* verschafft, welcher die *Chancengleichheit verfälscht* [...] ⁷⁴. [Kursivsetzung durch die Verf.]

Von den drei skizzierten möglichen Vorteilen des Vorbefassten hat diese Regelung nur das Problem des Informationsvorsprungs vor Augen. Die Problematik einer Zuschneidung des Projekts und der Nähe des Vorbefassten zu den Behörden werden nicht erfasst. Vor der Verfassung dürfte dies nicht standhalten. Erfolgt etwa bei intensiven Kontakten zwischen Vorbefasstem und Behörde – auch ohne Wissensvorsprung – kein Ausschluss, ist u.E. der Rechtsgleichheitssatz verletzt. Auch diese Regelung ist zudem sehr vage gehalten. Sie enthält keine Anhaltspunkte, wann ein Informationsvorsprung privilegierend und die Chancengleichheit verfälschend ist. Die Konkretisierung der Ausschlusschwelle ist auch hier den rechtsanwendenden Behörden zugewiesen.

⁷² Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen ist in einem Urteil vom 20. Dezember 2005 zum Schluss gekommen, dass eine Beteiligung des Vorbefassten am Vergabeverfahren zulässig ist, wenn 1. der durch die Mitwirkung erlangte Wissensvorsprung nur zu einem geringfügigen Vorteil gegenüber den anderen Anbietern führt, die Mitwirkung 2. nur untergeordneter Natur ist und 3. gegenüber den anderen Anbietern offen gelegt wird: Verwaltungsgericht SG, B 2005/149. Vgl. dazu auch VGr ZH, Entscheid vom 8. Dezember 2004 (VB.2004.00304), E. 3.3.2.

⁷³ Urteil vom 25. Januar 2005 (BGer 2P.164/2004) in: ZBI 106/2005, S. 473 ff.

⁷⁴ Art. 23 lit. k der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR VS 726.100).

Das Bundesgericht hat die Schwelle im erwähnten Urteil aus dem Jahr 2005 ausgesprochen hoch angesetzt⁷⁵. Es hielt fest, dass die Ausführung eines Teilauftrags im Rahmen eines grösseren Projekts für sich genommen noch keine Annahme eines privilegierten und wettbewerbsverzerrenden Wissensstandes rechtfertige⁷⁶. Zusätzlich erhöht hat es sie auch dadurch, dass es dem benachteiligten Konkurrenten den Nachweis eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aufbürdete⁷⁷. Diese Position des Bundesgerichts wird u.E. dem Umstand nicht gerecht, dass die Ausführung eines Teilprojekts zu einem in der Sache kaum mehr einholbaren Vorsprung führen kann. Eine Zulassung zum Vergabeverfahren verletzt hier den Rechtsgleichheitssatz; das Bundesgericht lässt sich auf dieses Problem bedauerlicherweise nicht näher ein. Zustimmung verdient der Entscheid jedoch mit Blick auf die Feststellung, dass sich die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern nicht auf die Zulassung von Bewerbern im Submissionsverfahren übertragen lässt⁷⁸.

Die Walliser Bestimmung stellt einen das Vorbefassungsproblem zu sehr auf das Informationsproblem verengenden Versuch der Problemlösung dar. Sie ist u.E. nicht verfassungskonform. Eine allfällige verfassungskonforme Auslegung müsste den Wortlaut hinter sich lassen und unter Berufung auf die Grundidee von Vorbefassungsregeln auch die anderen Möglichkeiten einer Beeinflussung der Vergabe im Sinne des Dargelegten mit einbeziehen.

3. Ausschlussvermutung mit generalklauselartiger Ausnahmeregelung

Kurze Betrachtung verdient die Regelung des Kantons Basel-Landschaft. Sie besteht aus zwei Elementen: zum einen aus einer Ausschlussvermutung für mit der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen betraute Vorbefasste und zum anderen einer grosszügig anwendbaren Ausnahmeklausel. Voraussetzung für ein Absehen vom Ausschluss ist lediglich, dass die Abweichung bei der Ausschreibung bekannt gegeben wird⁷⁹:

⁷⁵ Der Fall betraf die Vergabe von zwei Ingenieursmandaten im Rahmen der Realisierung der Rhoneautobahn A9. Ein abgewiesener Anbieter machte geltend, die berücksichtigte Anbieterin sei in unzulässiger Weise vorbefasst gewesen, weil sie im Rahmen der Erarbeitung des generellen Projektes und des Auflageprojektes verschiedene Studien ausgeführt und sich dabei einen «riesigen Informations- und Wissensvorsprung» verschafft habe.

⁷⁶ E. 5.7.1. (ZBI 106/2005, S. 479 f.).

⁷⁷ E. 5.7.3. (ZBI 106/2005, S. 481). Vgl. *Lutz*, Ausstandspflicht (Anm. 5), S. 5 f.; kritisch: *Denis Esseiva*, Note pour les arrêts S6 et S19, BR 2005, S. 76.

⁷⁸ E. 5.7.3. Vgl. dazu oben II.4.a.

⁷⁹ Die Regelung weist eine gewisse Ähnlichkeit mit der österreichischen Lösung auf, gemäss der «in begründeten Ausnahmefällen» von der Ausschlussvermutung abgewichen werden kann: § 21 Abs. 3 Bundesvergabegesetz (BGBl I 99/2002).

Wer mit der *Ausarbeitung* der Ausschreibungsunterlagen *betraut* wurde, darf in der Regel nicht mehr als Anbieterin oder Anbieter am Verfahren teilnehmen. *Ausnahmen* müssen in der Ausschreibung *bekannt gegeben* werden⁸⁰. [Kursivsetzung durch die Verf.]

Die Regelung ist mit Blick auf den Kreis der Auszuschliessenden zu eng formuliert. Vorbefasste können auch bei massiven Vorteilen ohne Weiteres zum Vergabeverfahren zugelassen werden, solange sie nicht mit der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen betraut sind. Zudem ist der Ausschluss auch bei mit der Ausarbeitung der Ausschreibung Betrauten nicht zwingend; er erfolgt nur «in der Regel», Ausnahmen sind möglich. Dazu kommt, dass der Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel prinzipiell zu weit formuliert ist. Er erlaubt es, selbst mit der Ausarbeitung der Ausschreibung Betraute zum Vergabeverfahren zuzulassen, sofern dies bei der Ausschreibung bekannt gegeben wird. Der Kreis der Auszuschliessenden müsste weiter, der Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel enger gefasst werden. Die Regelung hält in dieser Form vor dem Rechtsgleichheitssatz nicht stand, und die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung ist u.E. skeptisch zu beurteilen.

4. Abstufung nach der Intensität der Vorbefassung

Zum Schluss soll die Regelung des Kantons Graubünden ins Licht gerückt werden. Sie unterscheidet zwischen verschiedenen Intensitäten der Mitwirkung bei der Vorbereitung der Ausschreibung. Zum einen enthält sie eine strikte Ausschlussregel für Vorbefasste, die die Ausschreibungsunterlagen selbst erstellt haben. Zum anderen sieht sie bei den übrigen Mitwirkenden einen Ausschluss vor, wenn sie entweder einen wesentlichen und uneinholbaren Wissensvorsprung oder eine Beeinflussungsmöglichkeit mit Blick auf die Vergabe erlangt haben:

Personen und Unternehmen dürfen sich nicht als Anbieter am Verfahren beteiligen, wenn sie: a) die *Ausschreibungsunterlagen erstellt* haben; b) an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie dadurch einen *wesentlichen* durch den Auftraggeber *nicht ausgleichbaren Wissensvorsprung* erlangt haben oder die Vergabe zu ihren Gunsten *beeinflussen* können⁸¹. [Kursivsetzung durch die Verf.]

Im Vergleich mit den bisher diskutierten Regelungen weist diese Norm den Vorteil relativ hoher Determiniertheit auf. Der kategorische Ausschluss der Ersteller von Ausschreibungsunterlagen unter a) entspricht der Verfassung. Der Rechtsgleichheitssatz gebietet hier den Ausschluss. Geglückt scheint uns auch – mit einer leichten Einschränkung – der zweite Teil der Regelung unter b). Entschieden ist hier zunächst die ebenfalls eindeutige Situation eines wesentlichen und uneinholbaren Wissensvorsprungs, bei der der Rechtsgleichheitssatz nach dem

⁸⁰ § 18 der Beschaffungsverordnung vom 25. Januar 2000 (SGS 420.11). Die Bestimmung besteht aus zwei Absätzen.

⁸¹ Art. 12 Abs. 2 SubG (803.300).

Ausgeführten klarerweise einen Ausschluss verlangt. Nicht erfasst ist jedoch der Fall eines grossen, aber nicht uneinholbaren Wissensvorsprunges, bei dem die Chancengleichheit dennoch massiv tangiert sein kann. Entgegen der Regelung ist ein Vorbefasster u.E. auch hier auszuschliessen; sie ist in diesem Punkt zu eng formuliert.

Mit den Anforderungen des Rechtsgleichheitssatzes vereinbar ist wiederum der letzte Teil der Regelung, in dem auf die Möglichkeit einer Beeinflussung der Vergabe abgestellt wird. Er stimmt mit der unter III.1. diskutierten Regelung überein. Obwohl relativ vage, stellt dieses Kriterium wie ausgeführt ein im Einzelfall flexibles, generalklauselartiges Instrument zur Erfassung jener Fälle dar, in denen die Mitwirkung die Intensität eines punktuellen Ratschlages oder einer Auskunft übersteigt.

Von den hier diskutierten Regelungen scheint uns die Lösung des Kantons Graubünden den Geboten der Normklarheit und der Konsistenz mit der Verfassung insgesamt am besten zu entsprechen.

IV. Normierungsvorschlag

Die nachfolgenden Artikel formulieren die Essenz dieses Beitrages in Form eines Normierungsvorschlages:

Art. 1 Ausschluss vom Vergabeverfahren

- 1 Ein vorbefasster Anbieter ist vom Vergabeverfahren auszuschliessen, wenn seine Mitwirkung bei der Vorbereitung der Ausschreibung nicht untergeordneter Natur gewesen ist.
- 2 Als nicht untergeordnet gilt grundsätzlich jede Mitwirkung, die den Umfang eines einmaligen Ratschlages oder einer Auskunft übersteigt oder deren Tragweite von der Vergabebehörde nicht selbst eingeschätzt werden kann.
- 3 Vom Ausschluss kann abgesehen werden, wenn die für die Vorbereitung der Ausschreibung erforderliche Mitwirkung externer Experten nicht anders erlangt werden kann.

Art. 2 Teilnahme eines vorbefassten Anbieters

- 1 Wird ein vorbefasster Anbieter zum Vergabeverfahren zugelassen, so sind alle diesem zugänglich gemachten Informationen frühzeitig auch den übrigen Anbietern zur Verfügung zu stellen.
- 2 Der Fristenlauf für die Eingaben ist so anzusetzen, dass den übrigen Anbietern keine Nachteile entstehen.
- 3 Eine unabhängige Instanz⁸² überprüft auf Antrag die Unparteilichkeit der Ausschreibung.

⁸² Beispielsweise das Verwaltungsgericht.

Art. 3 Informationspflichten

- 1 Die Mitwirkung externer Stellen im Vorbereitungsstadium einer Ausschreibung ist bei der Publikation bekannt zu machen.
- 2 Bei der Vorbereitung einer Ausschreibung Mitwirkende sind beim ersten Kontakt auf die Möglichkeit eines Ausschlusses im Vergabeverfahren hinzuweisen.