

# **Neues zum Rechtsschutz in Vergabesachen**

**Marc Steiner, Richter am  
Bundesverwaltungsgericht**

## **Warum Rechtsschutz?**

Art. XX GPA: Beschwerdeverfahren

2. Die Vertragsparteien legen nichtdiskriminierende, zügige, transparente und wirksame Verfahren fest, welche den Anbietern erlauben, gegen vermutete Verletzungen dieses Übereinkommens im Zusammenhang mit Beschaffungen, an welche sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde zu erheben.

## **Warum Rechtsschutz?**

### Art. 9 BGBM

Abs. 1: Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.

Abs. 2: Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vor.

## **Rechtsschutz auf kantonaler Ebene**

- BGE 131 I 137 ff. (Fall Sigriswil)

Das angefochtene kantonale Urteil, welches entsprechend der kantonalgesetzlichen Ordnung die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die freihändige Vergebung verneint, verstösst nicht gegen Art. 9 BGBM bzw. gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV).

## ***Die Rekurskommission***

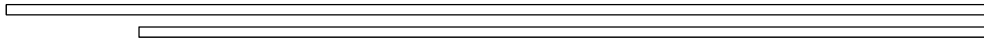
- In den Gesprächen mit den Experten hat sich gezeigt, dass die kantonalen Instanzen, die in einem lokalen Umfeld agieren, eher zu pragmatischen Lösungen neigen, die BRK hingegen eine formellere Auslegung betreibt, da sie keinem lokalen Druck ausgesetzt ist (PVK, Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Bericht vom 14. März 2002, S. 12).

## ***Der Zugang zum Bundesgericht I***

- Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Beschaffungsrecht gemäss Art. 83 lit. f BGG nur zulässig, wenn zugleich
  - a) die GPA- bzw. BoeB-Schwellenwerte überschritten sindund
  - b) sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt

## ***Der Zugang zum Bundesgericht II***

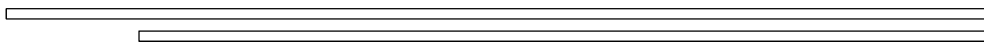
- Soweit nicht die Einheitsbeschwerde die Funktion der bisherigen staatsrechtlichen Beschwerde übernimmt, soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sicherstellen, dass das Bundesgericht seine Funktion als „Hüterin der Verfassung“ in Bezug auf Entscheide letzter kantonaler Instanzen wahrnehmen kann.



## ***Die Rechtsweggarantie***

- Art. 29a BV:

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.



## ***Die anfechtbare Verfügung***

- Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten:
    - a) Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens
    - b) die Ausschreibung des Auftrags
    - c) der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren
    - d) der Ausschluss nach Artikel 11
- 
- 

## ***Die Begründungspflicht I***

- Art. 23 Abs. 1 BoeB: Die Auftraggeberin eröffnet summarisch begründete Verfügungen nach Artikel 29 durch Veröffentlichung [...] oder durch Zustellung.
  - Art. 23 Abs. 2 BoeB: Auf Gesuch hin muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbieterinnen umgehend Folgendes bekannt geben: .....
- 
-

## ***Die Begründungspflicht II***

- .. muss die Auftraggeberin .. bekannt geben:
  - c) den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und die höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote
  - d) die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung
  - e) die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots

Vorbehalt: Anbieterinteressen

---

---

## ***Die Begründungspflicht III***

- Die Begründungspflicht umfasst die Offenlegung der Entscheidungsgründe. Damit kann verhindert werden, dass sich die Behörden von unsachgemässen Motiven leiten lassen. Mit einer gut verständlich formulierten, für die Betroffenen gedanklich nachvollziehbaren Begründung erhöht sich zudem auch die Akzeptanz einer hoheitlichen Anordnung (AGVE 1998, S. 425).
- 
-

## ***Die Begründungspflicht IV***

- Bei der Aussage, das wirtschaftlich günstigste Angebot habe den Zuschlag erhalten, handelt es sich um eine Scheinbegründung.
- Der Satz "Ihre Genesung ist noch nicht so weit fortgeschritten, dass wir eine Entlassung aus der psychiatrischen Klinik vom ärztlichen Standpunktaus verantworten können." ist ähnlich aussagekräftig (vgl. AGVE 1998, S. 268).

## ***Die Rechtsmittelbelehrung***

- Soweit im vorliegenden Vergabeverfahren der geschätzte Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 2a Abs. 3 VoeB) und eine Tätigkeit im Sinne von Art. 2a Abs. 2 lit. b VoeB betroffen ist, kann gegen diese Verfügung gemäss Art. 27 ff. BoeB innert 20 Tagen seit Eröffnung ... Beschwerde ... erhoben werden.
- Hinweis: Im in Frage stehenden Verfahren hat sich die Frage der Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 BoeB bzw. Art. 14 VoeB gestellt.

## ***Die Rechtsmittelinstanz I***

- Art. 27 Abs. 1 BoeB in der Fassung vom 17. Juni 2005:

Gegen Verfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig.

- Frühere Fassung: Diese (die Rekurskommission) entscheidet endgültig.
- 
- 

## ***Die Rechtsmittelinstanz II***

- Art. 11 Abs. 1 VGR:  
Das Bundesverwaltungsgericht besteht aus fünf Abteilungen.
  - Art. 16 Abs. 2 VGR:  
Die zweite Abteilung behandelt Geschäfte, die ihren Schwerpunkt in den Bereichen Wirtschaft, Wettbewerb und Bildung haben.
  - Art. 16 Abs. 5 VGR:
  - Im Einzelnen wird die Geschäftsverteilung im Anhang geregelt.
- 
-

## ***Die Rechtsmittelinstanz III***

- Anhang gemäss Art. 16 Abs. 5 VGR:  
Der zweiten Abteilung werden Geschäfte der folgenden Rechtsgebiete zugeteilt:
  - öffentliche Beschaffungen
  - ...
  - Kartellrecht und Preisüberwachung
  - ...
  - geistiges Eigentum

## ***Die Stellung der Richter I***

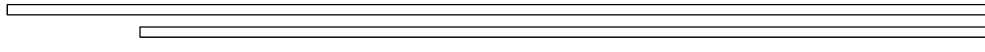
- Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4257:

Die Wahl durch die Bundesversammlung mache die Richterstellen für kompetente Persönlichkeiten attraktiv und verleihe dem Bundesverwaltungsgericht einen hohen Stellenwert.

## ***Die Stellung der Richter II***

- Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4258:

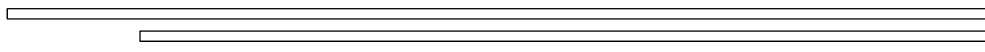
Das (für Bundesrichter geltende) Statut für Magistratspersonen ... ist weniger geeignet für Personen, die nach einigen Jahren Richtertätigkeit eine neue Aufgabe übernehmen wollen.



## ***Die Stellung der Richter III***

- Art. 6 Abs. 2 VGG:

Die Richter und Richterinnen dürfen weder eine Tätigkeit ausüben, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigt, noch berufsmässig Dritte vor Gericht vertreten.



## ***Die Stellung der Richter IV***

- Art. 19 Abs. 2 VGG:  
Bei der Bestellung der Abteilungen sind die fachlichen Kenntnisse der Richter und Richterinnen sowie die Amtssprachen angemessen zu berücksichtigen.

## ***Die Verfahrensleitung***

- Art. 39 Abs. 1 VGG:  
Der Präsident ... der Abteilung leitet als Instruktionsrichter das Verfahren bis zur Entscheidung; er kann eine andere Richterin oder einen anderen Richter mit dieser Aufgabe betrauen.

Hinweis: In der Abteilung II wird immer ein Instruktionsrichter bestimmt.

## ***Der Zwischenentscheid***

- Instruktionsrichter oder Dreierbesetzung?

Aus den Materialien zum VGG ist nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als lex specialis zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (Zwischenentscheid im Verfahren B-1774/2006 vom 22. März 2007, E. 1.3.2).

## ***Die aufschiebende Wirkung I***

- Art. 28 Abs. 1 BoeB:  
Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.
- Art. 28 Abs. 2 BoeB:  
Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen.

## ***Die aufschiebende Wirkung II***

- Manchen nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen ist nicht bewusst, dass die aufschiebende Wirkung nur auf Antrag hin gewährt wird.
- Der Satz "Wir brauchen diesen Auftrag." wird nicht als Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung verstanden.

## ***Die aufschiebende Wirkung III***

- Art. 27 Abs. 2 BoeB:  
Die Rekurskommission informiert die Auftraggeberin umgehend über den Eingang einer Beschwerde.

Hat die Beschwerdeführerin Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt, erteilt der Instruktionsrichter sofort mit der Mitteilung gemäss Art. 27 Abs. 2 BoeB superprovisorisch die aufschiebende Wirkung.

### ***Die aufschiebende Wirkung IV***

- Die Dringlichkeit, die nachgewiesen werden muss, um auch das Abwarten des richterlichen Entscheides über die aufschiebende Wirkung für die Vergabestelle als unzumutbar erscheinen zu lassen, .. setzt eine ... notstandsähnliche Situation voraus (VPB 66.37, E. 2b).

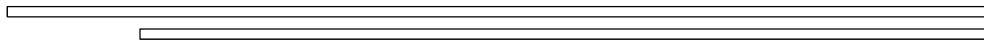
### ***Die aufschiebende Wirkung V***

- Ist aufgrund einer prima facie-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen, so beschränkt Art. 32 Abs. 2 BoeB die Rekurskommission nicht in ihrer Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu gewähren. ... Damit ist, obwohl der Vertrag bereits abgeschlossen ist, grundsätzlich zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegeben sind (VPB 66.37, E. 2a).

## ***Die aufschiebende Wirkung VI***

- Prüfschema Rekurskommission Phase 1:

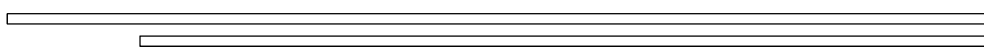
Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist.



## ***Die aufschiebende Wirkung VII***

- Prüfschema Rekurskommission Phase 2:

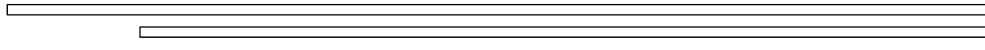
Interessenabwägung: In diese sind die Interessen der Beschwerdeführerin, die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, einzubeziehen.



## ***Die aufschiebende Wirkung VIII***

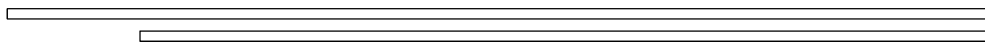
- Neues Prüfprogramm für die Phase 2?

Ob in Zukunft im Rahmen der Interessenabwägung auch die überwiegend negative (oder positive) Erfolgsprognose berücksichtigt werden soll, wie dies in der Lehre gefordert wird (...), kann im vorliegenden Fall offen bleiben (Zwischenentscheid im Verfahren B-1774/2006 vom 13. März 2007, E. 2.2).



## ***Die aufschiebende Wirkung IX***

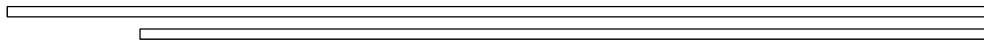
- Auf die Dringlichkeit der Beschaffung darf im Rahmen des Entscheides über die aufschiebende Wirkung nur abgestellt werden, wenn sie sich aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen unzureichenden Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist (VPB 66.37, E. 2f).



## ***Die aufschiebende Wirkung X***

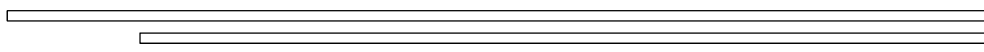
- NZZ vom 24. März 2007: Nachwehen zum Neat-"Fall Erstfeld" – Verfahren verbesserungswürdig

Doch auch die BRK kommt nicht ungeschoren davon. ... "Ausserdem trug die BRK den volkswirtschaftlichen Interessen bei der Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu wenig Rechnung."



## ***Die Akteneinsicht I***

- Für das Verfahren vor der Rekurskommission besteht ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (VPB 66.37, E. 3a)



## ***Die Akteneinsicht II***

- Herauszugeben sind Protokolle von Besprechungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle (VPB 66.37, E. 3b).
  - Im Vergaberecht des Bundes ist die Protokollierungspflicht das zentrale Element der Formvorschriften, die bei Verhandlungen einzuhalten sind. -> Nachvollziehbarkeit für die Rechtsmittelinstanz (Galli/Moser/Lang, Rz. 333)
- 
- 

## ***Die Akteneinsicht III***

- Seitens der Beschwerdeführerin ist ... die Einsichtnahme in den Evaluationsbericht verlangt worden. Die BRK hat den Evaluationsbericht unter dem Aspekt überwiegender Geheimhaltungsinteressen der Vergabestelle und der übrigen Anbieter geprüft und ist zum Ergebnis gekommen, dass der Bericht in Bezug auf die einzelnen Anbieter und Angebote keine Informationen enthält, an denen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht (VPB 68.120, E. 1f).
- 
-

### ***Die Akteneinsicht IV***

- Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip beschränkt sich die Verweigerung der Einsichtnahme ganz allgemein auf diejenigen Aktenstücke, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. ... Auch einzelne Aktenstücke, an denen überwiegende Geheimhaltungsinteressen bestehen, dürfen nur insoweit der Einsicht entzogen werden, wie es die Geheimhaltung erfordert, wenn eine teilweise Einsicht-gewährung praktikabel ist (Galli/Moser/Lang, Rz. 672).
- 
- 

### ***Die Akteneinsicht V***

- Fiktives Beispiel für Anträge der Vergabestelle:

Selbstverständlich sind wir damit einverstanden, der Beschwerdeführerin bei Bedarf vollumfängliche Einsicht in die Unterlagen zu gewähren. Im Submissionsverfahren genießen die eingereichten Offertunterlagen der Mitkonkurrenten grundsätzlich den Schutz als Geschäftsgeheimnisse.

---

---

## ***Die Akteneinsicht VI***

- Auszug aus einer Instruktionsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts:  
Anche in caso di rinuncia a presentare le proprie osservazioni nel termine impartito, l'autorità aggiudicatrice è invitata ad inoltrare gli atti preliminari completi nonché un elenco degli allegati che si riferiscono alla decisione impugnata, con preghiera di indicare quali sono a suo avviso i documenti o passaggi che devono essere esclusi dal diritto alla consultazione degli atti del ricorrente.