

VergabeNews Nr.

6

---

**Zur Verwirkung des Beschwerderechts** Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem neuen Urteil seine Rechtsprechung bekräftigt, wonach Rügen gegen Ausschreibungsbedingungen nicht erst mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag erhoben werden können. Werden allfällige Mängel nicht sofort gerügt, ist das Beschwerderecht verwirkt.

---

walderwyss rechtsanwälte



Von **Julia Bhend**  
lic. iur., Rechtsanwältin  
Telefon +41 44 498 95 55  
julia.bhend@walderwyss.com

## Zur Verwirkung des Beschwerderechts

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem neuen Urteil seine Rechtsprechung bekräftigt, wonach Rügen gegen Ausschreibungsbedingungen nicht erst mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag erhoben werden können. Werden allfällige Mängel nicht sofort gerügt, ist das Beschwerderecht verwirkt.

### Hintergrund

Am 13. September 2011 schrieb die Vergabestelle die Beschaffung von 155 Zeiterfassungsterminals und 11'000 Badges (sowie Optionen auf weitere Geräte und Badges) auf simap.ch im offenen Verfahren aus. Der Zuschlag erfolgte am 3. Januar 2012. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde ausgeschlossen, da es die technischen Spezifikationen an die Geräte nicht vollständig erfüllte.

Gegen den Zuschlagsentscheid reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein und machte geltend, die technischen Spezifikationen seien diskriminierend und nicht zulässig. Nachdem die Vergabestelle in der ersten Stellungnahme ausführte, dass sich die beanstandeten technischen Spezifikationen bereits aus der Ausschreibung ergeben hätten und daher die Rügen der Beschwerdeführerin zu spät erfolgten, beschränkte das Gericht das Verfahren auf die Frage des Eintretens und der ebenfalls behaupteten Vorbefassung. Das Gericht prüfte insbesondere, ob die Beschwerdeführerin die Rügen gegen die ihrer Ansicht nach inadäquaten Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand erst im Rahmen einer Anfechtung des Zuschlags vorbringen durfte. Mit Urteil vom 8. April 2012 (B-421/2012) verneinte das Bundesverwaltungsgericht diese Frage und trat auf die Beschwerde nicht ein. Die Rügen seien verspätet und damit verwirkt.

### Verwirkung des Beschwerderechts wegen verspäteter Rügen

Gemäss Art. 29 lit. a BöB gilt unter anderem die Ausschreibung als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts können Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine spätere Verfügung nicht mehr vorgebracht werden. Dies gilt jedenfalls soweit, als die Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen aus der Ausschreibung ohne weiteres erkennbar sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im vorliegenden Urteil erneut bestätigt.

### Publikation der Musskriterien in der Ausschreibung

Bereits in der Ausschreibung der Beschaffung auf simap.ch war ausdrücklich verlangt worden, dass die neuen Zeiterfassungsterminals über die bestehende (im Ausschreibungstext namentlich bezeichnete) Middleware, welche bei der Bundesverwaltung bereits seit vielen Jahren im Einsatz ist und nicht ersetzt werden soll, an SAP angebunden werden sollen. In den Ausschreibungsunterlagen, welche ab dem Zeitpunkt

der Publikation der Ausschreibung elektronisch auf [simap.ch](http://simap.ch) zum Download zur Verfügung standen, wurde diese Anforderung an mehreren Stellen wiederholt und erläutert. Die Angebote mussten dieses Musskriterium zwingend erfüllen, um in die Evaluation einbezogen zu werden. Varianten waren ausdrücklich ausgeschlossen.

Aufgrund einer ausführlichen semantischen Analyse des Ausschreibungstexts in der deutschen und der französischen Version kam das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Urteil zum Schluss, dass der Wortlaut der Ausschreibung ohne weiteres erkennen liess, dass die Anbindung der neuen Zeiterfassungsterminals an SAP ausschliesslich über die bestehende Middleware zu erfolgen hatte. Entsprechend hätten diesbezügliche Rügen bereits gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen. Da die Beschwerdeführerin dies nicht getan und ein vorbehaltloses Angebot eingereicht habe, habe sie ihr Beschwerderecht in diesem Punkt verwirkt. Da das Angebot der Be-

schwerdeführerin unbestrittenermassen das erwähnte Musskriterium nicht erfüllte, war dessen Ausschluss rechtmässig. Auf die Beschwerde wurde daher mangels rechtzeitiger Rüge nicht eingetreten.

#### **Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen**

Von der Ausschreibung, d.h. den Mindestangaben für die Publikation der öffentlichen Ausschreibung gemäss Art. 16 VöB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach Art. 17 f. VöB abzugrenzen, welche die Auftraggeberin den Anbietern elektronisch oder in Papierform zusätzlich abgeben kann und die eine umfassende Beschreibung der Ausschreibungsbedingungen enthalten.

Die Ausschreibungsunterlagen waren im vorliegenden Fall gleichzeitig mit der Ausschreibung auf [simap.ch](http://simap.ch) verfügbar. Da das Bundesverwaltungsgericht den Nichteintretensentscheid alleine aufgrund der Auslegung des Ausschreibungstextes auf [simap.ch](http://simap.ch) begründete, musste es nicht weiter auf die Frage der Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen eingehen.

Das Bundesverwaltungsgericht führte in der einleitenden Darstellung der Rechtslage zur rechtzeitigen Geltendmachung von Rügen aus, dass behauptete Mängel in den Ausschreibungs-

unterlagen (im Gegensatz zu solchen in der Ausschreibung) grundsätzlich nicht selbständig, sondern erst mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, anzufechten seien. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bilden hingegen die Ausschreibungsunterlagen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung. Allfällige Mängel sind daher mit Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen, andernfalls ist das Beschwerderecht verwirkt. Von diesem Grundsatz kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann abgewichen werden, wenn die Beschwerdefrist im Zeitpunkt der Zustellung der Ausschreibungsunterlagen bereits abgelaufen ist, und im selektiven Verfahren, wenn die betreffenden Dokumente erst nach der Präqualifikation übergeben werden (BGE 130 I 241 E. 4.2 und 4.3; BGer, 2C\_225/2009 E. 4.2). Auch wenn diese bundesgerichtliche Rechtsprechung noch nicht Eingang in den Textbaustein des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Anfechtung von

Ausschreibungsunterlagen gefunden zu haben scheint, hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung mindestens in Zwischenentscheiden über die aufschiebende Wirkung prima facie bereits übernommen (vgl. Zwischenentscheid vom 25. Januar 2011, B-8061/2010 E. 4.2; Zwischenentscheid vom 23. Februar 2011, B-8244/2010 E. 4.2; eher ablehnend, aber offen gelassen im Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012, B-738/2012 E. 4.2 f.).

Ausnahmen können nur gelten für Unterlagen, die den Bewerbern nicht bereits mit der Ausschreibung, sondern erst später, bspw. während der zweiten Phase des selektiven Verfahrens abgegeben werden. Diese Unterlagen können in der Regel noch mit dem Entscheid über den Zuschlag angefochten werden. Ein Anbieter, der eine Unregelmässigkeit im Ausschreibungsverfahren feststellt, sollte diese dem Auftraggeber jedoch in jedem Fall umgehend anzeigen und nicht bis zum Zuschlag zuwarten. Andernfalls riskiert er die Verwirkung seines Beschwerderechts wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des im Vergaberecht herrschenden Beschleunigungsgebots. Anbieter, die eine Anforderung der Ausschreibung als unklar oder gar als unzulässig erachten, sind daher gut beraten, möglichst frühzeitig die Vergabestelle darauf hinzuweisen und die Beschwerdefristen im Auge zu behalten.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. April 2012 ist auf der Website des Bundesverwaltungsgerichts abrufbar (<http://www.bundesverwaltungsgericht.ch>). Das Bundesgericht ist auf eine Beschwerde gegen dieses Urteil mangels einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht eingetreten. Der Entscheid ist rechtskräftig.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail ([VergabeNews@walderwyss.com](mailto:VergabeNews@walderwyss.com)) mit.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://www.beschaffungswesen.ch) finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2012

---

**Walder Wyss AG**  
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123  
Postfach 1236  
8034 Zürich  
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98  
Fax + 41 44 498 98 99  
[reception@walderwyss.com](mailto:reception@walderwyss.com)  
[www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)

Bubenbergplatz 8  
Postfach 8750  
3001 Bern  
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98  
Fax + 41 44 498 98 99  
[reception@walderwyss.com](mailto:reception@walderwyss.com)  
[www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)