

VergabeNews Nr.

11

Die neue Bundesgerichtspraxis zur Beschwerdelegitimation

und ihre Auswirkungen auf die Vergaberechtspraxis

walderwyss rechtsanwälte

Auswirkungen der neuen Bundesgerichtspraxis zur Beschwerdelegitimation

Vergangenen Herbst hat das Bundesgericht die bisherige bundesverwaltungsgerichtliche Praxis zur Beschwerdelegitimation bei Vergabeentscheiden korrigiert (BGE 141 II 14): Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist nicht allein schon aufgrund seiner Teilnahme am Offertverfahren zur Beschwerde legitimiert, sondern muss zusätzlich eine «reelle Chance» auf den Zuschlag im Fall der Gutheissung der Beschwerde nachweisen können. Ausserdem wirkt die Aufhebung des Zuschlagsentscheids auch gegenüber den am Beschwerdeverfahren nicht beteiligten Anbietern (sog. ungeteilte Rechtswirkung). Dies hat Konsequenzen für die am Verfahren beteiligten Anbieter und die Vergabestelle, wie die seither ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verdeutlicht.



und **Ramona Wyss**
MLaw, LL.M., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com



Von **Martin Zobl**
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Tel. +41 58 685 55 35
martin.zobl@walderwyss.com

Hintergrund

Der eingangs erwähnte Leitentscheid des Bundesgerichts betraf die Zuschlagsverfügung der AlpTransit Gotthard AG zugunsten der ARGE cpc für Leistungen im Bereich Bahntechnik und Gesamtkoordination im Zusammenhang mit der Erstellung des Ceneri-Basistunnels. Die viertplatzierte Bietergemeinschaft Bahntechnik Ceneri Rhomberg Sersa (Rhomberg) hatte vor Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung des Zuschlags erwirkt mit der Begründung, die Zuschlagsempfängerin ARGE cpc habe nicht alle Eignungskriterien erfüllt. Daraufhin gelangte die ARGE cpc vor Bundesgericht und brachte vor, dass die Rhomberg ihrerseits die Eignungskriterien nicht erfülle. Sie sei entsprechend gar nicht zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht legitimiert gewesen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und bestätigte den Zuschlag an die ARGE cpc.

Der Entscheid des Bundesgerichts...

Kernstück des Entscheids bildete die Frage, ob nicht berücksichtigte Anbieter bereits aufgrund ihrer blossen Teilnahme am Vergabeverfahren zur Beschwerde legitimiert sind oder ob sie darüber

hinaus nachweisen müssen, dass sie im Fall der Gutheissung ihrerseits den Zuschlag erhalten würden.

Die Beschwerdeberechtigung beurteilt sich bei Beschaffungen von Vergabestellen des Bundes nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege. Gemäss Art. 48 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) ist hierfür neben der Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz (lit. a) und dem besonderen Berührtsein durch die angefochtene Verfügung (lit. b) auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung erforderlich (lit. c). Ein solches Rechtsschutzinteresse hat der Beschwerdeführer dann, wenn ein gutheissender Entscheid seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst und ihm mithin ein praktischer Vorteil daraus erwächst.

Im Zusammenhang mit der sog. Konkurrentenbeschwerde im allgemeinen Verwaltungsverfahren hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass Konkurrenten nicht schon wegen ihrer Konkurrenzstellung im Markt beschwerdebefugt sind. Insbesondere kann das blosses Anliegen, dem Prozessgegner

einen (behaupteterweise) rechtswidrigen Vorteil zu verwehren, nicht zur Legitimation ausreichen, wenn es nicht mit einem eigenen schutzwürdigen Vorteil für den Beschwerdeführer korreliert. Einen solchen schutzwürdigen Vorteil bejaht das Bundesgericht regelmässig dann, wenn eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe zwischen den Konkurrenten vorliegt, die sich aus der einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergibt (vgl. etwa Bundesgerichtsentscheid (BGE) 139 II 328; BGE 125 I 7, Erw. 3.d)/e).

Im Zusammenhang mit offenen Vergabeverfahren ging das Bundesverwaltungsgericht bis vor kurzem stets davon aus, dass sich die für eine Konkurrentenbeschwerde erforderliche Beziehungsnähe bereits aus der Teilnahme am Offertverfahren ergibt. Im eingangs erwähnten Entscheid stellt das Gericht nun aber klar, dass diese Voraussetzung allein nicht ausreichend ist, genauso wenig wie das Anliegen, dem Prozessgegner einen (behaupteterweise) rechtswidrigen Vorteil zu verwehren.

Die Frage, ob ein Rechtsschutzinteresse besteht, kann nur anhand der vom Beschwerdeführer konkret gestellten Anträge beurteilt werden. Mit Blick auf die Beschwerdelegitimation des im Vergabeverfahren nicht berücksichtigten Anbieters ist nach dem Bundesgericht zunächst zwischen den folgenden beiden Konstellationen zu differenzieren:

- Verlangt ein nicht berücksichtigter Anbieter den Abbruch des Vergabeverfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags, erhält er bei Gutheissung der Beschwerde die Möglichkeit, ein neues Angebot einzureichen. Das Rechtsschutzinteresse ist in solchen Konstellationen daher grundsätzlich zu bejahen.
- Erfolgt kein Abbruch des Vergabeverfahrens, erwächst dem nicht berücksichtigten Anbieter hingegen grundsätzlich nur dann ein praktischer Nutzen aus der Aufhebung des Zu-

schlagsentscheids, wenn Aussicht besteht, dass er an Stelle des Zuschlagsempfängers den Zuschlag erhält. Verlangt der nicht berücksichtigte Anbieter lediglich die Aufhebung des Zuschlagsentscheids (bzw. die Erteilung des Zuschlags an sich selber), nicht aber den Abbruch des Vergabeverfahrens als Ganzes, besteht ein Rechtsschutzinteresse daher nur soweit, als der betreffende Anbieter bei Gutheissung der Beschwerde eine «reelle Chance» auf den Zuschlag hat.

Demgegenüber waren gemäss der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der früheren Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen auch in der zweiten Konstellation sämtliche nicht berücksichtigten Anbieter bereits aufgrund ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren zur Beschwerde legitimiert.

Die abweichende Haltung des Bundesverwaltungsgerichts ist mit dessen Auffassung zur Rechtswirkung des Beschwerdeentscheids zu erklären: So entfaltete die Gutheissung einer Beschwerde im Vergabeverfahren nach der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur zwischen dem Zuschlagsempfänger und dem Beschwerdeführer Rechtswirkung. Für die am Beschwerdeverfahren nicht beteiligten Anbieter blieb der ursprüngliche Vergabeentscheid hingegen verbindlich; sie kamen auch bei Gutheissung der Beschwerde für den Zuschlag nicht mehr in Frage. Entsprechend kam im Falle einer Aufhebung des Zuschlags an den ursprünglichen Zuschlagsempfänger – vorbehaltlich eines Abbruchs des Verfahrens – stets der beschwerdeführende Anbieter zum Zug. Das Kriterium der «reellen Chance» auf den Zuschlag zur Prüfung der Beschwerdelegitimation erübrigte sich damit.

Im eingangs erwähnten Urteil lehnt das Bundesgericht eine geteilte Rechtswirkung des Beschwerdeentscheids im Ver-

gabeverfahren jedoch ab. Der Vergabeentscheid sei in dieser Hinsicht wie eine privatrechtsgestaltende Verfügung zu behandeln und mit ungeteilter Rechtswirkung entweder aufzuheben oder nicht aufzuheben. Wird der Zuschlagsentscheid im Beschwerdeverfahren aufgehoben und die Angelegenheit an die Vergabestelle zur Neubeurteilung zurückgewiesen, sind hierbei folglich stets die Angebote sämtlicher (beschwerdeführender wie auch nicht-beschwerdeführender) Anbieter zu berücksichtigen.

...und seine Folgen

Das bundesgerichtliche Urteil verschärft zunächst die Beschwerdevoraussetzungen für nicht berücksichtigte Anbieter, welche die Aufhebung des Zuschlags bzw. dessen Erteilung an sich selbst verlangen möchten. Damit das Gericht überhaupt auf die Beschwerde eintritt, müssen sie künftig zumindest glaubhaft machen, bei deren Gutheissung eine reelle Chance auf den Zuschlag zu haben. Zur Beurteilung der Prozesschancen ist es daher unabdinglich, neben dem eigenen Angebot und demjenigen des Zuschlagsempfängers auch die Bewertung der übrigen Anbieter zu berücksichtigen.

Wie das Bundesgericht in seinem Entscheid darlegt, muss hierbei je nach Fallkonstellation differenziert werden:

- Ein Anbieter, welcher selbst die Eignungskriterien nicht erfüllt, hat kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zuschlags. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, einen Antrag auf Abbruch bzw. Wiederholung des gesamten Ausschreibungsverfahrens zu stellen.
- Der zweitplatzierte Anbieter, welcher die Eignungskriterien erfüllt, kann die Aufhebung des Zuschlags bzw. dessen Erteilung an sich selbst beantragen, indem er entweder die Eignung oder die Klassierung des Zuschlagsempfängers anfecht.

– Weiter hinten platzierte Anbieter, welche die Eignungskriterien erfüllen, können nur dann die Aufhebung des Zuschlags bzw. dessen Erteilung an sich selbst beantragen, wenn sie die Eignung oder die Klassierung sämtlicher vor ihnen rangierter Anbieter anfechten.

Im Beschwerdeverfahren ergeben sich umgekehrt neue Verteidigungsstrategien: So kann die Beschwerdelegitimation des zweitplatzierten Anbieters neu auch mit dem Argument bestritten werden, dass bei Gutheissung seiner Anträge der Zuschlag an den drittplatzierten Anbieter hätte erfolgen müssen, etwa weil damit das ganze Bewertungsgefüge auf den Kopf gestellt würde. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass der Beschwerdeführer für die Frage der Beschwerdelegitimation lediglich glaubhaft machen muss, über eine reelle Chance auf den Zuschlag zu verfügen, da es sich hierbei um eine sogenannt doppelrelevante Tatsache handelt. Die Legitimation ist ihm daher nur abzusprechen, wenn es aufgrund der Einwendungen der Vergabestelle bzw. des Zuschlagsempfängers erwiesen ist, dass keine solche reelle Chance besteht.

Ob die neue Rechtsprechung zu einer Reduktion von Beschwerdeverfahren führen wird, bleibt abzuwarten. Da aber auch weiter hinten platzierte Anbieter weiterhin die Aufhebung des Vergabeverfahrens als Ganzes verlangen können, erscheint uns eine Verschiebung des Fokus solcher Verfahren – weg von Rügen, die lediglich zur Aufhebung des Zuschlags führen, und hin zu solchen, die auf die Aufhebung des Verfahrens als Ganzes zielen – wahrscheinlicher.

Allerdings gilt es zu bedenken, dass ein Anbieter, welcher die Eignungskriterien nicht erfüllt, sich wohl nicht immer auf ein Rechtsschutzinteresse berufen kann. Verlangt er die Aufhebung des gesamten Verfahrens, muss er nach der neuen Rechtsprechung dartun können, dass er bei einer Neuauflage eine reelle Chance

auf den Zuschlag hat. Dies wird ihm nur dann gelingen, wenn er entweder glaubhaft macht, dass die von ihm nicht erfüllten Eignungskriterien unzulässig sind oder er diese Eignungskriterien beim nächsten Mal erfüllen wird.

Auch die bundesgerichtliche Vorgabe, dass die Aufhebung von Vergabeentscheiden mit ungeteilter Rechtswirkung zu erfolgen hat, hat praktische Auswirkungen: Da für den neuen Zuschlagsentscheid die Angebote sämtlicher Anbieter zu berücksichtigen sind, sind kaum mehr Fälle denkbar, in denen das Bundesverwaltungsgericht den Zuschlagsentscheid selbst fällen kann. Rückweisungsentscheide dürften daher zur Regel werden (erster Anwendungsfall: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 16. Januar 2015). Gleichzeitig ist denkbar, dass ein am Beschwerdeverfahren nicht beteiligter Anbieter als «Trittbrettfahrer» von der Beschwerde eines Mitanbieters profitiert.

Im Rahmen der Neubeurteilung sind sodann die Verfahrensrechte sämtlicher am Vergabeverfahren beteiligter Anbieter zu wahren, insbesondere ihr Anspruch auf rechtliches Gehör. Bislang nicht geklärt ist ausserdem die Frage, wie mit der Tatsache umzugehen ist, dass im Zeitpunkt der Neubeurteilung die Bindefrist der meisten Angebote ohne entsprechende Verlängerungserklärungen bereits abgelaufen sein dürfte und die Angebote folglich zuerst erneuert werden müssten. Schliesslich stellt sich die Frage nach der Kognition der Beschwerdeinstanz, insbesondere danach, inwieweit sie auch Umstände berücksichtigen darf bzw. muss, welche nicht Gegenstand des Vergabeverfahrens bildeten. Insgesamt dürfte es aufgrund dieser Unsicherheiten nach Rückweisungsentscheiden vermehrt zu Verfahrensabbrüchen kommen.

Noch nicht erkennbar ist, wie sich die neue Rechtsprechung auf den sekundären Rechtsschutz (Schadenersatzbegehren) auswirkt. Bis anhin galt praxisgemäss der Grundsatz, dass bloss jene Anbieterin, die erfolgreich Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid geführt hat, zur Schadenersatzklage nach Art. 34 f. des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen legitimiert ist. Das sog. «Trittbrettfahren» von passiv gebliebenen Anbieterinnen war nicht möglich (vgl. etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010, Erw. 1.4.2). Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Prinzip der ungeteilten Rechtswirkung von Beschwerdeentscheiden das Bundesgericht auch in dieser Hinsicht zu einer Praxisänderung veranlassen wird. Konsequenterweise muss das Bundesgericht dann aber auch die Voraussetzung der realen Chance solcher «Trittbrettfahrer» auf den Zuschlag prüfen, trotz inzwischen erfolgtem Vertragsschluss, und deren Legitimation gegebenenfalls verneinen. Schliesslich wäre es paradox, wenn eine Anbieterin zwar wegen fehlender realer Chance den Zuschlag nicht anfechten könnte, hingegen zu einer Schadenersatzklage im Rahmen des sekundären Rechtsschutzes zugelassen würde.

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 an VergabeNews@walderwyss.com mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com