

Zur Anfechtbarkeit von Dialog-Vorgaben

Das Bundesverwaltungsgericht tritt gestützt auf Art. 53 Abs. 2 BöB auf eine Beschwerde ein, die zwei Jahre nach der öffentlichen Ausschreibung gegenüber den in einem Dialogverfahren im Hinblick auf die Einreichung der definitiven Offerten abgegebenen Unterlagen erhoben worden ist.

En se fondant sur l'art. 53 al. 2 LMP, le Tribunal administratif fédéral entre en matière sur un recours déposé deux ans après la mise au concours, dirigé contre les documents remis dans le cadre d'une procédure de dialogue en vue du dépôt des offres définitives.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7603/2024 vom 7. Juli 2025

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(2) 1. Die Vergabestelle schrieb den streitbetroffenen Auftrag (betreffend mehrere Zuschläge für parallel zueinander abzuschliessende Rahmenverträge) am 30. September 2022 im selektiven Verfahren mit einem nach der Präqualifikation stattfindenden Dialog (i.S.v. Art. 24 BöB) öffentlich aus. Am 31. Januar 2023 verfügte sie die Präqualifikation und leitete anschliessend den Dialog ein, welcher bis im September 2024 dauerte.

2. «Nach Beendigung der Dialogphase gewährte die Vergabestelle mit eingeschriebener Sendung vom 8. November 2024 sämtlichen präqualifizierten Anbieterinnen per 11. November 2024 Zugriff bzw. Einsicht in die finalen Angebotsunterlagen vom 6. November 2024. Mit der Bekanntgabe der finalen Angebotsunterlagen hat die Vergabestelle den Anbieterinnen eine Frist bis zum 10. März 2025 für die Einreichung ihres jeweiligen Angebots gesetzt und ihnen bis längstens 6. Dezember 2024 die Möglichkeit gegeben, in vier Runden Fragen zu stellen.»

3. Eine der Anbieterinnen erhob am 2. Dezember 2024 Beschwerde gegen die finalen Angebotsunterlagen und rügte verschiedene Verstösse gegen das Vergaberecht, die in diesen Unterlagen enthalten seien.

Der Entscheid

Nach dem BVGer liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt vor, so dass die Zulässigkeit der Beschwerde (auch) in dieser Hinsicht nicht infrage steht.

1. «Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, unter anderem gegen die Ausschreibung des Auftrags (Art. 53 Abs. 1 Bst. a BöB). Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden (Art. 53 Abs. 2 BöB).»

2. «Die Beschwerdeführerin beanstandet im vorliegenden Fall nicht nur die Ausschreibung selbst, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Teil «finale Angebotsunterlagen» vom 8. November 2024. Sie macht unter anderem geltend, dass verschiedene Elemente der finalen Angebotsunterlagen vergaberechtswidrig ausgestaltet seien. Dies treffe insbesondere auf die Festsetzung der Gewichtung der Zuschlagskriterien, der zu berücksichtigenden Preisspanne bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums der Wirtschaftlichkeit bzw. des Preises, der Finanzierung der Entwicklungskosten, der Ausgestaltung der vorgesehenen Minitenderverfahren sowie der vorgesehenen Teuerungs- und Währungsklauseln zu.»

3. «Dabei handelt es sich zweifelsfrei um zentrale Punkte des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen und die damit verbundenen prozessualen Anträge grundsätzlich zu hören sind.»

Die Anmerkungen

Diesen Erwägungen ist zu widersprechen.

1. Es ist zunächst nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin in casu aufgrund der neuen Vorschrift des Art. 53 Abs. 2 BöB und der damit möglicherweise geschaffenen Ungewissheit in Bezug auf die Auslegung des Worts «Ausschreibungsunterlagen» vorsichtshalber sofort nach Bekanntgabe der «finalen Angebotsunterlagen» Beschwerde erhob und nicht den Zuschlag abwartete.

2. Dessenungeachtet hätte das BVGer auf die Beschwerde nicht eintreten dürfen. Ein taugliches Anfechtungsobjekt lag zum betreffenden Zeitpunkt nicht vor (und erst recht auch keine Anfechtungspflicht der Beschwerdeführerin). Die «finalen Angebotsunterlagen» des konkreten Falls sind, wie alle anderen zwischenzeitlichen oder «finalen» Vorgaben für die Projektbearbeitung oder die Offertstellung im Dialog nach Art. 24 BöB, keine «Ausschreibungsunterlagen» i.S.v. Art. 52 Abs. 2 BöB.

a. Aus dem Umstand, dass die «Ausschreibung» des Auftrags (i.S.v. Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1, Art. 35, Art. 48 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 1 lit. a BöB), von der die Bestimmung des Art. 53 Abs. 2 BöB («zusammen mit der Ausschreibung») spricht,

notgedrungen am Anfang des offenen oder selektiven Vergabeverfahrens stattfindet, und dass gegen diese Verfügung eine Frist von 20 Tagen ab ihrer Veröffentlichung läuft (Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 BöB), nach deren Ablauf eine Beschwerde gegen die Ausschreibung beziehungsweise eine Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen «zusammen mit der Ausschreibung» (Art. 53 Abs. 2 BöB) nicht mehr zulässig sein kann, ist zu schliessen, dass Ausschreibungsunterlagen nur insoweit sofort bzw. «zusammen mit der Ausschreibung» angefochten werden können und müssen (soweit deren Bedeutung erkennbar ist; Art. 53 Abs. 2 BöB), als sie während der durch die Ausschreibung ausgelösten Beschwerdefrist von 20 Tagen für die Anbieterinnen zugänglich sind.

b. In diesem Sinn bestimmt der Art. 48 Abs. 2 Satz 1 BöB, dass die «Die Ausschreibungsunterlagen [...] in der Regel zeitgleich [mit der Ausschreibung; vgl. Art. 48 Abs. 1 BöB] und elektronisch zur Verfügung gestellt» werden müssen. Dazu hält die Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1970) fest, dass dann (und nur dann), wenn «die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich mit der Ausschreibung auf der Internetplattform [simap.ch] publiziert [werden], [...] die darin enthaltenen Festlegungen an derselben Publizitätswirkung teil[nehmen]» und «daher nach Massgabe von Artikel 53 Abs. 2 [BöB] zusammen mit der Ausschreibung anzufechten [sind]». In Art. 53 Abs. 2 BöB geht es demnach um die zu Verfahrensbeginn abgegebenen Ausschreibungsunterlagen. Nur diese sind im Sinn dieser Bestimmung bei Verwirkungsandrohung sofort, also «zusammen mit der Ausschreibung», anzufechten, soweit ihre Bedeutung erkennbar ist.

c. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass es dem Zweck des Art. 53 Abs. 2 BöB entspräche, eine Möglichkeit und Obliegenheit zur Anfechtung immer dann entstehen zu lassen, wenn die Vergabestelle nach Ablauf der Frist betreffend die Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung Regeln und Vorgaben bekanntgibt, konkretisiert, klärt oder präzisiert, sei dies im Rahmen der Fragenbeantwortung, einer Bereinigung nach Art. 39 BöB oder eines Dialogs nach Art. 24 BöB. Auf solche Möglichkeiten und Obliegenheiten zur Beschwerdeerhebung läuft jedoch die rapportierte Rechtsprechung hinaus. Wäre sie im Dialog richtig, müsste sie auch auf die Fragenbeantwortung und die Bereinigung übertragen werden. Solche neuen Beschwerdewege mitten im Vergabeverfahren können weder im Interesse der Vergabestellen noch in jenem der Anbieterinnen liegen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang Art. 53 Abs. 5 BöB, der den explizit abschliessenden Charakter des Katalogs von Art. 53 Abs. 1 BöB («ausschliesslich») noch einmal unterstreicht: «Im Übrigen ist der Rechtsschutz gegen Verfügungen nach diesem Gesetz ausgeschlossen»; das gilt erst

recht für Entscheidungen, die materiell womöglich keine Verfügungen darstellen.

d. Dass die «finalen Angebotsunterlagen» im Dialog (und die Antworten in der Fragerunde sowie die Vorgaben im Rahmen einer Bereinigung) Anforderungen sind, welche funktional denen entsprechen, die in den am Anfang des Vergabeverfahrens abgegebenen Ausschreibungsunterlagen enthalten sind, ändert nichts. Wollte das BöB alle solchen Anforderungen zu Anfechtungsobjekten erklären, würde es sie im Katalog des Art. 53 Abs. 1 aufführen und nicht, wie es das rapportierte Urteil annimmt, als unselbständigen Teil der Ausschreibungsverfügung nach Art. 53 Abs. 1 lit. a behandeln.

e. Nach dem Gesagten fehlt es im rapportierten Fall an einer Gesetzesgrundlage für ein Eintreten des Gerichts auf die Beschwerde. Der Art. 53 Abs. 2 BöB betrifft ausschliesslich die zeitgleich mit der verfahrenseinleitenden Ausschreibungsverfügung bekanntgegebenen Ausschreibungsunterlagen (im eigentlichen Sinn).

3. Ob eine Anbieterin namentlich im Rahmen eines Dialogs nach Treu und Glauben gehalten ist, gegen die in den «finalen Angebotsunterlagen» enthaltenen Vorgaben bei der Vergabestelle zu protestieren, bevor sie ein Angebot abgibt, ist eine andere Frage, die in der Regel wohl zu bejahen ist, soweit die Anbieterin die Tragweite des betreffenden Punkts vor der Offerteingabe erkannt hat oder erkennen musste.

4. Anzufügen ist, dass in einem analogen Sinn namentlich der Wortlaut des Art. 53 Abs. 2 BöB («zusammen mit der Ausschreibung», nicht: «zusammen mit der Ausschreibung oder mit der Präqualifikation») auch die Annahme verhindert, dass in Bezug auf die nach der Präqualifikation im selektiven Verfahren abgegebenen Offertunterlagen ein Beschwerderecht oder gar eine Beschwerdeobliegenheit (vor dem Zuschlag oder einem Ausschluss) bestehen könnte.

5. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das BGer jüngst (und wenige Monate nach dem Ergehen des rapportierten Urteils) in Beantwortung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (i.S.v. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG) zur IVöB festgehalten hat, dass die Ausschreibungsunterlagen im Einladungsverfahren nicht selbständig (d.h. «zusammen mit der Ausschreibung» bzw. mit der Einladung) angefochten werden können, zumal auch die Einladung selbst nach Art. 53 Abs. 1 Abs. 5 IVöB nicht anfechtbar ist (BGer 2C_657/2023, 4.9.2025, E. 3.3.2 [zur Publikation vorgesehen]; vgl. Nr. 61 auf S. 56 im vorliegenden Heft). Auch hierin zeigt sich, dass der Art. 53 Abs. 1 BöB/IVöB streng zu verstehen ist und der Begriff der «Ausschreibungsunterlagen» nach Art. 53 Abs. 2 BöB/IVöB nicht breit ausgelegt werden darf.