

Vorverschiebung des Rechtsschutzes bei Projektwettbewerben

Nach dem Bundesverwaltungsgericht muss ein im Projektwettbewerb unterlegener Teilnehmer, der die Rechtswidrigkeit des durchgeführten Wettbewerbsverfahrens geltend machen will, bereits die durch die öffentliche Auftraggeberin verantwortete Publikation des Wettbewerbsergebnisses mit Beschwerde anfechten. Er kann mit der Beschwerdeerhebung nicht zuwarten, bis die Auftraggeberin (allenfalls) den Folgeauftrag freihändig dem Wettbewerbsgewinner erteilt.

Selon le Tribunal administratif fédéral, un participant qui a échoué à un concours et qui souhaite faire valoir l'illicéité de la procédure de concrètement organisée doit déjà déposer son recours à la suite de la publication des résultats du concours par le pouvoir adjudicateur. Il ne peut pas attendre que ce dernier attribue (le cas échéant) le marché de gré à gré au lauréat du concours pour former son recours.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1865/2025 vom 19.8.2025

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

dass die Entscheide dieser Jury als solche mit Vergabebeschwerde nicht angefochten werden können.

Der Fall

(3) 1. Die Vergabestelle hatte einen mehrstufigen Projektwettbewerb im offenen Verfahren ausgeschrieben und in diesem Rahmen dem obsiegenden Team einen Folgeauftrag betreffend die weitere Bearbeitung des Projekts in Aussicht gestellt. Nach der Eingabe und Prüfung der Wettbewerbsbeiträge traf die Jury ihre Entscheide und teilte diese der Vergabestelle mit.

2. Die Vergabestelle publizierte das Wettbewerbsergebnis (Ränge und Preise; Empfehlung der Beauftragung des obsiegenden Teams mit der Weiterbearbeitung) auf der Plattform simap.ch und versah diese Publikation mit einer Rechtsmittelbelehrung.

3. Das zweitplatzierte Team erhob Beschwerde gegen diese Publikation und verlangte den Ausschluss des Gewinnerteams.

2. Indessen stellt nach dem BVGer, welches sich hierbei auf [JACQUES DUBÉY \(Le concours en droit des marchés publics, Diss. Freiburg, Freiburg 2005, Rz. 1170 f.\)](#) stützt, die durch die öffentliche Auftraggeberin vorgenommene Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses bei materieller Betrachtung eine Verfügung der Auftraggeberin betreffend den Ausschluss aller Teams ausser dem Gewinnerteam aus dem Vergabeverfahren dar. Denn ab diesem Zeitpunkt tritt die Auftraggeberin in ein bilaterales Vertragsverhandlungs- bzw. Freihandverhältnis, wogegen für die übrigen Anbieterinnen das Vergabeverfahren zu seinem Ende kommt und keine weiteren Kontakte mit der Auftraggeberin stattfinden. Entsprechend dieser Sichtweise ist die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses gestützt auf Art. 53 Abs. 1 lit. h BÖB («Ausschluss aus dem Verfahren») direkt anfechtbar.

3. Nicht zu entscheiden hat das BVGer in casu, ob und allenfalls unter welchen Umständen die nach dem Wettbewerb stattfindende Freihandvergabe des Folgeauftrags anfechtbar ist, zumal im vorliegenden Fall (bereits) die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses angefochten wurde. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass ein während des Verfahrens (vor dem Zuschlag) verfügter Ausschluss oder eine Nichtpräqualifikation nicht erst zum Zeitpunkt des Zuschlags angefochten werden dürfen, weil ohne Sofortanfechtung das Beschwerderecht verwirkt, und dass in einem ähnlichen Sinn eine ausgeschlossene Anbieterin den darauffolgenden Zuschlag nur anfechten kann, wenn sie auch den Ausschluss angefochten hat (und dieser nicht inzwischen gleichwohl rechtskräftig geworden ist).

Der Entscheid

Das BVGer qualifiziert die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses als anfechtbare Verfügung.

1. Zunächst stellt das Gericht fest, dass die Ausschreibung dem Gewinnerteam für den Fall einer entsprechenden Empfehlung der Jury einen freihändig zu erteilenden Folgeauftrag in Aussicht gestellt hat und dass die Auftraggeberin insoweit an die Empfehlung der Jury gebunden ist. Sodann erkennt es, dass der Text des Art. 53 Abs. 1 BÖB die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses nicht zur anfechtbaren Entscheidung erklärt und dass diese Bestimmung auch mit Blick auf den Art. 53 Abs. 5 BÖB als abschliessend zu verstehen ist. Im Weiteren erinnert es daran, dass die Jury des Wettbewerbs nicht im Namen der öffentlichen Auftraggeberin verfügen kann, so

Die Anmerkungen

1. Im Ergebnis dürfte es den Interessen der Praxis sowohl bei den unterlegenen Teams als auch aufseiten der Auftraggeberin und des obsiegenden Teams entgegenkommen, wenn bereits die durch die öffentliche Auftraggeberin publizierte

Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses und nicht erst die – mitunter um Monate oder gar Jahre später, wenn überhaupt, erfolgende – Freihandvergabe des Folgeauftrags mit Beschwerde angefochten werden kann, was es ermöglicht, umgehend nach Abschluss des Wettbewerbs klären zu lassen, ob dieser gesetzeskonform abgelaufen ist.

2. Diese Feststellung gilt im Hinblick auf allfälliges künftiges Recht, ändert unter dem geltenden Recht jedoch nichts daran, dass das BöB (gleich auch die IVöB) im abschliessenden Verfügungskatalog seines Art. 53 Abs. 1 die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses nicht nennt (vgl. auch Art. 53 Abs. 5 BöB/IVöB) und dass auch die Materialien keine Hinweise darauf enthalten, dass die genannte Bestimmung, insbesondere deren Buchstabe h, im Sinn einer Anfechtbarkeit dieser Mitteilung zu verstehen wäre. Im Umstand, dass die Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1979) ausführt, dass der Art. 53 Abs. 1 lit. h BöB «auch die Reduktion [des Kreises] der Anbieterinnen im Rahmen eines Dialogs oder einer elektronischen Auktion» erfasst, und dass sie zugleich zur Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses schweigt, bestätigt sich, dass diese Mitteilung von der zitierten Bestimmung nicht erfasst wird. Gleiches ergibt sich aus der Erklärung, dass «sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen die Offerte einer Anbieterin bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird» (BBl 2017 1851, 1978) nicht als Ausschluss zu verstehen und daher nicht separat anfechtbar sind (vgl. dazu BVGer B-1456/2022, 27.6.2022, E. 2; BR/DC 2023, S. 27 ff., Nr. 4): Nach der Botschaft ist der Begriff des Ausschlusses demnach abgesehen von der erwähnten Ausnahme der Reduktion im Dialog oder in der elektronischen Auktion eng auszulegen; er umfasst nicht alle möglicherweise in gewisser Hinsicht vergleichbaren Situationen.

3. Nach der hier vertretenen Auffassung trifft es nicht zu, dass die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses für alle Teams ausser dem Gewinnerteam materiell einem Verfahrensausschluss gleichkomme.

a. Erstens erhalten bestimmte der nicht auf dem ersten Platz liegenden Teams Preise und Ränge (so auch im rapportierten Fall; vgl. simap-Publikation Nr. 1824–02 vom 27.2.2025), was ihnen vorenthalten bleiben müsste, wenn sie vom Wettbewerb ausgeschlossen würden.

b. Zweitens ist zu beachten, dass der Projektwettbewerb unabhängig davon, ob in ihm ein Folgeauftrag in Aussicht gestellt wird oder nicht, eine in sich geschlossene Beschaffung darstellt; es geht in ihm um den Erwerb von Projekten und nicht um Angebote für künftige Leistungen (so auch JACQUES DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics*, Diss. Freiburg, Freiburg 2005, Rz. 51 und Rz. 243; dieser Autor zieht aus diesem Umstand allerdings andere Schlüsse; vgl. a.a.O., Rz. 1170 ff.). Mit dem Juryentscheid (und der Ausrichtung der Preise) ist der Wettbewerb abgeschlossen; dasselbe gilt für das

Vergabeverfahren, in dem er stattgefunden hat (im rapportierten Fall war dies ein offenes Verfahren). Weitere Leistungen betreffend das Projekt darf die Auftraggeberin dann ausnahmsweise freihändig vergeben, wenn sie das in der Wettbewerbsausschreibung angekündigt hat, die Jury unabhängig war und der Auftrag dem Gewinnerteam erteilt werden soll (Art. XIII:1/h GPA; Art. 21 Abs. 2 lit. i BöB). Dabei handelt es sich um ein neues Vergabeverfahren (in der Form des Freihandverfahrens), das formal nicht mit dem Wettbewerb verbunden ist, sondern lediglich seine Rechtfertigung im Wettbewerb findet (vgl. die soeben zitierten Bestimmungen). Dementsprechend findet am Ende des Wettbewerbs kein Ausschluss der nicht obsiegenden Teams statt, sondern bloss deren Nichtberücksichtigung (ggf. mit Prämierung und Rangierung) sowie die Einleitung eines Freihandverfahrens, bei der naturgemäss von vornherein die allermeisten interessierten Unternehmen nicht eingeladen werden, was keinen Ausschluss darstellt.

c. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass zum Zeitpunkt der Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses in aller Regel noch nicht bekannt ist, ob der Vertrag abgeschlossen wird, ob er tatsächlich mit dem durch die Jury empfohlenen Gewinnerteam abgeschlossen wird und ob sein Inhalt sich auf das in der Ausschreibung Angekündigte beschränkt. Dementsprechend kann es keinem interessierten Unternehmen verwehrt sein, die später folgende Freihandvergabe anzufechten und zu rügen, dass deren gesetzliche Voraussetzungen unabhängig vom Wettbewerbsergebnis nicht erfüllt seien. Das müsste selbst dann gelten, wenn die Mitteilung des Wettbewerbsergebnisses separat anfechtbar wäre, wie es das rapportierte Urteil annimmt, und diese Anfechtung im konkreten Fall unterblieben wäre.

d. Am Gesagten ändert auch der Umstand nichts, dass, zumindest bei entsprechender Ausschreibung, die Auftraggeberin in Bezug auf den Folgeauftrag an die Empfehlung der Jury gebunden ist. Diese Empfehlung begründet keine Rechtspflicht der Auftraggeberin, den Vertrag abzuschliessen; allenfalls hat die Auftraggeberin in der Ausschreibung verbindlich versprochen (und nicht nur in Aussicht gestellt), den Vertrag mit dem Gewinnerteam abzuschliessen, falls die Empfehlung der Jury dahin lautet, doch in diesem Fall ist es das eigene Versprechen, das die spätere Pflicht der Auftraggeberin begründet. So oder so ist aus der Tatsache, dass die Auftraggeberin aus vergaberechtlichen Gründen keinem anderen Unternehmen freihändig den Folgeauftrag erteilen darf als dem Gewinnerteam (Art. XIII:1/h GPA; Art. 21 Abs. 2 lit. i BöB; es sei denn, eine andere Ausnahmeklausel des Art. 21 Abs. 2 BöB wäre erfüllt), und dass die Auftraggeberin insoweit an die Empfehlung der Jury «gebunden» ist, nicht zu folgern, dass die Einleitung des Freihandverfahrens mit dem Ausschluss von Anbieterinnen aus einem Vergabeverfahren (an dem diese Anbieterinnen teilgenommen hätten) gleichzusetzen wäre.