

# Bei Freihandvergaben: Rechtsschutzversagen

Das BVGer legt das neue BöB so aus, dass bei überschwelligen Freihandvergaben der Sekundärrechtsschutz nicht zur Verfügung steht. Im Ergebnis würde das bedeuten, dass der Beschwerdeweg gegenüber Freihandzuschlägen verschlossen ist, wenn die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird oder wenn es um einen Auftrag ausserhalb des Staatsvertragsbereichs geht.

*Le Tribunal administratif fédéral interprète la nouvelle LMP en ce sens qu'il n'existe pas de protection juridique secondaire en cas d'adjudication de gré à gré exceptionnel au-delà du seuil lorsqu'il n'accorde pas d'effet suspensif au recours ou qu'il s'agit d'un marché non soumis aux accords internationaux.*

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Mai 2022 (B-3580/2021)

**Martin Beyeler**, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

rechtsschutz) insoweit nicht mehr eingetreten werden kann (vgl. Art. 58 Abs. 2 BöB).

## Der Fall

**(309) 1.** Die öffentliche Auftraggeberin hatte einen Dienstleistungsauftrag betreffend Betrieb und Wartung sowie Ergänzung und Erweiterung einer bestehenden Software gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB freihändig vergeben. Eine Konkurrentin focht den entsprechenden Zuschlag vor dem BVGer an.

**2.** Mittels Zwischenverfügung erlaubte das BVGer der Auftraggeberin, den angefochtenen Zuschlag insoweit durch Vertragsschluss zu vollziehen, als es um dringliche Leistungen für Betrieb und Wartung sowie um dringliche Weiterentwicklungen ging. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerdeführerin wurde in diesem Umfang abgewiesen; im Übrigen (d.h. betreffend den deutlich grösseren Rest des Auftrags) wurde es jedoch durch einen späteren Zwischenentscheid gutgeheissen.

**3.** Die Auftraggeberin schloss den Vertrag in dem durch die Zwischenverfügung erlaubten Umfang während des laufenden Beschwerdeverfahrens ab.

**4.** Im Rahmen des Urteils in der Sache hatte das BVGer die Legitimation der Beschwerdeführerin und damit insbesondere die Frage nach deren Rechtsschutzinteresse zu prüfen.

**b.** Zwar verliert eine Zuschlagsbeschwerdeführerin ihr Rechtsschutzinteresse trotz des Entfallens des Primärrechtsschutzes nach erfolgtem Vertragsschluss grundsätzlich nicht, hat sie doch ein Interesse daran, die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids feststellen zu lassen, um so Schadenersatz zu erhalten. Indessen stellt das Gericht fest, dass die Beschwerdeführerin, die einen Zuschlag anfiicht, der in einem Freihandverfahren ergangen ist, an dem sie nicht teilgenommen hat, keine Offertkosten gehabt hat, deren Nutzlosigkeit sie nun beklagen könnte. Das Gericht stützt sich sodann auf den Text des Art. 58 Abs. 4 BöB, wonach der vergaberechtliche Schadenersatz auf die «Aufwendungen» beschränkt ist, «die der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen sind». Weil die Beschwerdeführerin solche Aufwendungen nicht gehabt hat und weil ein Schadenersatzanspruch daher nicht bestehen könne, spricht das BVGer ihr jedes Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung betreffend die bereits vertragsgegenständlich gewordenen Leistungen ab, weil es annimmt, der Feststellungsanspruch nach Art. 58 Abs. 2 BöB bestehe nur dann, wenn vergaberechtlicher Schadenersatz nach Art. 58 Abs. 4 BöB erhältlich ist. Nicht entscheidend ist für diesen Schluss, dass das Gericht ebenso feststellt, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf wohl die meisten dieser Leistungen (Betrieb und Wartung) gar nicht als potentielle Anbieterin betrachtet werden könnte und ihr (auch) insofern ein Rechtsschutzinteresse fehlen würde.

## Der Entscheid

**1.** Das BVGer entscheidet, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Vergabe derjenigen Leistungen, über die die Auftraggeberin gestützt auf die teilweise Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung schon vor dem Beschwerdeentscheid einen Vertrag abgeschlossen hat, kein Rechtsschutzinteresse hat.

**a.** Der Vertrag ist erlaubterweise vor dem Beschwerdeentscheid abgeschlossen worden, womit auf das Begehren um Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung (Primär-

**2.** In Bezug auf die durch die aufschiebende Wirkung gedeckten Teile des gesamten Auftrags geht das BVGer davon aus, dass die Beschwerdeführerin als potentielle Anbieterin zu betrachten ist, dies zumindest im Licht der zum Urteilszeitpunkt bekannten Tatsachen betreffend den Bedarf der Auftraggeberin. Es tritt insoweit auf die Beschwerde ein, heisst diese aufgrund des Scheiterns der Auftraggeberin am Nachweis der für eine Freihandvergabe erforderlichen Tatsachen gut und hebt den angefochtenen Freihandzuschlag somit teilweise auf (vgl. dazu Nr. 326 und Nr. 327 auf S. 204 f. im vorliegenden Heft).

## Die Anmerkungen

1. Im rapportierten Fall war nur ein geringer Teil der streitgegenständlichen Leistungen (nämlich im Umfang von rund CHF 1,7 Mio. bei einem Auftragswert von rund CHF 71 Mio.) von der Schlussfolgerung des BVGer betroffen, wonach jegliches Rechtsschutzinteresse entfalle, soweit aufgrund eines (erlaubten) Vertragsschlusses die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Primärrechtsschutz) nicht mehr beantragt werden kann (Art. 58 Abs. 2 BöB) und zugleich feststeht, dass die Beschwerdeführerin mangels eigener Offertaufwendungen, die nach Art. 58 Abs. 4 BöB ersetzt werden könnten, selbst dann keinen vergaberechtlichen Schadenersatz erhalten könnte, wenn ihre Beschwerde gutgeheissen würde.

a. Diese Schlussfolgerung hat allerdings als solche mit der Frage nichts zu tun, ob die aufschiebende Wirkung im konkreten Fall teilweise (und ggfs. in welchem Umfang) oder ganz abgewiesen wurde. Das heisst, dass diese Schlussfolgerung generell bedeutet, dass in einem Fall, in dem eine auf Art. 21 Abs. 2 BöB gestützte Freihandvergabe angefochten und die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird oder diese Wirkung, ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB a contrario), aufgrund von Art. 52 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 1 BöB von vornherein nicht erhältlich ist, ein Vergaberechtsschutz nicht bzw. nicht mehr gegeben ist und dass daher jegliche gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der Freihandvergabe ganz ungeachtet der Bedeutung des Falls und der Beschwerdechancen unterbleibt.

b. Mit anderen Worten: Nach dem BVGer gibt es bei Ausnahme-Freihandvergaben innerhalb des Staatsvertragsbereichs nur dann einen Rechtsschutz, wenn im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung gewährt wird. Und ausserhalb der Staatsvertragsgeltung gibt es gegenüber den Ausnahme-Freihandvergaben überhaupt nie einen Rechtsweg, ganz gleichgültig, was Art. 52 Abs. 1 BöB glauben lassen könnte – es geht hier vor allem um die in sachlicher Hinsicht (vgl. Anhang 3 BöB) vom Staatsvertragsbereich ausgenommenen Dienstleistungsaufträge, deren Wert sich allenfalls weit oberhalb des Schwellenwerts für das offene oder selektive Verfahren befindet.

c. Weil eine solche Rechtslage angesichts der Art. XVIII GPA und Art. 52 Abs. 1 und Abs. 2 BöB (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 S. 2 BöB) sowie der Botschaft BöB (BBl 2017 1851), wo keine entsprechenden Hinweise zu finden sind, als kontraintuitiv empfunden werden könnte, ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob der Schluss des BVGer auf einer zutreffenden Auslegung der Rechtsgrundlagen beruht.

2. Als Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass die Schlussfolgerung des BVGer (vgl. Ziff. 1 hiervor) dann anders lautete – und dass Rechtsschutz auch in den hier interessierenden Fällen bestände –, wenn entweder davon auszugehen wäre, dass der Feststellungsanspruch der zufolge erlaubten Vertragsschlusses auf den Sekundärrechtsschutz verwiesenen Beschwerdeführerin (Art. 58 Abs. 2 BöB) in

dem Sinn von selbständiger Natur ist, dass er ganz unabhängig von der Frage nach einem Schadenersatzanspruch (Art. 58 Abs. 4 BöB) bestehen kann, oder aber davon, dass der Schadenersatzanspruch ungeachtet des Wortlauts von Art. 58 Abs. 4 BöB (wo lediglich vom Ersatz von Offertkosten die Rede ist) zumindest in den hier interessierenden Fällen die (durch die Parteientschädigung nicht gedeckten) Aufwendungen für das Rechtsmittelverfahren umfassen kann.

a. Würde der Feststellungsanspruch als selbständig aufgefasst, so dass er unabhängig von der Schadenersatzfrage existieren könnte, wäre es der Beschwerdeführerin stets möglich, ein Sachurteil und damit eine Klärung der streitigen Fragen zu erlangen, selbst wenn ihr der Schadenersatz (aus Gründen des Schadenersatzrechts) verwehrt bliebe. Ein minimaler Rechtsschutz würde so gewährt.

b. Würde Art. 58 Abs. 4 BöB dahin ausgelegt, dass der Schadenersatzanspruch auch Rechtsmittelkosten decken könnte, wie es der bis am 31.12.2020 in Kraft stehende Art. 34 Abs. 2 aBöB vorsah, so hätte die einen Freihandzuschlag anfechtende Beschwerdeführerin trotz Mangels an Offertaufwendungen einen (potentiellen) Schadenersatzanspruch, und es könnte ihr das Rechtsschutzinteresse auch im Sekundärrechtsschutz nicht abgesprochen werden.

3a. Nach Art. XVIII:1 GPA haben die Signatarstaaten ein wirksames («effective») Beschwerdeverfahren einzurichten, über das Anbieterinnen, die an der betreffenden Beschaffung ein Interesse haben oder hatten («a covered procurement, in which the supplier has, or has had, an interest»), Verstösse gegen das Abkommen (bzw. gegen die entsprechenden nationalen Umsetzungsvorschriften) anfechten können. Nach Art. XVIII:7/a GPA muss es grundsätzlich möglich sein, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung entfaltet, auf dass die Chancen der beschwerdeführenden Unternehmen bezüglich des Auftragserhalts gewahrt werden. Allerdings kann die aufschiebende Wirkung aus Gründen überwiegender (insb. öffentlicher) Interessen verweigert werden; ein entsprechender Entscheid ist schriftlich zu begründen. Nach Art. XVIII:7/b GPA muss die Beschwerdeinstanz im Fall der Begründetheit einer Beschwerde Massnahmen ergreifen, und zwar entweder solche von korrekativer Natur (wodurch die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Rechtsverletzung behoben wird) oder solche von kompensatorischer Natur (d.h. Schadenersatz als Ausgleich für die Rechtsverletzung). Letztere können sich nach dem Abkommenstext auf den Ersatz allein der Offertkosten, allein der Rechtsmittelkosten oder von beidem zusammen beziehen («compensation for the loss or damages suffered, which may be limited to either the costs for the preparation of the tender or the costs relating to the challenge, or both»).

b. Das GPA verlangt nach dem Gesagten, dass eine Beschwerde grundsätzlich im Primärrechtsschutz (korrektive Massnahmen) behandelt wird und dass kompensatorische Massnahmen (Schadenersatz) nur dann in Betracht kommen, wenn einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung (mit schriftlicher Begründung) verweigert worden ist. Zwar

könnte eine isolierte Lektüre von Art. XVIII:7/b zur Annahme verleiten, das GPA lasse es zu, dass ein Signatarstaat ein Beschwerdeverfahren einrichtet, in dem es zum Vorhinein nur um Schadenersatz (jedoch nicht um Korrektur) gehen kann (ein solches Beschwerdeverfahren hat die Bundesgesetzgebung über Art. 41 Abs. 1, 52 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 2 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs eingerichtet). Dass ein solches Verständnis der lit. b der Bestimmung falsch wäre, zeigt aber die lit. a von Art. XVIII:7 GPA: Dieser Teil der Vorschrift betrifft die aufschiebende Wirkung. Diese Wirkung wäre in einem System der reinen Schadenersatzbeschwerde weder erforderlich noch nützlich. Indessen enthält lit. a weder ausdrückliche noch andere Hinweise darauf, dass die Regel betreffend die Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung in manchen Fällen nicht gelten würde bzw. dass es zulässig wäre, ein ausschliesslich auf Schadenersatz ausgerichtetes Beschwerdesystem einzurichten. Weil demnach das GPA über seinen Art. XVIII:7/a in allen ihm unterliegenden Beschwerdeverfahren eine grundsätzliche Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung (und mithin von korrektiven Massnahmen) verlangt (unabhängig davon, dass die aufschiebende Wirkung im Einzelfall abgelehnt werden kann), ist die lit. b der Bestimmung entgegen einem allfälligen Anschein nicht dahin zu verstehen, dass es den Signatarstaaten freistände, ganz oder teilweise auf ein Beschwerdesystem zu verzichten, in dem korrektive Massnahmen ergriffen werden können. Vielmehr ist das Verhältnis der beiden in lit. b genannten Hypothesen (Korrektur- oder Kompensationsmassnahmen; «corrective action or compensation») so zu verstehen, dass die Korrekturmassnahmen im Fall der (im Einzelfall beschlossenen) Gewährung der aufschiebenden Wirkung und die Kompensationsmassnahmen im Fall der Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung bereitstehen sollen.

**c.** Art. XVIII:7/b GPA überlässt es den Signatarstaaten, ob sie Schadenersatz für die Offertkosten, für die Rechtsmittelkosten oder für beides zusammen gewähren wollen. Die Signatarstaaten geniessen insoweit einen Ermessensspielraum. Indessen ist nicht anzunehmen, dass dieses Ermessen so weit ginge, dass es zulässig wäre, über die Wahl eines bestimmten Umfangs des Schadenersatzanspruchs zu bewirken, dass eine Beschwerde in bestimmten Fällen der Verletzung des Abkommens überhaupt nicht zur Verfügung stände. Solches stellte einen eklatanten Widerspruch zu der in Art. XVIII GPA aufscheinenden Bemühung dar, ein wirksames Rechtsmittel für alle Fälle der (behaupteten) Verletzung des Abkommens zu etablieren. Es darf als ausgeschlossen bezeichnet werden, dass es dem Zweck der Regel betreffend die Ausgestaltung des Schadenersatzumfangs (oder dem Zweck des gesamten Art. XVIII GPA) entsprechen könnte, die komplette Unwirksamkeit des Rechtsmittels in bestimmten Fällen der Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung zur Folge zu haben. Dementsprechend ist ein Ermessensspielraum insoweit nicht gegeben, als durch eine bestimmte nationale Ausgestaltung das Rechtsmittel in manchen Fällen seiner Wirksamkeit vollständig beraubt würde. Mit anderen Worten ergibt sich aus Art. XVIII GPA, dass

eine Beschränkung des Schadenersatzes auf die Offertkosten dort nicht zulässig ist, wo es um eine Anfechtung geht, vor welcher die Beschwerdeführerin solche Kosten nicht haben können.

**d.** Soweit Art. 58 Abs. 4 BöB seinem Wortlaut entsprechend und mit dem BVGer dahin zu verstehen sein sollte, dass der vergaberechtliche Schadenersatz von vornherein keine Rechtsmittelkosten umfassen kann (vgl. jedoch Ziff. 4 hier-nach), wäre diese Bestimmung im Fall der Anfechtung von Freihandvergaben im Staatsvertragsbereich als staatsvertragswidrig einzustufen.

**4.** Das BVGer nimmt an, dass der vergaberechtliche Schadenersatz nach Art. 58 Abs. 4 BöB auf die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offertstellung begrenzt sei und mithin im Unterschied zu Art. 34 Abs. 2 aBöB die Aufwendungen betreffend das Rechtsmittelverfahren (welche nicht bereits durch die Parteientschädigung gedeckt werden) nicht erfasse.

**a.** Allerdings nimmt das Gericht keine eigentliche Auslegung des Art. 58 Abs. 4 BöB vor, sondern begnügt sich mit der blossen Wiedergabe von dessen Wortlaut (rapportiertes Urteil, E. 1.4), und es geht auch nicht auf den Umstand ein, dass sein Verständnis der Bestimmung bedeuten würde, dass der Umfang des schon nach Art. 34 Abs. 2 aBöB erheblich eingeschränkten vergaberechtlichen Schadenersatzes im Rahmen der Revision nochmals weitergehend limitiert worden wäre.

**b.** Es besteht kein Zweifel daran, dass der Wortlaut des Art. 58 Abs. 4 BöB (in allen Sprachfassungen) im Unterschied zu jenem des Art. 34 Abs. 2 aBöB den Ersatz der «Aufwendungen [...] im Zusammenhang mit dem [...] Rechtsmittelverfahren» (Art. 34 Abs. 2 aBöB) nicht anspricht, sondern nur die «Aufwendungen [...] im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung [des] Angebots» (Art. 58 Abs. 4 BöB).

**c.** In systematischer Hinsicht fällt jedoch auf, dass die Absätze 2–4 von Art. 58 BöB das System des Sekundärrechtsschutzes beschreiben, auf welches das Gesetz erstens für den Fall der Nichtgewährung (oder Nichtbeantragung) der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 BöB) und zweitens generell für die im Nichtstaatsvertragsbereich erhobene Beschwerde (vgl. Art. 52 Abs. 2 BöB) abstellt. Soweit eine bestimmte Auslegung des Art. 58 Abs. 4 BöB dazu führt, dass eine gegenüber einer Ausnahme-Freihandvergabe erhobene Beschwerde schlechterdings nicht behandelt wird (weil sie keine aufschiebende Wirkung erhalten hat [Art. 54 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 BöB] oder keine solche Wirkung entfalten kann [Art. 52 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 2 BöB]), vereitelt diese Auslegung die Wirksamkeit des gesetzlich errichteten Beschwerdesystems, das in diesem Fall zur blossen Kulisse degradiert wird. Weiter ist (für den Staatsvertragsbereich) im Rahmen der systematischen Auslegung zu berücksichtigen, dass Art. XVIII GPA dahin zu verstehen ist, dass die Ausgestaltung des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruchs nur in dem Umfang im Ermessen

der Signatarstaaten liegt, als sie das Rechtsmittel nicht seiner Effektivität entleert (vgl. Ziff. 3 hiervor).

**d.** In historischer Hinsicht ist bemerkenswert, dass die Bundesversammlung im Rahmen der Beratung des BöB die Schadenersatzfrage nie angesprochen hat – und umso weniger die Frage nach dem Umfang des vergaberechtlichen Schadenersatzes nach Art. 58 Abs. 4 BöB. Ein expliziter Wille der Legislative, den Schadenersatz nochmals weitergehend als im Rahmen des Art. 34 Abs. 2 aBöB zu beschränken, ist nicht feststellbar; das Gleiche gilt für einen allfälligen Willen, der Beschwerde gegenüber Ausnahme-Freihandvergaben in den hier interessierenden Fällen jede Wirksamkeit zu entziehen. Feststellbar ist jedoch, dass das Bundesparlament in Art. 21 BöB einen neuen Abs. 5 hinzugefügt hat («Öffentliche Aufträge dürfen nicht mit der Absicht umschrieben werden, dass von vornherein nur eine bestimmte Anbieterin für den Zuschlag in Frage kommt, insbesondere aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheiten des Auftrags (Abs. 2 Bst. c) oder im Fall der Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen (Abs. 2 Bst. e)»; der E-BöB enthielt diese Bestimmung noch nicht: BBl 2017 2005, 2016), der ein erhebliches Unbehagen gegenüber bestimmten Ausnahme-Freihandvergaben erkennen und vermuten lässt, dass das Parlament gerade bei solchen Vergaben sehr wahrscheinlich einen lückenlosen und effektiven Rechtsschutz befürwortet hätte, wenn es die Frage des Umfangs des Schadenersatzes im Zusammenhang mit der Anfechtung von Freihandvergaben einlässlich betrachtet hätte. In der Botschaft BöB spricht der Bundesrat seinerseits zwar konsequent nur vom Ersatz für «Offertaufwendungen» (BBl 2017 1851, 1974, 1977) bzw. für «Offertkosten» (BBl 2017 1851, 1985) und erwähnt keinen Ersatz von Rechtsmittelaufwendungen. Indessen führt er zur Frage des Umfangs des Schadenersatzes aus: «Die Beschränkung der Ersatzforderung, die bereits unter geltendem Recht bekannt ist, wird beibehalten» (BBl 2017 1851, 1985; vgl. auch MICHA BÜHLER, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 58 BöB/IVöB N 40). Dies deutet nicht darauf hin, dass eine Änderung gegenüber dem Art. 34 Abs. 2 aBöB beziehungsweise eine noch weitergehende Schadenersatzbeschränkung als unter dem aBöB angestrebt worden wäre. An keiner Stelle der Botschaft wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dies der Fall wäre. Insbesondere erwähnt die Liste der wichtigen Neuerungen des BöB (BBl 2017 1851, 1870 f.) zwar die Möglichkeit der adhäsionsweisen Beurteilung des Schadenersatzbegehrens im Beschwerdeverfahren (Art. 58 Abs. 3 BöB) und spricht in einem weiteren Unterpunkt auch von einem «moderate[n] Ausbau des Rechtsschutzes im Einklang mit der Rechtsweggarantie der Verfassung» (BBl 2017 1851, 1871; dieser «Ausbau» wird auch an weiteren Stellen betont: BBl 2017 1851, 1867, 1875, 1880, 1977). Auf eine allfällige weitere Beschränkung des Schadenersatzes verweist die Liste jedoch nicht, und umso weniger darauf, dass im Staatsvertragsbereich neuerdings Freihandvergaben nur noch dann angefochten werden könnten, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt würde. Insgesamt

kann nicht gesagt werden, dass sich aus der Botschaft hinreichend deutliche Indizien dafür ergäben, dass es dem klaren Willen des Bundesrats entsprochen hätte, den Schadenersatz gegenüber dem Art. 34 Abs. 2 aBöB weiter zu beschränken. Falls es einen solchen Willen gegeben haben sollte, wäre dieser nicht klar zum Ausdruck gebracht worden, obschon es dem Zweck einer Botschaft entspricht, insbesondere alle Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht transparent zu machen. Die historische Auslegung stützt nach dem Gesagten die These nicht, dass das BöB dem Wortlaut von Art. 58 Abs. 4 entsprechend den Schadenersatz beschränken wollte.

**e.** Dem Zweck des Art. 58 Abs. 4 BöB entspricht es, der mit ihrer Beschwerde obsiegenden Beschwerdeführerin in jenen Fällen, in denen die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung entfaltet (weil diese Wirkung abgelehnt wurde oder von vornherein nicht möglich war) und der Auftrag daher nicht erstritten werden kann, eine Kompensation für die nicht korrigierbare Rechtsverletzung und für den entgangenen Auftrag (bzw. für die entgangenen Chancen) zugänglich zu machen (vgl. sinngemäss BBl 2017 1851, 1974 f.). Es entspricht diesem Zweck jedoch nicht, die in Art. 52 Abs. 1 und Abs. 2 BöB auch in Bezug auf Ausnahme-Freihandvergaben (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 Satz 2 BöB) vorgesehene Beschwerde bei solchen Vergaben faktisch auszuschliessen (ausserhalb des Staatsvertragsbereichs: in allen Fällen; innerhalb des Staatsvertragsbereichs: falls keine aufschiebende Wirkung gewährt wurde).

**f.** Unabhängig davon, dass der Wortlaut des Art. 58 Abs. 4 BöB die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren nicht erwähnt, zeigen die systematische und die teleologische Auslegung der Bestimmung, dass dieser Wortlaut jedenfalls dann zu eng ist, wenn es um Sekundärrechtsschutz gegenüber Freihandvergaben nach Art. 21 Abs. 2 BöB geht (aus der Geschichte der Bestimmung ergeben sich im Übrigen keine Anzeichen dafür, dass dieser Schluss unzutreffend wäre). In diesen Fällen ist Art. 58 Abs. 4 BöB darum dahin auszulegen, dass er, wie seinerzeit der Art. 34 Abs. 2 aBöB, den Ersatz von Rechtsmittelkosten (welche nicht bereits durch die Parteientschädigung gedeckt werden) erlaubt. Nur so kann eine stossende Lücke im Rechtsschutzsystem von Art. XVIII GPA (wo anwendbar) und Art. 52 Abs. 1 und Abs. 2 BöB vermieden werden.

**5.** Aufgrund der vorstehenden Auslegung von Art. 58 Abs. 4 BöB, die (entgegen dem rapportierten Urteil) dazu führt, dass im Rahmen des gegenüber Ausnahme-Freihandvergaben gewährten Sekundärrechtsschutzes Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren als Schaden geltend gemacht werden können, verfügt die Beschwerdeführerin in den betreffenden Beschwerdeverfahren stets über ein schutzwürdiges Interesse bezüglich der (den Schadenersatz erst ermöglichenden) Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung (vgl. Ziff. 2 hiervor). Gleichwohl ist an dieser Stelle noch auf die Frage einzugehen, ob die Beschwerdeführerin im Sekundärrechtsschutz ganz allgemein (d.h. nicht nur bei Anfechtung von Freihandverga-

ben) über ein selbständiges Feststellungsinteresse verfügt oder ob die prozessuale Schutzwürdigkeit dieses Interesses unzertrennlich vom Schadenersatzanspruch abhängt (vgl. zu dieser Frage in einer anderen Konstellation BR/DC 2022, S. 55 f., Anmerkung zu Nr. 95 [BVGer B-2963/2021, Abschreibungsentscheid vom 15.10.2021]).

**a.** Unter dem aBöB musste die im Sekundärrechtsschutz obsiegende Beschwerdeführerin, sofern sie Schadenersatz erlangen wollte, ihren Anspruch im Anschluss an das Beschwerdeverfahren in einem separaten Gesuchsverfahren geltend machen (Art. 35 Abs. 1 aBöB). Allerdings konnte sie darauf auch verzichten und es mit dem Feststellungsurteil der Beschwerdeinstanz bewenden lassen. Die Frage, ob sie ein schutzwürdiges Beschwerdeinteresse hat, hing dabei nicht davon ab, ob sie versprach, dass sie den Schadenersatz tatsächlich einfordern würde.

**b.** Unter dem revidierten BöB ist es der Beschwerdeführerin überlassen, ob sie ein Schadenersatzbegehren bereits im Beschwerdeverfahren stellen oder ob sie sich für das anschließende, separate Gesuchsverfahren entscheiden will (vgl. Art. 58 Abs. 3 BöB [«allfälliges Schadenersatzbegehren»]; Botschaft BöB, BBl 2017, 1851, 1977 [«Mit dem Feststellungsbegehren *kann* neu ein Schadenersatzbegehren verbunden werden»; Hervorhebung nicht im Original], 1985 [«*Neu erlaubt* Absatz 3 der Beschwerdeführerin eine «adhäsionsweise» Beurteilung des Ersatzbegehrens vor der gleichen Instanz»; Hervorhebung nicht im Original]; im Übrigen kann es sich ergeben, dass die Beschwerdeinstanz ein im Beschwerdeverfahren gestelltes Begehren in das separate Gesuchsverfahren verweist: Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1985: «Voraussetzung für eine Behandlung [des Schadenersatzbegehrens] im Rahmen des Beschwerdeentscheids bildet, dass das Schadenersatzbegehren liquid ist»; a.M. MICHA BÜHLER, a.a.O., Art. 58 BöB/IVöB N 31 und N 33: nach diesem Autor verwirkt die Beschwerdeführerin ihren Schadenersatzanspruch, wenn sie ihn nicht im Beschwerdeverfahren einfordert; das Gesetz enthält allerdings keine dahingehenden Hinweise, und der Umstand, dass es keine Verwirkungs-

frist statuiert und nicht ausdrücklich auf das VG verweist, bedeutet nicht, dass das VG und damit insbesondere dessen Art. 10 und Art. 20 in Bundesbeschaffungssachen nicht gälten, denn das hiesse auch, dass z.B. Art. 3 Abs. 4, Art. 4 und Art. 7 VG nicht zur Anwendung kommen könnten). Damit steht es der Beschwerdeführerin auch offen, nach der Gutheissung ihrer Beschwerde auf die Einleitung des Gesuchsverfahrens und damit auf den Schadenersatz zu verzichten. **c.** Art. 58 Abs. 3 BöB lautet: «Gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheidet die Beschwerdeinstanz über ein allfälliges Schadenersatzbegehren». Mit der «Feststellung der Rechtsverletzung» verweist diese Bestimmung, je nach dem konkreten Fall, auf Art. 52 Abs. 2 oder auf Art. 58 Abs. 2 BöB. In diesen letzteren Bestimmungen wird ein Feststellungsanspruch statuiert.

**d.** In dieser Gesamtschau von Feststellungsanspruch und Schadenersatz zeigt sich, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung zwar eine Voraussetzung für den Erhalt von Schadenersatz darstellt, dass jedoch der Feststellungsanspruch unabhängig vom Schadenersatz steht, zumal der Feststellungsentscheid in Art. 58 Abs. 3 BöB neben dem (allfälligen) Entscheid über den Schadenersatz genannt wird, der Feststellungsentscheid in Art. 52 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 BöB ohne explizite Bezugnahme auf den Schadenersatz statuiert wird und eine Beschwerdeführerin durch Verzicht auf die Stellung eines Schadenersatzbegehrens im Beschwerdeverfahren und sodann auch auf die Einleitung eines Gesuchsverfahrens betreffend Schadenersatz nach erfolgter Beschwerdegutheissung in jedem Fall ein blosses Feststellungsurteil erreichen kann (dieses verliert im Übrigen seine Rechtswirkungen nicht, wenn sodann kein Schadenersatz begehrt wird).

**e.** Auch die Botschaft BöB scheint davon auszugehen, dass es ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung unabhängig von der Schadenersatzfrage gibt: «Trotz der feststellenden Natur wird ein Beschwerdeentscheid eine darüber hinaus wirkende Bedeutung erlangen und für die Praxis der Vergabestellen begleitend sein» (BBl 2017 1851, 1975).