

## JAAC 68.11

Auszug aus einer Entscheidung des Bundesrates vom 5. November 2003

---

**Marchés publics. Champ d'application de la LMP. Nature juridique de l'adjudication dans les marchés non soumis à la LMP.**

- Si la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics constate de façon définitive qu'un marché déterminé n'est pas soumis à la LMP, cette constatation lie les autorités administratives compétentes et le Conseil fédéral (consid. 1.1 et 3).

- Aux «autres marchés» de la Confédération (chap. 3 de l'OMP), les dispositions de la section 5 de la LMP, relatives à la procédure et aux voies de droit, et en particulier l'art. 29 LMP, demeurent inapplicables (consid. 3).

- Maintien de la jurisprudence (JAAC 66.46) selon laquelle, dans le cadre d'un marché de la Confédération non soumis à la LMP, l'adjudication n'a pas besoin d'être réglée par une décision au sens de l'art. 5 PA (consid. 4).

---

**Öffentliches Beschaffungswesen. Anwendungsbereich des BoeB. Rechtsnatur des Zuschlags bei nicht dem BoeB unterstehenden Beschaffungen.**

- Hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen rechtskräftig festgestellt, dass eine Beschaffung dem BoeB nicht unterliegt, ist diese Feststellung für die zuständigen Verwaltungsbehörden und den Bundesrat verbindlich (E. 1.1 und 3).

- Auf die so genannten übrigen Beschaffungen des Bundes (3. Kapitel der VoEB), finden die Bestimmungen des 5. Abschnitts des BoeB über Verfahren und Rechtsschutz, insbesondere Art. 29 BoeB, keine Anwendung (E. 3).

**- Festhalten an der Praxis (VPB 66.46), wonach der Zuschlag im Bereich der dem BoeB nicht unterstehenden übrigen Beschaffungen des Bundes nicht durch Verfügung zu regeln ist (E. 4).**

---

**Acquisti pubblici. Campo d'applicazione della LAPub. Natura giuridica dell'aggiudicazione per acquisti che non sottostanno alla LAPub.**

**- Se la Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici ha stabilito in maniera definitiva che un acquisto non soggiace alla LAPub, tale constatazione è vincolante per le autorità amministrative competenti e per il Consiglio federale (consid. 1.1 e 3).**

**- Ai cosiddetti altri acquisti della Confederazione (3° capitolo dell'OAPub) non sono applicabili le disposizioni della sezione 5 della LAPub concernente la procedura e i rimedi giuridici, in particolare l'art. 29 LAPub (consid. 3).**

**- Conferma della giurisprudenza (GAAC 66.46), secondo cui l'aggiudicazione nell'ambito degli altri acquisti della Confederazione che non sottostanno alla LAPub non deve essere regolata con una decisione (consid. 4).**

---

Zusammenfassung des Sachverhalts:

**A.** Im Frühjahr 2002 publizierte die Gruppe Rüstung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) einen in sechs Lose aufgeteilten Auftrag für die Lieferung eines 5-teiligen, aus einseitig PVC-beschichteten Polyamidgewebe gearbeiteten Gepäcksets 04 gemäss näherer technischer Spezifikation. Die Ausschreibung war nicht der WTO unterstellt.

Am 23. September 2002 reichte die Bietergemeinschaft O. ein Angebot für die Lieferung des Gepäcksets 04 ein.

Aufgrund ihrer Evaluation der Angebote teilte die Gruppe Rüstung der Bietergemeinschaft O. mit Schreiben vom 7. Februar 2003 mit, dass andere Offerten höher bewertet worden seien. Der Zuschlag sei anderen Offerenten erteilt worden, nämlich der Bietergemeinschaft R. Die Publikation des Vergabeentscheids erfolgte, versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung, in der Folge im SHAB, wo später berichtigt wurde, dass die dem Vergabeentscheid angefügte Rechtsmittelbelehrung irrtümlich erfolgt sei.

**B.** Gegen den Vergabeentscheid der Gruppe Rüstung vom 7. Februar 2003 erhoben drei der vier an O. Beteiligten (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) am 25. Februar 2003 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen.

Mit Entscheid vom 27. März 2003 trat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen auf diese Beschwerde nicht ein und überwies sie dem Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS).

Der Begründung dieses Entscheids ist zu entnehmen, dass eine Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen nur zulässig sei, wenn die streitige Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) falle. Die hier in Frage stehenden Gegenstände seien nicht in der Positivliste der gemäss Anhang 1, Annex 1 des GATT-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) dem Abkommen unterstehenden zivilen Güter enthalten. Aus der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) lasse sich kein Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung ableiten. Die Beschwerde sei daher dem VBS zu überweisen, welchem es überlassen bleibe, ob es sie als Verwaltungs- oder als Aufsichtsbeschwerde prüfen wolle.

C. Am 10. April 2003 verfügte das VBS vorläufig und ohne Präjudiz für die Rechtsnatur des Anfechtungsgegenstands die aufschiebende Wirkung der ihm von der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen am 27. März 2003 überwiesenen Beschwerde.

Am 15. Mai 2003 entschied das VBS, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Es führte aus, dass mit dem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. März 2003 rechtskräftig feststehe, dass der zu beurteilende öffentliche Auftrag dem BoeB nicht unterstehe und daher als übrige Beschaffung des Bundes im Sinne des 3. Kapitels der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) gelte.

Aus Art. 39 VoeB in Verbindung mit Art. 29 BoeB ergebe sich, dass der Vergabeentscheid keine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) darstelle und daher auch nicht mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbar sei.

D. Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen am 18. Juni 2003 Beschwerde beim Bundesrat.

Sie machten geltend, Vergabeentscheide unterlägen der Verwaltungsbeschwerde, vorliegend nach Art. 72 Bst. a VwVG der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht sei nach Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz [OG], SR 173.110) unzulässig, und es liege auch keiner der Ausschlussgründe der Verwaltungsbeschwerde von Art. 74 VwVG vor.

Das VBS beantragte am 22. August 2003, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, auf die Beschwerde nicht einzutreten, *eventualiter* die Beschwerde abzuweisen.

Das VBS wies ergänzend zur Begründung des angefochtenen Entscheids darauf hin, dass eine gegenteilige Betrachtungsweise zum paradoxen Ergebnis führte, dass für die dem BoeB nicht unterstehenden Vergabeentscheide ein ausgedehnterer Rechtsschutz gewährt werden müsste als in den dem BoeB unterstehenden Fällen.

Am 3. Oktober 2003 benannten die Beschwerdeführerinnen in einer unaufgefordert eingereichten Eingabe einen neuen Zeugen für die von ihnen gerügte Verletzung der Ausstandspflicht und machten noch einmal geltend, dass der Zuschlag immer eine Verfügung darstelle und auf die Rüge der Verletzung grundlegender Verfahrensrechte in jedem Fall eingetreten werden müsse.

Aus den Erwägungen:

**1.1.** Mit dem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. März 2003 steht rechtskräftig fest, dass der zu beurteilende öffentliche Auftrag dem BoeB nicht untersteht und damit die Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen unzulässig ist.

Da im Übrigen nach Art. 100 Abs. 1 Bst. x OG auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, bleibt zu prüfen, ob gegen den in Frage stehenden Vergabeentscheid die Verwaltungsbeschwerde zulässig ist, hier die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat gegen den Nichteintretensentscheid des VBS (Art. 72 Abs. 1 Bst. a VwVG).

**1.2.** (...)

Im Rahmen der vorerst vorzunehmenden Prüfung, ob das VBS zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten ist, lässt der Bundesrat die Frage offen, ob der Beschwerdeverzicht eines der Mitglieder der Bietergemeinschaft O. die Beschwerdelegitimation der anderen Mitglieder dieser Bietergemeinschaft tangiert.

(...)

**2.1.** Der Bundesrat hat in zwei die Vergabe von Buslinien betreffenden Entscheiden vom 16. Januar 2000 festgehalten, dass der in einem behördlichen Submissionsverfahren ergehende Zuschlag einer Arbeit oder einer Lieferung an einen Bewerber beziehungsweise die Verweigerung des Zuschlages gegenüber andern Bewerbern keine Verfügung darstellt, sondern den behördlichen Beschluss oder die Ermächtigung zum Abschluss eines öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrages. Soweit das Bundesrecht nichts anderes vorsieht, besteht demnach keine Pflicht, die Erteilung oder die Verweigerung eines Zuschlages verfügungsweise zu regeln (s. [VPB 66.46](#)).

**2.2.** In einem Entscheid vom 20. November 1998 (s. [BGE 125 II 86 ff.](#)) hat das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung ([BGE 116 Ib 367 ff.](#), S. 370, und [BGE 119 Ia 424 ff.](#)), wonach der in einem behördlichen Submissionsverfahren ergehende Zuschlag einer Arbeit oder einer Lieferung an einen Bewerber beziehungsweise die Verweigerung des Zuschlages gegenüber andern Bewerbern vorbehaltlich gegenteiliger Bestimmungen des Bundesrechts grundsätzlich keine Verfügung darstellt, aufgegeben. Das Bundesgericht begründete seine Praxisänderung mit der einhelligen Auffassung der Doktrin und mit Gesetzesänderungen, insbesondere dem Inkrafttreten des BoeB und des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz [BGBM], SR 943.02). Besonderes Gewicht mass es dem Umstand bei, dass das Bundesrecht den Zuschlag in verschiedenen Bereichen ausdrücklich als Verfügung bezeichnet, so z. B. in Art. 29 BoeB.

Der Begründung des neuen Grundsatzentscheids trifft indes auf den hier zu beurteilenden Zuschlag für eine dem BoeB nicht unterstehende Vergabe einer Lieferung nicht zu (s. *Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, S. 240 ff.).

Da auch das vom Bundesgericht zur Begründung seines Entscheids angerufene Binnenmarktgesetz keine Regelung der öffentlichen Beschaffungen des Bundes enthält, sieht der Bundesrat keinen Anlass, seine Praxis in den von [BGE 125 II 86 ff.](#) nicht angesprochenen Bereichen aufzugeben. Er geht daher weiter davon aus, dass - soweit das Bundesrecht nichts anderes vorsieht - keine Pflicht besteht, die Erteilung oder die Verweigerung eines Zuschlages verfügungsweise zu regeln.

3. Wie bereits dargelegt, steht mit dem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. März 2003 rechtskräftig fest, dass der zu beurteilende öffentliche Auftrag dem BoeB nicht untersteht. Er fällt daher unter die so genannten übrigen Beschaffungen des Bundes, welche der BoeB nicht regeln will und auf welche daher auch die Bestimmungen des 5. Abschnitts des BoeB über Verfahren und Rechtsschutz, insbesondere auch Art. 29 BoeB, keine Anwendung finden.

Konsequenterweise finden sich die Bestimmungen über die übrigen Beschaffungen des Bundes auf Verordnungsstufe, und zwar im 3. Kapitel der Voeb.

4. Würde man *de lege lata* auch bei den übrigen Beschaffungen des Bundes über den Zuschlag verfügungsweise entscheiden, so hätte dies die paradoxe Folge, dass für die weniger bedeutungsvollen übrigen Beschaffungen des Bundes ein ausgedehnterer Rechtsschutz Platz greifen würde als für die dem BoeB unterstehenden Vergabeverfahren, nämlich insbesondere ein zweistufiger Rechtsschutz, eine längere Beschwerdefrist (30 statt 20 Tage) sowie eine gegensätzliche Regelung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde. Eine allfällige Änderung der bestehenden Rechtslage, das heisst ein Verfügungsverfahren für die übrigen Beschaffungen des Bundes, muss daher vom Gesetzgeber beschlossen werden.

Davon ist der Bundesrat denn auch bereits im Rahmen der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 ausgegangen. Er hielt fest, dass die Einführung eines Rechtsmittelverfahrens für solche Beschaffungen nicht erforderlich sei, weil der Nutzen einer solchen Regelung in einem schlechten Verhältnis zu deren Aufwand stünde (s. *BBl 1994 IV 1179*). Dabei ist der Bundesrat davon ausgegangen, dass Beschaffungen unterhalb des Schwellenwerts wie bisher auch weiterhin nicht verfügungsweise zu regeln sind.

5. Gemäss [BGE 119 Ia 424](#), S. 428, kann auch im Submissionsverfahren jedermann unabhängig von seiner Beschwerdelegitimation mit staatsrechtlicher Beschwerde eine Verletzung von Parteirechten rügen, die ihm aufgrund des kantonalen Verfahrensrechtes oder unmittelbar aufgrund der Minimalgarantien von Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zustehen und deren Missachtung eine formelle Rechtsverweigerung darstellt. Die Zulassung der staatsrechtlichen Beschwerde wurde damit begründet, dass dem Verfahren wenn nicht in Bezug auf den zu treffenden Vergabungsentscheid, so doch bezüglich der öffentlichrechtlich gewährleisteten Parteirechte Verfügungscharakter zukomme.

Eine analoge Betrachtungsweise bei der Anfechtung bundesrechtlich geordneter, nicht verfügungsweise zu regelnder Submissionsverfahren durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde (nach heutiger Rechtslage letztinstanzlich durch Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat), wie sie vom Bundesgericht in einem Urteil vom 5. Dezember 1980 (Repertorio Gieurisprudenza Patria [Rep.] 1980, S. 234) erwogen wurde (vgl. auch unveröffentlichtes Urteil i.S. W. vom 11. Juli 1984), lehnte das Bundesgericht ab, weil dem Art. 101 Bst. a OG entgegensteht. Danach kann dieses Rechtsmittel, wenn es gegen die Endverfügung ausgeschlossen ist, auch nicht gegenüber irgendwelchen Zwischenverfügungen oder zur Geltendmachung von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung im betreffenden Verfahren ergriffen werden (Grundsatz der Einheit des Verfahrens; [BGE 111 Ib 73](#), [BGE 119 Ib 414](#) E. 2a; *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 106 f., 237).

Für die Verwaltungsbeschwerde gelangt man gestützt auf Art. 46 Bst. e VwVG sinngemäss zum gleichen Ergebnis: Stellt der im Submissionsverfahren ergehende Vergabeentscheid keine anfechtbare Verfügung dar, so können auch damit verbundene Verfahrensfragen nicht Gegenstand dieses Rechtsmittels bilden.

6. Das VBS ist somit zu Recht nicht auf die Beschwerde gegen den Vergabeentscheid der Gruppe Rüstung vom 7. Februar 2003 eingetreten.

Die gegen den Nichteintretensentscheid des VBS eingereichte Beschwerde ist daher abzuweisen (s. [BGE 101 Ib 308](#); *Fritz Gygi*, a.a.O., S. 74).

7. Ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, so wird das VBS zu prüfen haben, ob es die Eingabe als Aufsichtsbeschwerde (Anzeige) entgegenzunehmen hat.

(...)

---

## **JAAC 68.11 - Auszug aus einem Entscheid des Bundesrates vom 5. November 2003**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 254

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.