

JAAC 62.79

Auszug aus dem Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 6. Februar 1998

Marchés publics. Demande d'octroi de l'effet suspensif.

- *Confirmation de la jurisprudence selon laquelle l'art. 22 LMP doit être interprété dans le sens que le contrat peut être conclu seulement lorsqu'il s'avère qu'aucun recours n'a été déposé, ou qu'un recours a été déposé sans que l'effet suspensif ne soit requis, ou encore qu'une demande d'octroi de l'effet suspensif a été rejetée (consid. 2).*

- *Examen des chances de succès du recours et pesée des intérêts en jeu (consid. 3).*

Öffentliches Beschaffungswesen. Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

- *Bestätigung der Rechtsprechung, wonach in Auslegung von Art. 22 BoeB der Vertrag erst abgeschlossen werden darf, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben wurde oder dass eine Beschwerde erhoben wurde, welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt, oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde (E. 2).*

- *Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde und Abwägung der betroffenen Interessen (E. 3).*

Acquisti pubblici. Domanda tendente alla concessione dell'effetto sospensivo.

- Conferma della giurisprudenza secondo la quale, conformemente a una corretta interpretazione dell'art. 22 LAPub, il contratto può essere concluso soltanto una volta stabilito che non è stato interposto alcun ricorso, che è stato interposto ricorso senza chiedere l'effetto sospensivo o che una domanda tendente alla concessione dell'effetto sospensivo è stata respinta (consid. 2).

- Esame delle possibilità di successo del ricorso e ponderazione degli interessi in causa (consid. 3).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Der Waffenplatz Frauenfeld wird in Etappen ausgebaut. In der dritten Etappe wird ein neues Kommando- und Freizeitgebäude erstellt. Die für den Neubau notwendigen Arbeiten sind vom Amt für Bundesbauten (AFB) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) ausgeschrieben worden. Die im offenen Verfahren durchgeführte Ausschreibung beinhaltete unter anderem auch die Installation der Schwach- und Starkstromanlagen (BKP 232.1). Das AFB erteilte schliesslich am 21. November 1997 den Zuschlag mit Bezug auf den BKP 232.1 an X und eröffnete die Zuschlagsverfügung durch Veröffentlichung im SHAB.

Gegen diese Verfügung erhebt die A AG bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (hiernach: Rekurskommission) Beschwerde mit dem Antrag, den Zuschlag an X aufzuheben und das AFB anzuweisen, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme wird zudem beantragt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beizumessen. Zur Begründung der Beschwerde wird im wesentlichen geltend gemacht, das AFB habe bereits im Mai 1997 der Beschwerdeführerin den Zuschlag für die in Frage stehenden Arbeiten erteilt, mit ihr mündlich einen Werkvertrag geschlossen und sie in der Folge auch beauftragt, die Einlegearbeiten in Angriff zu nehmen und weiterzuführen. Mit seinem Vorgehen im Rahmen der zweiten Vergebungsrunde (nachträgliche Aufforderung zur Einreichung einer Pauschalofferte) habe das AFB zudem gegen Vorschriften des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) und der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) verstossen.

B. Die Rekurskommission übermittelte die Eingabe der Beschwerdeführerin gleichentags per Fax dem AFB zur Kenntnisnahme und unter Hinweis auf den in [VPB 61.24](#) (S. 261 ff.) veröffentlichten Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 17. Februar 1997 betreffend aufschiebende Wirkung. Der Präsident der Rekurskommission hat der Beschwerde mit Verfügung vom 23. Dezember 1997 superprovisorisch bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung den Suspensiveffekt zuerkannt und das AFB zur Vernehmlassung betreffend die aufschiebende Wirkung aufgefordert.

Das AFB teilte der Rekurskommission am 23. Dezember 1997 mit, dass der Vertrag zwischen ihm und X bereits abgeschlossen wurde. In seiner Vernehmlassung vom 16. Januar 1998 schliesst das AFB auf Abweisung des Gesuches um Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

(Die Rekurskommission heisst das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gut.)

Aus den Erwägungen:

2. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann von der Rekurskommission auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren.

a. Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist abzuwägen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. In die Prüfung sind die Interessen der Beschwerdeführerin, öffentliche Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter einzubeziehen (BGE 117 V 191 E. 2b, 110 V 45 E. 5b, 106 Ib E. 2a, 105 V 268 E. 2; *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rz. 1397; *Alfred Kölz / Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 280; *Pierre Moor*, Droit administratif, Bd. II, Bern 1991, S. 443). Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass es diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 25. März 1997 i. S. B. und Mitbeteiligte gegen Amt für Bundesbauten, E. 3a; *Evelyne Clerc*, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 545).

Liegt ein Gesuch um aufschiebende Wirkung vor, ist - im Sinne einer *prima-facie*-Würdigung der materiellen Rechtslage - zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren (*Attilio Gadola*, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 972; Clerc, a.a.O., S. 542 und 546 mit Hinweisen). Werden der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Je grösser die Chancen der Beschwerde auf Gutheissung im Lichte der *prima-facie*-Würdigung sind, desto gewichtiger

müssen die von der Auftraggeberin geltend gemachten öffentlichen Interessen sein, damit es zu einer Abweisung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung kommen darf. Macht die Auftraggeberin Dringlichkeit geltend, so muss sie diese im einzelnen begründen und belegen.

b. Das AFB stellt sich in seiner Vernehmlassung vom 16. Januar 1998 auf den Standpunkt, gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB könne die Rekurskommission den Vertrag auch bei Gutheissung der Beschwerde nicht aufheben. Demzufolge sei die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen, könnten doch im Rahmen der Gewährung des Suspensiveffektes nicht weitergehende Wirkungen als mit dem Endentscheid selbst erzielt werden. Das AFB übergeht die von der Rekurskommission mit Zwischenentscheid vom 17. Februar 1997 begründete und mit Zwischenentscheid vom 15. Juli 1997 bestätigte (VPB 62.32 I) und weiterentwickelte Rechtsprechung mit Stillschweigen. Aus dem bisherigen Verhalten des AFB ist der Rekurskommission indes bekannt, dass diese Verwaltungseinheit die Rechtslage im Zusammenhang mit dem Problemkreis Vertragsabschluss und aufschiebende Wirkung der Beschwerde anders beurteilt als die Rekurskommission. Letztere sieht sich veranlasst, im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides ihre eigene Rechtsprechung zu überprüfen und zu verdeutlichen.

c. In ihrem Zwischenentscheid vom 17. Februar 1997 hielt die Rekurskommission im wesentlichen fest, dass der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin grundsätzlich erst dann geschlossen werden dürfe, wenn sich die Frage der aufschiebenden Wirkung nicht mehr stelle. Sie erachte daher den Abschluss des Vertrages in Zukunft als unzulässig

- vor Eröffnung des Zuschlags;
- vor Ablauf der Beschwerdefrist;
- nachdem eine Beschwerde mit Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung eingereicht worden ist; diesfalls setzt die Rekurskommission die Auftraggeberin umgehend davon in Kenntnis;
- nachdem die Rekurskommission der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt hat.

Vorbehalten bleibe der Abschluss des Vertrages vor Ablauf der Beschwerdefrist aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses. In einem solchen Fall (z. B. bei besonderer Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) sei es an der Auftraggeberin, einen derartigen Grund darzutun. Sollte sich nach erfolgter Bekanntgabe und Veröffentlichung des Zwischenentscheides ein vergleichbarer Fall wiederholen, sähe sich die Rekurskommission veranlasst, unter Berücksichtigung der konkret gegebenen Umstände die sich aufdrängenden Massnahmen zu treffen (vgl. VPB 61.24, S. 261 ff. bzw. AJP 1997, S. 333 ff. bzw. Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl], 98/1997, S. 218 ff.).

aa. Das AFB scheint demgegenüber die Ansicht zu vertreten, Art. 22 Abs. 1 BoeB gebe der Auftraggeberin die Möglichkeit, sofort nach dem Zuschlag den Vertrag abzuschliessen, ohne dabei irgendwelche Fristen abwarten zu müssen. Eine solche Auslegung, wird geltend gemacht, entspreche nicht nur dem Wortlaut der Norm, sondern auch dem klaren gesetzgeberischen Willen (Botschaft zu den für die Ratifizierung

der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV 1176, 1193, 1197, 1199); sie verletze weder das Verfassungsprinzip des Vertrauensschutzes noch Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.422). Der Gesetzgeber habe eindeutig ausschliessen wollen, dass mit einem Beschwerdeverfahren teure Beschaffungsvorhaben unbotmässig verzögert würden. Er habe daher darauf verzichtet, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren und ausdrücklich festgehalten, dass es der Auftraggeberin frei stehe, den Vertrag sofort nach dem Zuschlag zu schliessen und einen Beschwerdeführer auf den Ersatz des entstandenen Schadens zu verweisen. Die einschränkende Auslegung von Art. 22 BoeB durch die Rekurskommission führe im Ergebnis dazu, dass der Beschwerde faktisch die aufschiebende Wirkung zukomme, und verletze das in Art. 114^{bis} Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BV, SR 101) formulierte Gewaltenteilungsprinzip.

Peter Gauch merkt in Baurecht (BR) 1997 (S. 121). zum erwähnten Zwischenentscheid an, die von der Rekurskommission vertretene Lösung überzeuge, wenn man nur auf das Rechtsschutzinteresse der nicht berücksichtigten Anbieter abstelle. Der Wortlaut von Art. 22 BoeB weise dagegen in eine andere Richtung, ebenso die GATT-Botschaft 2. Die von der Rekurskommission zitierten Bestimmungen des GPA (Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a) verlangten nicht zwingend, dass Art. 22 BoeB so ausgelegt werde, wie die Rekurskommission es tue. Vielmehr gäbe es gute Gründe, die sogar dagegen sprächen. So hätten es die am Abschluss des GPA beteiligten Staaten bewusst abgelehnt, eine «standstill»-Klausel aufzunehmen, die es den Mitgliedstaaten verbieten würde, den Vertrag vor Ablauf einer bestimmten Zeit nach publiziertem Zuschlag abzuschliessen.

bb. Gemäss Art. 114^{bis} Abs. 3 BV sind die Bundesgesetzgebung und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge für die Rekurskommission massgebend. Diese Bindung bedeutet nicht ein ausschliessliches Abstellen auf den Wortlaut einer Bestimmung. Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen also die grammatikalische, die historische, die zeitgemässe, die systematische und die teleologische Auslegungsmethode. Rechtsprechung und Lehre bejahen dabei den Methodenpluralismus, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt. Vielmehr sollen bei der Anwendung auf den einzelnen Fall all jene Methoden zur Anwendung kommen, die im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben. Immerhin steht auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts gemäss der bundesgerichtlichen Praxis die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 175 ff. mit Hinweisen). Diese Methode stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Wortlaut der Norm soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden (*Ulrich Häfelin / Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, Rz. 99 f.). Schliesslich ist innerstaatliches Recht staatsvertragskonform auszulegen (BGE 122 II 239 E. 4e mit Hinweisen, 94 I 678 E. 6a; *Thomas Cottier*, Die Globalisierung des Rechts - Herausforderung

für Praxis, Ausbildung und Forschung, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV] 133/1997, S. 232 f.; Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 53.54, S. 432).

cc. Entgegen einer vordergründigen Lektüre ist der Wortlaut von Art. 22 BoeB nicht klar. Unklar bzw. in besonderem Masse auslegungsbedürftig ist er insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Rekurskommission als einzige Beschwerdeinstanz im Zeitpunkt, in dem der Zuschlag erteilt wird, über die Frage der aufschiebenden Wirkung noch gar nicht entschieden haben kann. Denn dies würde ja voraussetzen, dass ein Anbieter oder eine Anbieterin vor Ergehen des Zuschlags Beschwerde führen würde, ein Vorgehen, dem kein Erfolg beschieden sein kann, hat eine vorzeitig eingereichte Beschwerde doch zur Folge, dass die Instruktion der Sache bis zur rechtsgültigen Eröffnung des Entscheids suspendiert bleibt (vgl. BGE 108 Ia 130 E. 1a, 106 Ia 398 E. 1; Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 15. Juli 1997, VPB 62.32 I E. 1e). Nach ihrem reinen Wortlaut macht die Bestimmung insofern somit keinen vernünftigen Sinn. Denn es wäre widersprüchlich, einerseits einen förmlichen und effektiven Rechtsschutz zu Gunsten des Submittenten zu schaffen, andererseits der Verwaltung aber die Möglichkeit zu geben, einseitig und ohne sich auf zwingende Gründe des öffentlichen Interesses berufen zu müssen, diesen Rechtsschutz wieder illusorisch zu machen. Zudem wurde in der GATT-Botschaft 2 ausdrücklich anerkannt, dass ein Hinausschieben des Vertragsschlusses aufgrund der Interessenabwägung unter Umständen geboten sein könne (BBl 1994 IV 1193). Wenn schon die Rekurskommission verpflichtet ist, eine Gewichtung der in Frage stehenden Interessen vorzunehmen, gilt dies selbstverständlich auch für die Verwaltung.

Bei dieser Ausgangslage sind auch die anderen Auslegungsmethoden für die Auslegung beizuziehen.

dd. Mit Bezug auf die teleologische Methode ist einerseits festzuhalten, dass der Sinn und Zweck der Bestimmung nicht in der Vereitelung, sondern in der Unterstützung des auch vom GPA geforderten wirksamen Rechtsschutzes besteht, mit dem der Anbieter die wirtschaftlichen Chancen des Submissionsverfahrens grundsätzlich soll wahren können. Andererseits soll die Bestimmung auch eine effiziente Beschaffung durch die Verwaltung gewährleisten. Gerade wegen dieses Gesichtspunktes kommt der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu, sondern hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass die Rekurskommission auf ein entsprechendes Gesuch hin jeweils die im Spiele stehenden öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abwägen muss. Die GATT-Botschaft 2 sowie der Wille des historischen Gesetzgebers widersprechen diesem Auslegungsergebnis nicht: In der Tat unterstreicht der in diesem Zusammenhang relevante Abschnitt der Botschaft zum BoeB (BBl 1994 IV 1193) die bereits aufgrund des Wortlauts von Art. 22 Abs. 1 BoeB festgestellte Auslegungsbedürftigkeit der Norm dadurch, dass er sich inhaltlich praktisch auf die Wiedergabe des Gesetzestextes beschränkt (vgl. *Peter Galli*, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

- Die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in Nicolas Michel / Roger Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 110 Fn. 26).

ee. Unterstützt wird dieses Ergebnis weiter durch die Vorschrift von Art. 28 Abs. 2 BoeB, wonach die Rekurskommission die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen kann, und zwar ohne Einschränkung mit Bezug auf die Art der angefochtenen Verfügung, folglich auch bei einer Zuschlagsverfügung. Bei einer solchen Verfügung würde der Rechtsschutz indes zur Farce verkommen, wenn die Verwaltung der Gewährung einer aufschiebenden Wirkung durch raschen Abschluss des Vertrages zuvorkommen könnte. Die von der Verwaltung vertretene Auslegung käme denn auch einer Einladung an die Vergabestelle gleich, den Vertrag noch rasch vor der Eröffnung der Zuschlagsverfügung zu schliessen. Damit aber würde die aufschiebende Wirkung bei Zuschlagsverfügungen faktisch ausgeschlossen, was Art. 22 Abs. 1 BoeB keinen Sinn mehr geben und Art. 28 Abs. 2 BoeB bezüglich Zuschlagsverfügungen seines Gehaltes entleeren würde.

ff. Eine staatsvertragskonforme Auslegung führt zum gleichen Resultat. Denn Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA verpflichten die Vertragsstaaten, im öffentlichen Beschaffungswesen nichtdiskriminierende, zügige, transparente und wirksame Verfahren festzulegen, mit denen namentlich die wirtschaftlichen Chancen des Beschwerdeführers im Submissionsverfahren gewahrt werden können (vgl. *Evelyne Clerc*, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, AJP 1997, S. 813). Die Tatsache, dass die Vertragsstaaten keine «standstill»-Klausel in das GPA aufgenommen haben, bedeutet nicht, dass damit das Gebot eines wirksamen Rechtsschutzes in Frage gestellt worden wäre. Die wirtschaftlichen Chancen aus dem Vergabeverfahren können nun aber mit der vom schweizerischen Gesetzgeber bei bereits erfolgtem Vertragsabschluss vorgesehenen beschränkten Schadenersatzlösung (Art. 34 Abs. 2 BoeB; vgl. *auch Peter Gauch*, *Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz. Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht*, recht 1997, S. 175 f. mit Hinweisen) nur gewahrt werden, wenn im Einzelfall die Rechtmässigkeit des Zuschlags überprüft und dieser gegebenenfalls aufgehoben werden kann. Die Rechtmässigkeit einer (Zuschlags-)Verfügung steht schliesslich erst fest, wenn die erforderlichen Rechtsmittel ausgeschöpft sind oder von ihnen nicht Gebrauch gemacht wurde (*Isabelle Häner*, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF 116/1997, II, S. 384). Um dies zu gewährleisten, muss mit dem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung bei gegebenen Voraussetzungen ein Vertragsabschluss bis zum Sachentscheid der Rekurskommission verhindert werden können (vgl. Galli, a.a.O., Ziff. VI b). Der von der Rekurskommission im Zwischenentscheid vom 17. Februar 1997 getroffene Schluss, wonach nur auf diese Weise dem in jedem Verwaltungsverfahren zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung getragen und Art. 22 BoeB staatsvertragskonform ausgelegt werden kann, ist daher zu bestätigen.

gg. Unzutreffend ist ferner, dass die Gesetzesauslegung der Rekurskommission im Ergebnis dazu führe, dass der Beschwerde faktisch die aufschiebende Wirkung zukomme. Denn einerseits hat die Rekurskommission über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne Verzug zu befinden. Gemäss ihrer Rechtsprechung prüft sie zudem - im Sinne einer *prima-facie*-Würdigung

der materiellen Rechtslage - vorweg, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet oder gar missbräuchlich erweist. Ist dies der Fall, so wird die angeforderte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht gewährt, damit das Verfahren nicht unnötig verzögert wird. Andererseits bietet selbst die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nur einen vorläufigen, zeitlich bis zum Entscheid in der Sache beschränkten Rechtsschutz. In diesem Zusammenhang kann zudem darauf hingewiesen werden, dass die Rekurskommission bisher in allen Fällen, in denen sie die aufschiebende Wirkung gewährte, auch binnen nützlicher Frist (3 bis 4 Monate) ihren Sachentscheid fällte. Schliesslich hat die Rekurskommission in ihrer Rechtsprechung auch Fälle besonderer Dringlichkeit vorbehalten, welche die Vergabebehörde in eine notstandsähnliche Situation versetzen, der sie nur mit einer sofortigen Vergabe begegnen kann. Diesfalls kann die Vergabebehörde den Vertrag mit der von ihr ausgewählten Anbieterin auch in Abweichung der gemäss Rechtsprechung zu beachtenden Regeln abschliessen. Die Vergabebehörde trägt dabei eine besondere Begründungspflicht für diese von ihr geltend gemachte Dringlichkeit.

Daraus folgt, dass es sich bei der von der Rekurskommission vorgenommenen Interpretation von Art. 22 BoeB nicht um eine Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes handelt.

d. In ihrem Zwischenentscheid vom 15. Juli 1997 gewährte die Rekurskommission dann erstmals auf Gesuch hin einer Beschwerde mit - aufgrund einer *prima-facie*-Würdigung - intakten Erfolgschancen die aufschiebende Wirkung, obschon der Vertrag mit der ausgewählten Anbieterin bereits abgeschlossen war. Dies konnte die Rekurskommission ohne Verletzung von Art. 32 Abs. 2 BoeB, wonach bei begründeten Beschwerden mit bereits abgeschlossenem Vertrag nur noch die Rechtswidrigkeit der Verfügung festgestellt werden kann, tun. Denn im Zeitpunkt des Befundes über den Suspensiveffekt erschien die Nichtigkeit dieses Vertrages aufgrund des Vorgehens der Verwaltung während des Vergabeverfahrens nicht als ausgeschlossen. Im Endentscheid vom 7. November 1997 über die materielle Beurteilung des Zuschlags ([VPB 62.32 II](#)) hatte die Rekurskommission dann vorfrageweise über die allfällige Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu befinden. Da das Schicksal des privatrechtlichen Vertrages für die beiden im öffentlichrechtlichen Beschwerdeverfahren der Rekurskommission zu entscheidenden Fragen, ob der Suspensiveffekt gewährt und wenn ja, ob die angefochtene Zuschlagsverfügung materiell überprüft werden kann, von Bedeutung ist, kommt die Rekurskommission für ihr eigenes Verfahren nicht umhin, vorfrageweise zur Gültigkeit eines abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrages Stellung zu nehmen. Die Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 BoeB setzt voraus, dass der in Frage stehende Vertrag mit dem von der Vergabebehörde ausgewählten Submittenten als gültig erscheint. Diesfalls ist die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen. Ist aufgrund einer *prima-facie*-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen, so beschränkt Art. 32 Abs. 2 BoeB die Rekurskommission nicht in ihrer Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Wie es dem Zivilrichter unbenommen ist, Fragen öffentlichrechtlicher Natur präjudiziell selbständig zu entscheiden, so steht es auch dem Verwaltungsrichter zu, über die Gültigkeit privatrechtlicher Verträge vorfrageweise zu befinden

(BGE 104 Ib 345 f. E. 4b; Hans Rudolf Schwarzenbach-Hanhart, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 11. Aufl., Bern 1997, S. 33; Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 26). Im Gegensatz zu der von Gauch (BR 1997 S. 122) vertretenen Ansicht hat die Rekurskommission die Frage der präjudiziellen Überprüfbarkeit eines abgeschlossenen Vertrages in ihrem Zwischenentscheid vom 15. Juli 1997 dabei nicht bloss als *obiter dictum* angeschnitten. Denn bestünde diese Möglichkeit im Rahmen des später zu treffenden Entscheides in der Sache selbst nicht, wäre auch der Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Boden entzogen. Auch an der mit diesem Zwischenentscheid eingeleiteten Praxis ist daher festzuhalten.

3.a. Das AFB hat sich im vorliegenden Fall trotz genauer Kenntnis der Rechtsprechung über die Vorgaben der Rekurskommission hinweggesetzt und den Vertrag mit der Bewerberin, die den Zuschlag erhalten hat, mithin sogar noch vor der durch Publikation im SHAB erfolgten Eröffnung der Zuschlagsverfügung, abgeschlossen. Die Vergabebehörde hat mit anderen Worten genau das getan, was im Sinne der vom AFB befürworteten, von der Rekurskommission indes verworfenen Auslegung von Art. 22 Abs. 1 BoeB die Rekurskommission als einzige gerichtliche Nachprüfungsinstanz vor vollendete Tatsachen stellen würde und den Rechtsschutz zur Farce verkommen liesse. In Anbetracht der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen und der vorliegenden Aktenlage lässt sich eine allfällige Nichtigkeit des Vertrages - gestützt auf eine *prima-facie*-Würdigung - nicht ausschliessen. Damit hat die Rekurskommission, obwohl der Vertrag bereits abgeschlossen ist, auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung einzutreten. Dabei hat sie zu prüfen, ob die Beschwerde Erfolgsaussichten hat und die konkret vorzunehmende Interessenabwägung für oder gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung spricht, sowie ob ein Fall besonderer Dringlichkeit gegeben ist.

b. Eine *prima-facie*-Würdigung der Erfolgschancen der vorliegenden Beschwerde aufgrund der gegebenen Aktenlage ergibt, dass diese keineswegs als von vornherein offensichtlich unbegründet zu bezeichnen ist. Dies wird selbst vom AFB in seiner Stellungnahme vom 16. Januar 1998 nicht behauptet oder gar dargetan. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde sind im Gegenteil durchaus intakt, ist es doch zumindest möglich, dass der Verwaltung im Rahmen des vorliegenden Submissionsverfahrens oder beim angefochtenen Zuschlag Verfahrensfehler oder sonstige Verstösse gegen das BoeB unterlaufen sind. Die öffentlichen Interessen und diejenigen von X vermögen bei einer Interessenabwägung aufgrund des heutigen Aktenstandes gegen jene der Beschwerdeführerin nicht aufzukommen.

c. Das AFB bringt in seiner Stellungnahme vom 16. Januar 1998 vor, unvorhersehbare Schwierigkeiten bei den Baugrundarbeiten hätten zu Verzögerungen geführt. Da der Neubau des Kommando- und Freizeitgebäudes auf dem Waffenplatz Frauenfeld spätestens Ende Mai 1999 fertiggestellt sein müsse, sei das Amt gezwungen gewesen, den Vertrag vor Eröffnung des Zuschlags abzuschliessen. Hätte es den Vertrag erst nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen, so wäre eine Verzögerung von weiteren vier Wochen zu verzeichnen gewesen und die termingerechte Übergabe des Neubaus könnte nicht mehr gewährleistet werden. Würde der Neubau nicht spätestens am 1. Juli 1999 an die Waffenplatzverwaltung übergeben, so könnten während der Sommerrekrutenschule 1999 Angehörige der Armee

nicht auf dem Waffenplatz verpflegt werden. Die Verpflegung ausserhalb des Waffenplatzes würde den Betrieb der Armee erheblich stören und Mehrkosten verursachen.

Von einer ausserordentlichen Dringlichkeit, welche die Vergabebehörde in eine notstandsähnliche Situation versetzt, kann hier nicht die Rede sein. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission darf die geltend gemachte Dringlichkeit von der Verwaltung zudem nicht selbst verschuldet sein und sind namentlich Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens nach Möglichkeit langfristig genug zu planen. Auch die Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens hat die Auftraggeberin bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen (VPB 61.24, S. 269 E. 2d). Es kann nicht angehen, ein keineswegs besonders komplexes Submissionsverfahren über ein ganzes Jahr andauern zu lassen und sich alsdann, nachdem sich an einem anderen Ort (bei den Baugrundarbeiten) Schwierigkeiten bzw. Verzögerungen ergeben haben, die für den Zuschlag der Schwach- und Starkstromarbeiten kaum kausal waren, mit Erfolg auf ausserordentliche Dringlichkeit zu berufen.

d. Dem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher zu entsprechen. Mit dieser Zwischenentscheid fällt der vom Präsidenten der Beschwerdeführerin am 23. Dezember 1997 gewährte superprovisorische Rechtsschutz dahin. Entgegen der vom Amt für Bundesbauten in der Stellungnahme vom 16. Januar 1998 vertretenen Ansicht verhält es sich dagegen keineswegs so, dass die superprovisorische Anordnung aufgrund des Vertragsabschlusses mit X bereits zuvor überholt gewesen wäre.

JAAC 62.79 - Auszug aus dem Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 6. Februar 1998

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1998
Année	
Anno	
Band	62
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 034

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.