



BRK 2003-005

Der Präsident: André Moser  
Die Richterinnen: Evelyne Clerc; Elisabeth Lang  
Der Gerichtsschreiber: Wolfgang Hatzinger

## Entscheidung vom 27. März 2003

in Sachen

X, Beschwerdeführerin,

gegen

Gruppe Rüstung, Papiermühlestrasse 23b, 3003 Bern

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen  
(Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Zuständigkeit)

---

### Sachverhalt:

A.- Die Gruppe Rüstung (nachfolgend Vergabestelle) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB, ...) ~~vom 19. November 2002~~ zwei Aufträge für die Lieferung von 270'000 Stück T-Shirt, oliv, sowie für die Lieferung von 220'000 Stück Trikothemd, oliv, jeweils gemäss technischer Spezifikation, beide im offenen Verfahren unter der Rubrik „Ausschreibungen nicht der WTO unterstellt“, öffentlich aus. Beide Aufträge wurden jeweils in drei Lose aufgeteilt. Mit Schreiben vom 25. November 2002 verlangte die X unter Beilage eines Checks sowie des in der Ausschreibung als Eignungsnachweis u.a. geforderten Oeko-Tex 100

Standard Zertifikats sinngemäss die betreffenden Ausschreibungsunterlagen, welche ihr in der Folge für beide Aufträge zugestellt wurden. Gemäss zwei Briefen vom 18. Dezember 2002 reichte sie sieben T-Shirts und sieben Trikothemden sowie jeweils zwei Offerten für das erste und zweite Los ein.

Am 7. Januar 2003 fand die Öffnung der eingegangenen Angebote für beide Aufträge statt. Da viele Anbieter die geforderten Nachweise bei beiden Aufträgen nicht eingereicht hatten, verzichtete die Vergabestelle entgegen den öffentlichen Ausschreibungen (...) vom ~~19. November 2002~~ - bis auf eine Anbieterin - auf den Ausschluss aus den Verfahren und forderte die Anbieter jeweils mit Fax-Schreiben vom 9. Januar 2003 auf, die fehlenden Unterlagen nachzureichen. Aufgrund der jeweiligen Nutzwertanalyse wurde in beiden Beschaffungen (...) am ~~17. Januar 2003~~ der Zuschlag in der Ausschreibung „T-Shirt“ drei ausländischen Anbietern erteilt, in der Ausschreibung „Trikothemd“ erging der Zuschlag an vier ausländische Anbieter. Mit zwei Schreiben vom (...) ~~20. Januar 2003~~ teilte die Vergabestelle der X mit, dass ihre beiden Angebote unter Beachtung der Zuschlagskriterien nicht hätten berücksichtigt werden können. Der Zuschlag erfolge jeweils an Anbieter mit einer höheren Bewertung. Entsprechende Schreiben vom (...) ~~20. und 23. Januar 2003~~ waren an weitere nicht berücksichtigte Anbieter gerichtet.

B.- Mit Eingabe vom 22. Januar 2003 erhebt die X (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Erteilung der Zuschläge (...) vom ~~17. Januar 2003~~ Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss die Aufhebung der beiden Vergabeentscheide (Zuschläge). Sie bestreitet im Wesentlichen die Überprüfung und Einhaltung der Verfahrensgrundsätze gemäss Ausschreibung Ziff. 4.4 durch die Vergabestelle gegenüber den berücksichtigten Anbietern in Bezug auf die inländischen Anforderungen an die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie die Lohngleichheit für Mann und Frau. Die inländischen Anbieter würden aufgrund der einzuhaltenden Vorschriften und Bedingungen hinsichtlich des Preises von vorneherein ausgeschlossen. Die Vergaben würden daher gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter verstossen.

C.- Die Gruppe Rüstung stellt in ihren beiden Vernehmlassungen vom 14. Februar 2003 jeweils den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

D.- Von der durch die BRK eingeräumten Möglichkeit, eine Verhandlung zu beantragen, hat die Beschwerdeführerin keinen Gebrauch gemacht. Die Gruppe Rüstung beantragt in ihrer Eingabe vom 3. März 2003, die Frage der Zuständigkeit der Rekurskommission vorfrageweise zu beantworten, weshalb sich die Durchführung einer Verhandlung erübrige.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission wird - soweit erforderlich - im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Erwägungen:**

1.- a) Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG).

b) Die Rekurskommission prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Beschwerde an die Rekurskommission gemäss dem 5. Abschnitt des BoeB ist nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BoeB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB; Entscheidung der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 1b; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Fribourg 1997, S. 500; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 505 f., insbes. Anm. 6; Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 970 f.).

Ausgangspunkt bilden zwei Vergabeverfahren der Gruppe Rüstung betreffend die Beschaffung von T-Shirts bzw. Trikothemden. Es rechtfertigt sich, die beiden separaten Verfahren gemeinsam zu behandeln, da ähnliche Sachverhalte und im Wesentlichen dieselben Rechtsfragen vorliegen. Zu klären ist zunächst, ob die streitigen Vergaben in den Anwendungsbereich des BoeB fallen und damit die Beschwerde an die BRK gegeben ist, wie dies von der Vergabestelle bestritten wird.

2.- Die Eintretensvoraussetzungen des BoeB sind bezüglich Vergabebehörde, der Gruppe Rüstung, erfüllt. Bei ihr handelt es sich um eine Dienststelle der allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a BoeB. Die Gruppe Rüstung ist in der Liste der Vergabestellen des Bundes gemäss Anhang 1 Annex 1 des WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB; SR 0.632.231.422) ausdrücklich aufgeführt.

Weiter ist zu prüfen, ob die beiden hier vergebenen öffentlichen Lieferaufträge in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen.

3.- a) Auftragsinhalt ist zum einen die Lieferung von 270'000 T-Shirts „oliv, AEB03“. Bei den T-Shirts handelt es sich nach den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den technischen Spezifikationen, um eine 100% Baumwollmaschenware nach „Oeko-Tex-Standard 100“. Zum anderen geht es um eine Lieferung von 220'000 Trikothemden „oliv, AEB03“. Nach den Ausschreibungsunterlagen, namentlich den technischen Spezifikationen, sind die Trikothemden ebenfalls eine 100% Baumwollmaschenware nach „Oeko-Tex Standard 100“.

b) Nach Art. 5 lit. a BoeB bedeutet der Begriff Lieferauftrag „ein Vertrag [...] über die Beschaffung beweglicher Güter [...]“. Für die Anwendbarkeit des BoeB ist bei Lieferungen ein Schwellenwert von 248'950 Franken massgebend (Art. 6 Abs. 1 lit. b BoeB; Art. 1 lit. a der - zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung des Auftrags geltenden - Verordnung vom 5. November 2001 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2002 [AS 2001 3194]). Abgesehen von den in Art. 3 BoeB erwähnten Ausnahmen ist jede Beschaffung eines beweglichen Gutes durch den Bund grundsätzlich dem BoeB unterstellt. Mit Bezug auf die Lieferaufträge für zivilen Gebrauch, die von den auf dem Gebiete der Verteidigung tätigen zentralen Einheiten - wie der Gruppe Rüstung - vorgenommen werden, beschränkt freilich die Fussnote 1 zum Annex 1 Anhang 1 ÜoeB die Unterstellung auf jene Aufträge, die auf der Liste über ziviles Material für Verteidigung und Zivilschutz aufgeführt sind. Die sogenannte Positivliste ist im genannten Anhang erfasst und bildet einen integralen Bestandteil des ÜoeB (vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen [GATT-Botschaft 1] vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 361 f.). Im Übrigen sind die Lieferaufträge für militärische Zwecke (Waffen, Munition, Kriegsmaterial) von den Anwendungsbereichen des ÜoeB und des BoeB generell ausgenommen (vgl. Art. XXIII Ziff. 1 ÜoeB; Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB).

c) In ihrem Entscheid vom 26. Juni 2002 (publiziert in VPB 66.86 E. 1a) hat die Rekurskommission erkannt, dass nicht alle Güter, die von der Gruppe Rüstung beschafft werden, dem ÜoeB unterstehen, sondern nur jene, die (abschliessend) in der genannten Positivliste aufgeführt sind. Alle andern Beschaffungen (Waffen, Munition, Kriegsmaterial) durch die Gruppe Rüstung sind von den Anwendungsbereichen des ÜoeB und des BoeB ausgenommen (vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 110).

Nach Ansicht der Gruppe Rüstung ergibt sich aus diesem Entscheid der BRK (a contrario), dass alle anderen Lieferaufträge für zivilen Gebrauch, die nicht in der Positivliste erwähnt werden, von den Anwendungsbereichen des ÜoeB und des BoeB ausgenommen sind. Entsprechend seien auch die vorliegenden zwei Lieferungen (T-Shirts und Trikothemden) nicht dem ÜoeB und dem BoeB unterstellt, so dass die Zuständigkeit der Rekurskommission nicht gegeben sei.

d) Wie bereits erwähnt, sind das ÜoeB und das BoeB nicht anwendbar für die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee (Art. XXIII Ziff. 1 ÜoeB; Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB). Offensichtlich geht es bei den Beschaffungsgegenständen der T-Shirts und der

Trikothemden weder um Bauten noch um Waffen oder Munition im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB. Fraglich erscheint indes der Begriff des Kriegsmaterials. Diesbezüglich kann auf das Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG; SR 514.51) zurückgegriffen werden. Als Kriegsmaterial gelten demnach u.a. Ausrüstungsgegenstände, die spezifisch für den Kampfeinsatz oder für die Gefechtsübung konzipiert oder abgeändert worden sind und die in der Regel für zivile Zwecke nicht verwendet werden (Art. 5 Abs. 1 lit. b KMG). Anhang 1 der Verordnung vom 15. Februar 1998 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialverordnung, KMV; SR 514.511) beinhaltet zudem eine Liste des Kriegsmaterials. Aufgrund dieser Begriffsdefinition und der im Anhang 1 der KMV genannten Gegenstände kann nicht gesagt werden, die fraglichen T-Shirts oder die Trikotthemden hätten Kriegsmaterialcharakter. Einer der Ausnahmetatbestände nach Art. XXIII Ziff. 1 ÜoEB bzw. nach Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB, die ohnehin eng auszulegen sind (vgl. nicht publizierte Zwischenentscheid der BRK vom 25. November 1999 in Sachen F. SA et alteri [BRK 1999-011] E. 1c), ist daher nicht gegeben. Die vorliegend zur Diskussion stehenden T-Shirts und Trikotthemden bilden Lieferungen für den zivilen Gebrauch.

e) Als Nächstes ist der Einwand der Vergabestelle zu prüfen, es liegen keine dem ÜoEB unterliegende Lieferaufträge vor. Die beiden Gegenstände der Beschaffungen - deren geschätzter Wert überschreitet im Übrigen jeweils den massgeblichen Schwellenwert deutlich -, die fraglichen T-Shirts sowie die Trikotthemden, fallen nicht unter die zivilen Güter, die auf der Liste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoEB, der Positivliste, aufgeführt sind.

aa) Die Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoEB wurde als solche vom Anhang 1 übernommen, wie er von der Schweiz als Anhang 1 des alten GATT-Kodexes vom 12. April 1979 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.421) hinterlegt worden war (vgl. Botschaft vom 24. September 1979 über die in den multilateralen Handelsverhandlungen unter der Ägide des GATT [Tokyo-Runde] erzielten Ergebnisse [BBl 1979 III 48 f.]; vgl. auch BBl 1994 IV S. 362); eine Änderung der Liste wurde nicht vorgenommen. Beide Positivlisten beziehen sich auf die Kapitel und Nummern der Nomenklatur der Waren, wie sie beim Abschluss des GATT-Kodexes im Rahmen der Tokyo-Runde im Jahre 1979 bestanden.

bb) In den Positivlisten im Anhang 1 des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979 haben sich die Mitgliedstaaten auf zwei Arten von internationalen Waren-Klassifikationen gestützt: auf die Federal Supply Classification (Vereinigte Staaten, Kanada, Japan) und auf die Nomenklatur des Rates für die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens [NRZZ] (Schweiz, Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Schweden). Demnach ist für die Auslegung der schweizerischen Positivliste des GATT-Kodexes von 1979 wie des ÜoEB vorderhand auf die NRZZ abzustellen. Es ist indessen zu berücksichtigen, dass die NRZZ am 1. Januar 1988 durch das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren (HS) ersetzt wurde. Die Klassifizierung des HS stützt sich im weitesten Sinn auf die NRZZ ab; z.B. verschwand aber beim Übergang vom NRZZ zum HS das Kapitel 98 („verschiedene Waren“), das im Anhang 1 Annex 1 zum ÜoEB wiederum enthalten ist.

cc) Das HS wird von den einzelnen Staaten nicht nur zur Ausarbeitung ihrer nationalen Zolltarife übernommen, sondern auch zur Gewährung von Zugeständnissen bezüglich Waren im Rahmen von internationalen Handelsabkommen, insbesondere mit der WTO. So ist die Schweiz dem Internationalen Übereinkommen vom 14. Juni 1983 über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren (SR 0.632.11) beigetreten, welches für sie am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist. Vor dem 1. Januar 1988 basierte der schweizerische Zolltarif auf der Klassifizierung der NRZZ. Nach dem 1. Januar 1988 und mit dem Inkrafttreten des HS resultierte eine Anpassung des schweizerischen Zolltarifs (vgl. Art. 9 des Zolltarifgesetzes vom 9. Oktober 1986 [ZTG; SR 632.10]).

Auch die Schweiz verwendet ihren Zolltarif nicht nur im Hinblick auf die Verzollung von Waren, sondern auch zur Festlegung ihrer internationalen Verpflichtungen in Bezug auf Waren im Rahmen von Handelsabkommen (vgl. Botschaft vom 22. Oktober 1985 betreffend das Internationale Übereinkommen über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren sowie über die Anpassung des schweizerischen Zolltarifs [BBl 1985 III S. 360-362, 370]). Somit stützen sich die Konzessionslisten, wie sie von der Schweiz im Zusammenhang mit den verschiedenen GATT Abkommen von 1979 im Rahmen der Tokyo-Runde (vgl. Genfer Protokoll [1979] zum Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Juni 1979 [SR 0.632.231]) und insbesondere dem GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979 hintergelegt wurden, auf den dazumal gültigen schweizerischen Zolltarif, der seinerseits auf der internationalen Nomenklatur der NRZZ basiert.

Bei der Annahme der WTO-Übereinkommen anlässlich der Uruguay Runde im Jahre 1994 kam es unter den Mitgliedstaaten im Rahmen des GATT 1994 zu Neuverhandlungen, welche auf der Nomenklatur des HS fussten (vgl. GATT-Botschaft 1, a.a.O., S. 144, Ziff. 2.2.2.5). Indessen hat die Schweiz ihre Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB nicht dem HS angepasst, sondern die Liste gemäss GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979 unverändert übernommen. Da sich diese Liste auf die NRZZ stützte, hat sich eine Auslegung der Positivliste des GATT-Kodexes von 1979 wie auch des ÜoeB auf die Nomenklatur der NRZZ zu beziehen.

Heute kann die NRZZ noch indirekt beigezogen werden über den Schweizerischen Zolltarif, wie er 1979 in Kraft war. So entsprechen bei den Positionen mit vier Ziffern des Zolltarifs die ersten zwei Ziffern jedem Kapitel der NRZZ. Weiter entsprechen die Positionen mit vier Ziffern den Unterpositionen innerhalb jedes Kapitels. Der schweizerische Zolltarif von 1979 ist grösstenteils wiedergegeben in der schweizerischen Konzessionsliste (Anhang zum Genfer Protokoll [1979] zum Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen [Liste LIX – Schweiz], SR 0.632.231).

dd) Die vorliegend in Frage stehenden T-Shirts bzw. die Trikothemden lassen sich unter keines der Kapitel der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB subsumieren.

Die Textilien, Stoffe und Kleider werden in den Kapiteln 50 bis 63 des schweizerischen Zolltarifs von 1979 (siehe die Liste LIX – Schweiz) aufgeführt und entsprechend auch in der NRZZ. Die T-Shirts und die Trikothemden im Besonderen könnten entweder als Oberkleider für Männer und Knaben (6101) oder als Unterkleidung (Leibwäsche) für Männer und Knaben (6103) klassifiziert werden. Auf die genaue Klassifizierung unter den Stoffen und Kleidern gemäss der NRZZ kommt es indes nicht an, da keines der Kapitel 50 bis 63 der NRZZ in der schweizerischen Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB aufgeführt ist.

Was namentlich das Kapitel 98 (verschiedene Waren) betrifft, welches in der NRZZ wie im Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB enthalten, in der HS aber verschwunden ist, so enthält dieses Kapitel verschiedene Gegenstände, die offensichtlich nicht in einem anderen Kapitel eingereicht werden konnten: Knöpfe, Druckknöpfe, Manschettenknöpfe, Reissverschlüsse, Federhalter, Stylographen, Schreibfedern, Bleistifte, Schiefertafeln, Petschafte, Nummernstempel, Farbbänder für Schreibmaschinen, Siegellack für Bürozwicke, Feuerzeuge und Anzünder, Tabakpfeifen, Frisierkämme, Haarspangen, Zerstäuber für Toilettenzwecke, Isolierflaschen, Schneidpuppen (siehe die erwähnte Liste LIX – Schweiz). Die T-Shirts bzw. die Trikothemden können daher auch nicht unter den verschiedenen Waren im Sinne von Kapitel 98 klassifiziert werden.

ee) Bei der schweizerischen Positivliste gemäss Anhang 1 des GATT-Kodexes über die öffentlichen Beschaffungen von 1979 wie auch derjenigen gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB handelt es sich um eine abschliessende Produkteliste. Gemäss der Botschaft vom 24. September 1979 über die in den Multilateralen Handelsverhandlungen unter der Ägide des GATT (Tokyo-Runde) erzielten Ergebnisse (BBl 1979 III 48 f.) enthält Anhang I zum Übereinkommen die Listen der Einkaufsstellen der einzelnen Länder. Alle durch diese Stellen zu beschaffenden Waren fallen unter das Übereinkommen. Einzig hinsichtlich ziviler Güter für die Verteidigung besteht eine abschliessende Produkteliste. (...) Im Bereich der zivilen Einkäufe für die Verteidigung fallen schweizerischerseits das Bundesamt für Zivilschutz sowie die Gruppe für Rüstungsdienste unter das Übereinkommen, jedoch nur hinsichtlich der auf unserer Liste aufgeführten Produkte. Wichtige Warengruppen wie Textilien, Schuhe usw. sind davon ausgenommen.

Der ausschliessliche Charakter der Liste ist das Resultat der zwischen den Vertragsstaaten bei den internationalen Übereinkommen auf dem Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens gegenseitig ausgehandelten Konzessionen. Eine weite Auslegung der Positivliste würde demgegenüber zu einer einseitigen Öffnung von Beschaffungen der Verteidigung führen, welche die Schweiz nicht dem ÜoeB unterstellen wollte.

Somit ist festzuhalten bzw. zu bestätigen, dass nur diejenigen von der Gruppe Rüstung beschafften Güter, die in der Positivliste aufgeführt sind, dem ÜoeB unterstehen (vgl. bereits Entscheid der BRK vom 26. Juni 2002, publiziert in VPB 66.86 E. 1a).

Die T-Shirts wie die Trikothemden können als solche unter kein Kapitel der Positivliste subsumiert werden (siehe oben E. 3e/aa-dd). Sie fallen demnach nicht in den Anwendungsbereich des ÜoeB.

f) Nach dem klaren und unmissverständlichen Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der massgebenden Bestimmungen (Art. 2, 3 und 6 BoeB) und den Gesetzesmaterialien ergibt (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1179; Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG [BBl 1999 6128 ff., 6210]), soll das BoeB nicht auf alle öffentlichen Aufträge des Bundes anwendbar sein. Der Anwendungsbereich des BoeB ist beschränkt auf die Beschaffungen, die dem ÜoeB, dem bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens [SR 0.172.052.68; AS 2002 1951]) oder dem revidierten Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen [SR 0.632.31; BBl 2001 4963 ff.]) unterstellt sind. Das 3. Kapitel („Übrige Beschaffungen“, Art. 32 ff.) der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) regelt die Vergabe der übrigen Beschaffungen des Bundes, die entweder die Schwellenwerte der den internationalen Übereinkommen unterliegenden Beschaffungen nicht erreichen bzw. die eine Art von Beschaffungen betreffen, die keinem der internationalen Abkommen unterliegen, oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BoeB unterstehen (Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 1b; Clerc, a.a.O., S. 384 und 404; Renate Scherrer-Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht [hrsg. von Thomas Cottier/Remo Arpagaus], Basel/Genf/München Frühling 1999, Rz. 17 und 22; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 14 f.).

Es ist mithin davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich des ÜoeB, des bilateralen Abkommens Schweiz-EG und des EFTA-Übereinkommens sowie jener des BoeB zusammen fallen. Dies gilt insbesondere auch für die hier in Frage stehenden zivilen Lieferungen für die Verteidigung. Aus den Materialien geht nirgends hervor, dass der Gesetzgeber den Geltungsbereich des BoeB über denjenigen des ÜoeB hinaus erweitern wollte. Die Botschaft des Bundesrates zum ÜoeB verweist mit Bezug auf die durch die Stellen des EMD (heute VBS) zu beschaffenden Güter sogar ausdrücklich auf die spezielle Liste über ziviles Material für Verteidigung und Zivilschutz (GATT-Botschaft 1, BBl 1994 IV 362).

Sind die beiden vorliegend vergebenen öffentlichen Lieferaufträge somit nicht dem ÜoeB unterstellt (vgl. oben, E. 3e), so werden sie auch nicht vom BoeB erfasst.



4.– Nachdem fest steht, dass die hier vergebenen öffentlichen Aufträge nicht dem BoeB unterstehen, sind sie grundsätzlich als übrige Beschaffungen des Bundes im Sinne des 3. Kapitels der VoeB anzusehen (Art. 2 Abs. 3 BoeB; Art. 32 lit. a Ziff. 2 VoeB).

a) Gemäss Art. 2 Abs. 3 BoeB kann der Bundesrat zwar das BoeB auf weitere Aufträge des Bundes anwendbar erklären. Gegenüber ausländischen Anbietern und Anbieterinnen gilt eine solche Ausdehnung des Geltungsbereiches indes nur, soweit schweizerischen Anbietern und Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird. In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Artikel 8 (BoeB). In gleicher Weise sieht Art. 33 Abs. 1 VoeB vor, dass für die Auftragsvergaben nach dem 3. Kapitel der VoeB ausländische Anbieter und Anbieterinnen nur insoweit berücksichtigt werden müssen, als schweizerischen Anbietern and Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird. Dieses Gegenrechtsprinzip war im Gesetzesentwurf des Bundesrates nicht enthalten und wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingeführt (Amtl. Bull. N 1994 IV 2280; Amtl. Bull. S 1994 IV 1314 f.; Clerc, a.a.O., S. 417 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 213).

Vorliegend wurde der Lieferauftrag für die T-Shirts an drei Anbieterinnen vergeben, wobei die eine ihren Sitz in Thailand und die beiden andern in Rumänien haben. Der Lieferauftrag für die Trikothemden wurde an vier Anbieterinnen in Thailand, Indien bzw. Hongkong erteilt.

Nach Art. 16 des Abkommens vom 10. Dezember 1992 zwischen den EFTA-Staaten (zu denen u.a. die Schweiz gehört) und Rumänien (SR 0.632.316.631) öffnen die EFTA-Staaten den Unternehmen in Rumänien den Zugang zu den Verfahren für den Abschluss von Verträgen betreffend das öffentliche Beschaffungswesen gemäss dem GATT-Kodex von 1979. Wie bereits gesehen, fällt der vorliegende Lieferauftrag indes nicht in den Anwendungsbereich der Positivliste des GATT-Kodexes, so dass diese Bestimmung hier keine Anwendung finden dürfte. Ausserdem ist festzuhalten, dass die Gruppe Rüstung im Rahmen der Vernehmlassung zur Beschwerde keine Unterlagen eingereicht hat, aus denen ersichtlich wäre, dass sie geprüft hat, dass die ausländischen Anbieterinnen, denen sie den Zuschlag erteilt hat, aus Ländern stammen, die den Schweizer Anbietern für die gleiche Art von Aufträgen Gegenrecht gewähren. Die Gruppe Rüstung hat namentlich keine Informationen geliefert seitens des Bundesamtes für Aussenwirtschaft, welches zuständig ist für periodische Angaben darüber, inwieweit die Staaten Gegenrecht gewähren (Art. 33 Abs. 3 VoeB). Sollte sich erheben, dass die Gruppe Rüstung nicht überprüft hat, dass die Staaten, aus denen die Zuschlagsempfängerinnen stammen, den Schweizer Anbietern für die gleiche Art von Aufträgen und Vergabestellen Gegenrecht gewähren, könnten sich die Zuschläge der Gruppe Rüstung als rechtswidrig erweisen.

Im vorliegenden Fall liegt es freilich nicht an der Rekurskommission, diesbezüglich weitere Instruktionsmassnahmen durchzuführen. Denn die Rekurskommission wäre so oder so nicht zuständig, gegen allfällige Verletzungen von Bestimmungen des Vergaberechts einzuschreiten (siehe unten E. 4b und E. 5).

b) Auf die übrigen Beschaffungen des 3. Kapitels der VoeB aber ist die Anwendung des Rechtsmittelverfahrens (nach Art. 26 ff. BoeB) ausgeschlossen (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB). Gemäss Art. 39 VoeB stellen Entscheide, die in Vergabeverfahren nach dem 3. Kapitel erlassen werden, keine Verfügungen dar. Sinn dieser – in der deutschen Fassung missglückten – Bestimmung ist, dass solche Vergabeentscheide nicht mit Beschwerde bei der Rekurskommission angefochten werden können (vgl. Entscheid der BRK vom 9. Oktober 2002 in Sachen M. AG [BRK 2002-011] E. 4c/cc).

5.– Schliesslich fragt sich noch, ob der Rechtsweg an die Rekurskommission allenfalls gestützt auf Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR.0.101), welcher ein Recht auf Zugang zu einer verwaltungsunabhängigen gerichtlichen Instanz gewährleistet, zu gewähren ist.

a) Die Rekurskommission geht davon aus, dass es sich bei den im Beschwerdeverfahren nach Art. 27 ff. BoeB zu beurteilenden Ansprüchen um zivilrechtliche Ansprüche gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt (Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 4 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 571 mit weiteren Hinweisen in Fn. 1161).

b) Dagegen hat die Rekurskommission erkannt, dass sich bei öffentlichen Beschaffungen, die dem BoeB nicht unterstellt sind und im 3. Kapitel der VoeB geregelt werden, auch aus Art. 6 EMRK kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten lässt (BRK Entscheid vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 4; kritisch dazu: Bernhard Waldmann, Rechtsmittelwege und Rechtsweggarantien im öffentlichen Vergabeverfahren, in Baurecht [BR] 2002, S. 143 ff.; ders., in BR 2002, S. 68 f.).

Dass der Rechtsmittelweg des BoeB, d.h. die Beschwerde an eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz, für Beschaffungen, die dem BoeB nicht unterstellt sind und im 3. Kapitel der VoeB geregelt werden, nicht offen steht, ergibt sich ausdrücklich schon aus der Gesetzesbestimmung von Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB. Insofern ist das, was mit Art. 39 VoeB angestrebt wurde (die Nichtanwendbarkeit der Beschwerde gemäss Art. 27 ff. BoeB auf die « übrigen Beschaffungen »), nur eine konsequente Umsetzung der BoeB-Vorgabe (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 506). Der Gesetzgeber hat diesbezüglich klar zum Ausdruck gebracht, beim Status quo ante bleiben zu wollen. Ziel und kombinierte Wirkung der Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB und 39 VoeB bestehen darin, bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB jeglichen gerichtlichen Rechtsschutz generell auszuschliessen. Die Rechtsprechungen von Bundesgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, wie sie unter der Herrschaft des früheren Rechts ergangen sind und die die Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK ausschlossen, bleiben entsprechend anwendbar auf Beschwerden gegen Entscheide bezüglich Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB (Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.284/1996 vom 12. November 1996, publiziert in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 1998, S. 372 E. 3a; Urteil Marti AG und Mitb. c/Schweiz vom 11. Juli 2000, Nr. 36308/97, EMRK 2000-VIII, S. 565 ff.).

Art. 6 Abs. 1 EMRK bezieht sich nur auf Streitigkeiten, die im nationalen Recht enthaltene zivilrechtliche Ansprüche bzw. Verpflichtungen zum Gegenstand haben. Als Ansprüche kommen in jedem Fall nur solche Rechte in Betracht, von denen mit vertretbaren Gründen gesagt werden kann, dass sie im nationalen Recht verankert sind. Art. 6 EMRK kann also nicht zur Anerkennung von Rechten führen, die im nationalen Recht materiellrechtlich keine Grundlage haben (Urteil Zander c/Schweden vom 25. November 1993, Serie A Band 279-B, S. 40, Ziff. 25; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, Rz. 379; Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Auflage, Bern 1999, S. 136 f.). Ein Recht besteht nicht, wenn generell in einem Bereich die gerichtliche Durchsetzung ausgeschlossen wird, solange dieser Ausschluss nicht willkürlich ist (Urteil Wallace-Jones c/Grossbritannien, vom 12. Mai 1986, Nr. 10782/84, D.R. 47 S. 161 f.). Der Ausschluss der Beschwerde bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB beruht auf drei Gründen: Die ersten beiden Gründe betreffen die Kosten eines (gerichtlichen) Beschwerdeverfahrens und die Eurokompatibilität der für das Schweizer Recht gewählten Lösung. Drittens und namentlich hätte die Einführung eines gerichtlichen Rechtsschutzes bei öffentlichen Beschaffungen, die dem BoeB nicht unterstellt sind und selbständig im 3. Kapitel der VoeB geregelt werden, auf internationaler Ebene eine einseitige Konzession der Schweiz ohne Garantie des Gegenrechts seitens der anderen Staaten bedeutet (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1168 f. und 1179). Schliesslich gilt es zu beachten, dass der Ausschluss der Beschwerde bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB die in ihren Rechten verletzten Anbieter nicht daran zu hindern vermag, von der Vergabebehörde gegebenenfalls in einem Verantwortlichkeitsprozess Schadenersatz zu verlangen. So hat das Bundesgericht bereits unter der Herrschaft des früheren Rechts anerkannt, dass bei einem in Verletzung der Vergaberegeln ergangenen Zuschlag eine Staatshaftung der Vergabebehörde in Frage kommen kann, obschon nach damaliger Rechtsprechung des Bundesgerichts der Zuschlag keine Verfügung war und dagegen weder die Verwaltungsbeschwerde noch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen stand (BGE 116 Ib 369 ff.; 126 I 146 ff.; Clerc, a.a.O., S. 636 ff.). Die Rekurskommission gelangt daher zum Ergebnis, dass es nicht als willkürlich bezeichnet werden kann, wenn bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB die Beschwerde an eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz ausgeschlossen ist.

Im vorliegenden Fall lässt sich somit auch aus Art. 6 EMRK kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten. An der Rechtsprechung der Rekurskommission (Entscheid vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 4) ist festzuhalten.

6.– a) Zusammenfassend handelt es sich bei den beiden vorliegenden Aufträgen nicht um in den Geltungsbereich des BoeB fallende Beschaffungen. Somit ist die Zuständigkeit der Rekurskommission als Beschwerdeinstanz nach Art. 27 BoeB für die vorliegende Beschwerde nicht gegeben. Steht dieses Rechtsmittel nicht zur Verfügung, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

b) Die Beschwerde ist dagegen gestützt auf Art. 8 Abs. 1 VwVG dem Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport zu überweisen, wobei es dem Departement zu überlassen ist, ob es die Beschwerde als Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG bzw. Art. 47a VwVG oder als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 VwVG beurteilt (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 511).

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruch- und Schreibgebühren, werden auf Fr. 800.-- festgelegt und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- verrechnet. Der Überschuss von Fr. 200.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

**erkannt:**

1. Auf die Beschwerde der X vom 22. Januar 2003 wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird dem Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport überwiesen.
- ~~4.~~ 3. Die Verfahrenskosten (Spruch- und Schreibgebühren) in Höhe von Fr. 800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- verrechnet. Der Überschuss von Fr. 200.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
5. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin sowie der Gruppe Rüstung schriftlich eröffnet und dem Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport mitgeteilt.

---

Eidgenössische Rekurskommission  
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

André Moser

Wolfgang Hatzinger