

BGE 150 II 225

Bundesgericht (BGE), 2024-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_150_II_225

FR: ATF 150 II 225

IT: DTF 150 II 225

Regeste

Regeste Art. 3 Abs. 1 und 2 VG; Art. 34 und 35 aBöB; Anwendbarkeit des Verantwortlichkeitsgesetzes bei Staatshaftungsansprüchen in Zusammenhang mit Vergabeverfahren nach dem (alten) Beschaffungsrecht des Bundes. Grundsätze der Haftung nach Art. 3 VG (E. 4); Voraussetzungen und Umfang der spezialgesetzlichen Haftung nach Art. 34 ff. aBöB und Verhältnis zum Verantwortlichkeitsgesetz (E. 5); Bejahung der subsidiären Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 VG im vorliegenden Fall, in dem die Beschwerdeführerin mit der vorzeitigen Erschliessung von Standorten und dem faktisch definitiven Verfahrensabbruch widerrechtliche Handlungen der Vergabestelle vorbringt, die nicht im Erlass einer (rechtswidrigen) Verfügung i.S.v. Art. 34 aBöB bestehen (E. 6 und 7); der Ersatz des Erfüllungsinteresses fällt in einer solchen Konstellation grundsätzlich ausser Betracht (E. 7), die Beschwerdeführerin hat gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG aber Anspruch auf Schadenersatz für ihre nutzlosen Aufwendungen (E. 8).

Regeste Art. 3 al. 1 et 2 LRFC; art. 34 et 35 aLMP; applicabilité de la loi sur la responsabilité en cas de prétentions en responsabilité contre l'État en lien avec des procédures d'adjudication selon l'(ancien) droit des marchés publics de la Confédération. Principes de la responsabilité selon l'art. 3 LRFC (consid. 4); conditions et étendue de la responsabilité légale spéciale selon les art. 34 ss aLMP et rapport avec la loi sur la responsabilité (consid. 5); l'art. 3 al. 1 LRFC s'applique à titre subsidiaire au présent cas où la recourante invoque des actes illicites de l'adjudicateur qui ne consistent pas en l'adoption d'une décision (non conforme au droit) au sens de l'art. 34 aLMP en lien avec le développement anticipé de sites et l'interruption de fait définitive de la procédure (consid. 6 et 7); dans une telle constellation, une indemnité pour compenser l'intérêt à l'exécution n'entre en principe pas en ligne de compte (consid. 7), mais la recourante a droit à des dommages-intérêts pour ses dépenses inutiles sur la base de l'art. 3 al. 1 LRFC (consid. 8).

Regesto Art. 3 cpv. 1 e 2 LResp; art. 34 e 35 vLAPub; applicabilità della legge sulla responsabilità per pretese concernenti la responsabilità dello Stato in relazione a procedure di aggiudicazione secondo il (vecchio) diritto federale sulle commesse pubbliche. Principi della responsabilità giusta l'art. 3 LResp (consid. 4); condizioni ed estensione della responsabilità legale speciale prevista dall'art. 34 segg. vLAPub e rapporto con la legge sulla responsabilità (consid. 5); ammissione dell'applicazione sussidiaria dell'art. 3 cpv. 1 LResp al presente caso, nel quale - in relazione all'equipaggiamento anticipato di siti e all'interruzione, di fatto definitiva, della procedura - la ricorrente fa valere atti illeciti dell'autorità appaltante, che non consistono nell'adozione di una decisione (contraria al diritto) ai sensi dell'art. 34 vLAPub (consid. 6 e 7); di principio, in una simile costellazione, un risarcimento per compensare l'interesse all'esecuzione non entra in considerazione (consid. 7); tuttavia, giusta l'art. 3 cpv. 1 LResp, la ricorrente ha diritto alla rifusione delle spese che ha sopportato inutilmente (consid. 8).

Erwägungen

E. 4.1

Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund nach Art. 3 Abs. 1 VG ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Art. 3 Abs. 1 VG sieht eine primäre, ausschliessliche und kausale Haftung des Staats vor, d.h. der geschädigte Dritte kann nur den Staat, nicht aber den verantwortlichen Beamten oder das verantwortliche Behördenmitglied belangen und muss kein Verschulden des Letzteren nachweisen; es genügt der Nachweis einer widerrechtlichen Handlung, eines Schadens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 139 IV 137 E. 4.1; BGE 132 II 449 E. 3.2; Urteile 2E_6/2021 vom 23. März 2023 E. 4.2; 2E_3/2021 vom 14. März 2022 E. 4.1; 2E_3/2020 / 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 6.1).

E. 4.2

Widerrechtlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG ist die Schadenszufügung dann, wenn der Staat durch seine Beamten oder Behördenmitglieder gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen. Ein solcher Verstoss kann unter Umständen in der Überschreitung oder im Missbrauch des durch das Gesetz eingeräumten Ermessens liegen (BGE 139 IV 137 E. 4.2; Urteil 2E_3/2020 / 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 7.1). Nach konstanter Rechtsprechung ist bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter die Widerrechtlichkeit gegeben, ohne dass hierzu die Verletzung einer spezifischen Verhaltensnorm erforderlich wäre (sog. "Erfolgsunrecht"). Eine reine Vermögensschädigung ist hingegen nur dann widerrechtlich, wenn eine Norm das betreffende Verhalten verbietet und damit den Schutz des Vermögens des Geschädigten bezweckt (sog. "Verhaltensunrecht"; vgl. BGE 144 I 318 E. 5.5; BGE 139 IV 137 E. 4.2; Urteile 2E_3/2021 vom 14. März 2022 E. 4.2; 2E_3/2020 / 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 7.1). Wenn die geltend gemachte widerrechtliche Handlung in einem Rechtsakt (z.B. einer Verfügung oder einem Urteil) besteht, kann ferner nur die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht durch die Behörde eine Haftung des Bundes auslösen (BGE 139 IV 137 E. 4.2; Urteile 2E_3/2021 vom 14. März 2022 E. 6.2; 2E_3/2020 / 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 8.2; 2E_4/2019 vom 28. Oktober 2021 E. 4.2.2; je mit Hinweisen).

E. 4.3

Der Staatshaftungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 VG steht unter dem Vorbehalt von Art. 12 VG : Gemäss dieser Bestimmung kann die BGE 150 II 225 S. 234 Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile nicht in einem Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden. Dies bedeutet, dass eine Schädigung durch eine rechtskräftige Verfügung oder einen rechtskräftigen Entscheid keine Schadenersatzpflicht des Staates auslöst; für solche Verfügungen und Entscheide gilt die unwiderlegbare Vermutung (Fiktion) der Rechtmässigkeit (Urteile 2E_4/2019 vom 28. Oktober 2021 E. 4.3.1; 2C_227/2020 vom 21. August 2020 E. 8.1; je mit Hinweisen). Es gilt der Grundsatz der "Einmaligkeit des Rechtsschutzes", d.h. der im Verwaltungsverfahren (Primärrechtsschutz) unterlegenen Partei soll es verwehrt sein, im Rahmen eines Staatshaftungsverfahrens (Sekundärrechtsschutz) auf die rechtskräftige Verfügung zurückzukommen (BGE 129 I 139 E. 3.1; BGE 126 I 144 E. 2a; BGE 119 Ib

208 E. 3c; Urteil 2E_4/2019 vom 28. Oktober 2021 E. 4.3.2). Der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes setzt voraus, dass der Einzelne überhaupt die Möglichkeit hatte, den betreffenden Entscheid anzufechten, hiervon jedoch keinen oder erfolglos Gebrauch gemacht hat; besteht dagegen bezüglich einer Anordnung - aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen - kein Rechtsschutz oder erlaubt ein verfügbares Rechtsmittel nicht, Abhilfe zu schaffen, sondern lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit, bleibt eine Überprüfung im Staatshaftungsverfahren möglich (BGE 129 I 139 E. 3.1; Urteile 2E_4/2019 vom 28. Oktober 2021 E. 4.3.3; 2C_227/2020 vom 21. August 2020 E. 8.2; je mit Hinweisen).

E. 5.1

Gemäss Art. 3 Abs. 2 VG richtet sich die Haftung des Bundes bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen, nach jenen besonderen Bestimmungen. Eine solche spezialgesetzliche Haftungsregelung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 VG findet sich in Art. 34 Abs. 1 des hier noch anwendbaren (alten) Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB; AS 1996 508 ff.): Danach haftet der Bund für einen Schaden, den er durch eine Verfügung verursacht hat, deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 aBöB festgestellt worden ist. Art. 32 Abs. 2 aBöB, auf den Art. 34 Abs. 1 aBöB verweist, sieht vor, dass, wenn sich eine Beschwerde als begründet erweist und der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden ist, das Bundesverwaltungsgericht lediglich feststellt, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. BGE 150 II 225 S. 235

E. 5.2

Unter dem hier anwendbaren alten Beschaffungsrecht des Bundes ist das Verfahren zur Geltendmachung von Schadenersatz (noch) zweistufig: Im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, ob die angefochtene Verfügung rechtswidrig erfolgt ist. Gestützt darauf kann der Anbieter oder die Anbieterin nach Art. 35 aBöB bei der Auftraggeberin ein Schadenersatzbegehren einreichen; der Bundesrat bezeichnet die für den Entscheid zuständige Stelle (Abs. 1). Gegen deren Verfügung ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Abs. 2). Das Schadenersatzbegehren muss spätestens ein Jahr nach Feststellung der Rechtswidrigkeit eingereicht werden (Abs. 3). Für den Erlass von Verfügungen über Schadenersatzbegehren ist das Eidgenössische Finanzdepartement zuständig; es konsultiert vorgängig die Dienststelle, die für den vom Schadenersatzbegehren betroffenen Bereich zuständig ist (Art. 35 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 32 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung [Org-VöB; SR 172.056. 15]).

E. 5.3

Art. 34 Abs. 1 aBöB erfasst in erster Linie die Konstellation, in der sich eine Zuschlagsverfügung als rechtswidrig erweist, der Beschaffungsvertrag aber mangels aufschiebender Wirkung der erhobenen Beschwerde bereits gültig abgeschlossen worden ist (Art. 32 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 aBöB; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, Rz. 507). Die Gutheissung der Beschwerde hat dann nur, aber immerhin, zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsverletzung feststellt, was dem nicht berücksichtigten Anbieter gegebenenfalls einen Schadenersatzanspruch eröffnet (BGE 141 II 307 E. 6.3; BGE 137 II 313 E. 1.2.2; BGE 131 I 153 E. 1.2 und E. 6; BGE 125 II 86 E.

5b; Urteil 2C_383/2014 vom 15. September 2014 E. 4.6). Darüber hinaus hat die frühere Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Hinblick auf allfällige Schadenersatzforderungen nach Art. 34 aBöB - auf dem Weg der Lückenfüllung und in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 2 aBöB - auch schon die Rechtswidrigkeit eines Verfahrensabbruchs festgestellt (VPB 66/2002 Nr. 39 E. 3b; referenziert in: BGE 134 II 192 E. 2.3). Unter Verweis auf diesen Entscheid hat auch das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung von Art. 34 aBöB schon in Bezug auf eine Abbruchverfügung geprüft (BVGE 2020 IV/2 E. 7.5 f.; angefochtener Entscheid E. 4.5). Die Lehre geht ebenfalls davon BGE 150 II 225 S. 236 aus, dass Art. 34 Abs. 1 aBöB, neben rechtswidrigen Zuschlagsverfügungen, auf weitere rechtswidrige Verfügungen der Vergabestelle angewendet werden könne, bspw. auf solche betreffend den Ausschluss eines Anbieters oder betreffend den Abbruch (POLTIER, a.a.O., Rz. 509). Dieser Lehre und Praxis ist grundsätzlich zu folgen. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Art. 34 Abs. 1 aBöB nur rechtswidrige Zuschlagsverfügungen, nicht aber andere Verfügungen der Vergabestelle, deren Rechtswidrigkeit gerichtlich festgestellt worden ist, umfassen soll.

E. 5.4

Schadenersatz gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB kann nach Gesagtem verlangen, wer durch eine widerrechtliche Verfügung der Vergabestelle einen Schaden erlitten hat. Die Widerrechtlichkeit der Verfügung muss vorgängig im Beschwerdeverfahren festgestellt werden (Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV 1202; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414). Zwischen dem Schaden und der widerrechtlichen Verfügung muss ferner ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1202). Der Schadenersatzanspruch setzt damit voraus, dass der Beschwerdeführer (ohne den Vertragsabschluss) eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte; denn andernfalls kann die Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den Schaden gewesen sein (BGE 141 II 14 E. 4.6 mit weiteren Hinweisen).

E. 5.5

Gemäss Art. 34 Abs. 2 aBöB beschränkt sich der Schadenersatzanspruch auf Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Diese Regelung orientiert sich am Minimalstandard von Art. XX Abs. 7 Bst. c des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422; in der bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Fassung [AS 1996 609 ff.; AS 2020 6493]), wonach sich der Schadenersatz auf die Kosten für die Vorbereitung der Angebote oder für die Beschwerde beschränken kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1415; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Wettbewerbsrecht, Kommentar, Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Bd. II, 2011, N. 10 zu Art. 35 aBöB). Entgangener Gewinn wird nicht entschädigt (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1203). Ersatzfähig ist somit weder das gesamte negative Interesse (entgangene Drittgeschäfte), noch besteht Anspruch auf Ersatz BGE 150 II 225 S. 237 des Zuschlagsschadens, d.h. auf diejenigen Vermögensnachteile, die die Anbieterin dadurch erleidet, dass sie den Zuschlag nicht erhalten hat (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1415; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, Rz. 628 ff.; POLTIER, a.a.O., Rz. 513; TRÜEB, a.a.O., N. 9 zu Art. 35 aBöB). Dass insbesondere kein Ersatz für das Erfüllungsinteresse verlangt werden kann,

ergibt sich gemäss der Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (auch) daraus, dass das Beschaffungsrecht keinen Kontrahierungszwang kennt (BBl 2017 1985 f.; ferner MICHA BÜHLER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], 2020, N. 41 zu Art. 58 BöB).

E. 5.6

Soweit es um Schäden geht, die durch fehlerhafte Verfügungen der Auftraggeberin entstanden sind, regelt die spezialgesetzliche Bestimmung des Beschaffungsrechts die Haftung abweichend vom Verantwortlichkeitsgesetz und grundsätzlich abschliessend (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1202; vorstehende E. 5.1 zu Art. 3 Abs. 2 VG ; ferner TRÜEB, a.a.O., N. 13 zu Art. 35 aBöB). Art. 34 Abs. 3 aBöB sieht indes vor, dass im Übrigen das Verantwortlichkeitsgesetz anwendbar ist. Dieser Verweis gilt - neben Regressforderungen - für widerrechtliche Handlungen, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1203). Entsprechend geht die herrschende Lehre zu Recht davon aus, dass der Weg über Art. 3 Abs. 1 VG als Auffangtatbestand für diejenigen Fälle offensteht, in denen anderweitig oder zusätzlich zu einer fehlerhaften Verfügung eine widerrechtliche und schädigende Handlung der Vergabestelle vorliegt (TRÜEB, a.a.O., N. 14 zu Art. 35 aBöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1417 mit Hinweisen; BEYELER, a.a.O., Rz. 687 und 693 ff.; POLTIER, a.a.O., Rz. 522). Gemäss BEYELER und ZUFFEREY kann so z.B. der vergaberechtlich verfrühte Abschluss des Beschaffungsvertrags die Haftung der öffentlichen Auftraggeberin nach gewöhnlichem Verantwortlichkeitsrecht auslösen (BEYELER, a.a.O., Rz. 695; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le "Combat" entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in: L'homme et l'État, Mélanges pour Thomas Fleiner, 2003, S. 697).

E. 6

Vor dem Hintergrund der dargelegten Grundsätze ist zunächst zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin auf den spezialgesetzlichen Haftungstatbestand von Art. 34 Abs. 1 aBöB berufen kann, zumal dieser - soweit anwendbar - die Haftung abweichend vom Verantwortlichkeitsgesetz regelt (vgl. E. 5.6). BGE 150 II 225 S. 238

E. 6.1

Schadenersatz gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB kann nur verlangen, wer durch eine widerrechtliche Verfügung einen Schaden erlitten hat, wobei die Widerrechtlichkeit vorgängig gerichtlich festgestellt werden muss (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1414; vorstehende E. 5.1 und 5.4). Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, erwog die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht, dass es vorliegend an einer Verfügung fehlt, deren Rechtswidrigkeit festgestellt worden ist und die den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schaden kausal hätte verursachen können.

E. 6.2

Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Dispositiv des Urteils B-998/2014 vom 8. Juli 2016 fest, dass der in der Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 implizierte Ausschluss der Beschwerdeführerin betreffend Teillos 1.2 rechtswidrig gewesen sei. Auch scheint das Bundesverwaltungsgericht später davon ausgegangen zu sein, dass diese Feststellung es der Beschwerdeführerin ermöglicht, sich auf Art. 34 Abs. 1 aBöB zu berufen (vgl. Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 3.3.2). Gleichwohl hob das Bundesverwaltungsgericht

mit seinem Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 die angefochtene Verfügung in Bezug auf Teillos 1.2 auf und wies das Verfahren an die Vergabestelle zurück. Wie die Vorinstanz richtig erwog, erlangte die Beschwerdeführerin durch diese Aufhebung und Rückweisung Primärrechtsschutz; eine rechtswidrige Verfügung i.S.v. Art. 34 Abs. 1 aBöB lag somit nicht (mehr) vor. Die daraufhin erlassene Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 hat das Bundesverwaltungsgericht sodann mit dem rechtskräftigen Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 als rechtmässig erachtet. In Bezug auf die Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 fehlt es somit an einer Feststellung der Rechtswidrigkeit. Daran ändert die vom Bundesgericht in der Begründung seines Urteils 2C_639/2017 geäußerte Kritik, die nicht als Feststellung der Rechtswidrigkeit angesehen werden kann, nichts (vgl. Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 2).

E. 6.3

Auch soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Zwischenverfügungen vom 17. Juni 2016 und vom 7. Juli 2016 eröffneten hier den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 aBöB, kann ihr nicht gefolgt werden: In der Zwischenverfügung vom 17. Juni 2016 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in Bezug auf das Teillos 1.2 klarerweise bedeute, dass es der Vergabestelle zurzeit untersagt sei, nicht nur die 100 Standorte, die für das Teillos 1.2 vorgesehen seien, sondern auch die weiteren optionalen Standorte vertraglich BGE 150 II 225 S. 239 zu vergeben. Das dagegen eingereichte Wiedererwägungsgesuch der Vergabestelle wies das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 7. Juli 2016 ab. In diesem Zusammenhang ergibt sich aus der Zwischenverfügung vom 17. Juni 2016 zwar implizit, dass die Vergabestelle während dem hängigen Beschwerdeverfahren B-998/2014 bei der B. AG bereits 550 Standorte "in Auftrag gegeben hatte", obschon sie unter Beachtung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nur 300 Standorte des Teilloses 1.1 hätte vergeben dürfen. Weder in der Verfügung vom 17. Juni 2016 noch in derjenigen vom 7. Juli 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht jedoch die Rechtswidrigkeit einer Verfügung der Vergabestelle fest.

E. 6.4

Nach Gesagtem fehlt es vorliegend an einer Verfügung, deren Rechtswidrigkeit im Beschwerdeverfahren festgestellt wurde und die den geltend gemachten Schaden kausal hätte verursachen können. Hinzu kommt, dass die Haftung gemäss Art. 34 Abs. 1 aBöB grundsätzlich auf den Fall zugeschnitten ist, in dem sich eine Verfügung als widerrechtlich erweist, der Primärrechtsschutz aber unmöglich ist, da der Beschaffungsvertrag bereits mit einem anderen Anbieter - vergaberechtskonform - abgeschlossen worden ist (Art. 32 Abs. 2 aBöB; vorstehende E. 5.1 und 5.3). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin indes geltend, ihr Schaden sei u.a. darauf zurückzuführen, dass die Vergabestelle gewisse Standorte vorzeitig und unzulässig erschlossen habe. Die Konstellation, dass der unberücksichtigt gebliebene Anbieter durch einen vergaberechtswidrig getätigten Vertragsabschluss einen Schaden erleidet, wird von der spezialgesetzlichen Haftungsbestimmung nicht erfasst (so betreffend das neue Recht BÜHLER, a.a.O., N. 37 zu Art. 58 BöB).

E. 6.5

Im Ergebnis gelangte die Vorinstanz in bundesrechtskonformer Weise zum Schluss, dass sich die Beschwerdeführerin hier nicht auf Art. 34 Abs. 1 aBöB berufen kann.

E. 7

Zu prüfen ist sodann, ob sich die Beschwerdeführerin subsidiär auf das Verantwortlichkeitsgesetz berufen und ob sie in diesem Zusammenhang - entsprechend ihrem Hauptbegehren - entgangenen Gewinn verlangen kann.

E. 7.1

Nach Gesagtem gelangt die spezialgesetzliche Haftungsregelung von Art. 34 Abs. 1 aBöB hier nicht zur Anwendung (vorstehende E. 6). Wie aufgezeigt, bleibt das Verantwortlichkeitsgesetz allerdings neben der spezialgesetzlichen Haftungsregelung von Art. 34 Abs. 1 aBöB subsidiär anwendbar (vorstehende E. 5.6). Die BGE 150 II 225 S. 240 Beschwerdeführerin kann sich insoweit auf das Verantwortlichkeitsgesetz berufen, als sie widerrechtliche Handlungen vorbringt, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen (vorstehende E. 5.6).

E. 7.2

Die Beschwerdeführerin macht unter Art. 3 Abs. 1 VG insbesondere geltend, durch die vorzeitige und widerrechtliche Erschliessung von Standorten, die Gegenstand des Teilloses 1.2 bildeten, sei sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der vorhandenen Chance beraubt worden, den Zuschlag zu erhalten. Damit und weil die Vergabestelle das Verfahren letztlich definitiv abgebrochen habe und keine neue Ausschreibung erfolgt sei, habe sie einen Schaden erlitten.

E. 7.2.1

Betreffend die vorzeitige Erschliessung gilt es zu bemerken, dass die Lehre den verfrühten Abschluss des Beschaffungsvertrags explizit als Beispiel einer widerrechtlichen Handlung nennt, welche die Haftung der öffentlichen Auftraggeberin nach gewöhnlichem Verantwortlichkeitsrecht auslösen kann (vorstehende E. 5.6). Auch ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle diesbezüglich eine Verfügung erlassen hat, die die Beschwerdeführerin im Rahmen des Primärrechtsschutzes hätte anfechten und deren Rechtswidrigkeit hätte festgestellt werden können. Die Beschwerdeführerin rügte zwar bereits im Verfahren B-1284/2017, der (provisorische) Verfahrensabbruch sei vor dem Hintergrund der vorzeitigen Erschliessung unrechtmässig erfolgt. Doch das Bundesverwaltungsgericht prüfte diese Rüge in seinem Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 nicht näher, sondern verwies darauf, dass es die Vergabestelle - unabhängig vom Vorwurf der vorzeitigen Erschliessung - gestützt auf den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 betreffend Datensicherheit dazu ermächtigt habe, das Verfahren abzubrechen (Urteil B-1284/2017 des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Juni 2017 E. 2.6 unter Verweis auf das Urteil B-998/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016 E. 6).

E. 7.2.2

Betreffend den Verfahrensabbruch mag es sodann zutreffen, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 die Abbruchverfügung der Vergabestelle vom 2. Februar 2017 als rechtmässig erachtet hat. Ungeachtet der vom Bundesgericht geäusserten Kritik (vgl. Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 2) ist dieses Urteil in Rechtskraft erwachsen, womit in Bezug auf die Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 gemäss Art. 12 VG die Fiktion der Rechtmässigkeit gilt (vorstehende E. 4.3). Das Bundesverwaltungsgericht ging jedoch davon aus, dass es sich BGE 150 II 225 S. 241 (eher) um einen provisorischen Abbruch handelte und dass eine Neuausschreibung

erfolgen würde (Urteil B-1284/2017 des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Juni 2017 E. 2.3 und 2.7). Trotz des angeblich weiterhin dringenden Beschaffungsbedarfs sowie der in Aussicht gestellten Neuausschreibung erfolgte in der Folge keine neue Ausschreibung. Hinsichtlich dieses faktisch definitiven Verfahrensabbruchs erliess die Vergabestelle sodann keine Verfügung, die Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens hätte bilden können.

E. 7.2.3

Zusammengefasst bringt die Beschwerdeführerin mit der vorzeitigen Erschliessung und dem definitiven Verfahrensabbruch potentiell widerrechtliche Handlungen vor, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen. Insoweit kann sie sich auf den subsidiär anwendbaren Art. 3 Abs. 1 VG berufen. Dem steht vorliegend auch Art. 12 VG nicht entgegen, zumal die Beschwerdeführerin diesbezüglich keinen Primärrechtsschutz erlangen konnte.

E. 7.3

Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin ist jedoch gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG der von ihr mit dem Hauptbegehren geltend gemachte Gewinn, den sie bei Abwicklung des Beschaffungsvertrags hätte erzielen können, grundsätzlich nicht ersatzfähig. Das Beschaffungsrecht kennt keinen Kontrahierungszwang, womit der Ersatz des Erfüllungsinteresses ausser Betracht fällt (vorstehende E. 5.5). Das muss grundsätzlich auch dann gelten, wenn sich eine Anbieterin, wie die Beschwerdeführerin vorliegend, auf das Verantwortlichkeitsgesetz beruft (so die Botschaft zur Totalrevision des BöB, BBl 2017 1985 f.; a.M. BEYELER, a.a.O., Rz. 692; EVELYNE CLERC, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, 1997, S. 637).

E. 7.4

Im Ergebnis kann sich die Beschwerdeführerin zwar auf Art. 3 Abs. 1 VG berufen, in Bezug auf das Hauptbegehren und die Forderung von Schadenersatz in der Form von entgangenem Gewinn erweist sich ihre Beschwerde jedoch als unbegründet.

E. 8

Zu prüfen bleibt damit, ob die einzelnen Haftungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 VG erfüllt sind und die Beschwerdeführerin entsprechend ihrem Eventualbegehren Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses hat.

E. 8.1

Erstellt ist, dass die Vergabestelle noch während dem hängigen Beschwerdeverfahren B-998/2014 bei der B. AG bereits 550 Standorte "in Auftrag gegeben" hat. Damit hat sie - trotz aufschiebender Wirkung und vor dem ordnungsgemässen Abschluss des BGE 150 II 225 S. 242 Vergabeverfahrens - einen Vertrag über einen Teil der verfahrensgegenständlichen optionalen Standorte abgeschlossen, zumal das Teillos 1.1 lediglich 300 initiale Standorte umfasste. Wie das Bundesgericht bereits in seinem Nichteintretensentscheid angedeutet hat, war dies unzulässig: Wenn die Rechtsmittelbehörde einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt hat, darf die Vergabestelle bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens über die streitgegenständlichen Leistungen keinen Vertrag abschliessen (Art. 22 Abs. 1 aBöB e contrario; Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.7.1). Vor diesem Hintergrund gilt es auch den definitiven Verfahrensabbruch zu beurteilen: Aufgrund der 550 erschlossenen Standorte ist davon auszugehen, dass - über die 300 initialen Standorte

des Teilloser 1.1 hinaus - ein Beschaffungsbedarf von mindestens 250 Standorten bestand, der durch die vorzeitige Erschliessung dahingefallen ist. Die Vergabestelle kann das Verfahren zwar definitiv abbrechen, wenn es gegenstandslos geworden ist, namentlich wenn kein Bedürfnis mehr besteht, die verfahrensgegenständliche Leistung zu beschaffen (Art. 30 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [aVöB; AS 1996 518]; Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.7.1 m.w.H.). Führt die Vergabestelle die Gegenstandslosigkeit hingegen selbst herbei, indem sie verfrüht einen Vertrag über die streitgegenständlichen Leistungen abschliesst, muss dies grundsätzlich als rechtsmissbräuchlich gelten (vgl. Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 2). Es mag zutreffen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle vorliegend gestützt auf den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 betreffend Datensicherheit anderweitig dazu ermächtigt hat, das Verfahren abzubrechen (Urteil B-998/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016 E. 6). Die verbindliche Auflage, an welche das Bundesverwaltungsgericht einen solchen Verfahrensabbruch wegen Sicherheitsmängeln geknüpft hatte (Schutz des berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekannt gegebenen Eignungskriterien), wurde indessen offenbar nicht umgesetzt. Der definitive Verfahrensabbruch hat demnach so oder anders als treuwidrig zu gelten.

E. 8.2

Sowohl die unzulässige Erschliessung von streitgegenständlichen Standorten als auch der definitive Verfahrensabbruch erfolgten zweifelsfrei in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VG. Eine reine Vermögensschädigung, wie sie die Beschwerdeführerin geltend macht, ist jedoch nur dann widerrechtlich, wenn eine BGE 150 II 225 S. 243 Norm das betreffende Verhalten verbietet und damit den Schutz des Vermögens des Geschädigten bezweckt (vorstehende E. 4.2). Das Gebot gemäss Art. 22 aBöB e contrario, bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens über die streitgegenständlichen Leistungen keinen Vertrag abzuschliessen, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt wurde, soll die Chance der beschwerdeführenden Anbieterin auf den Vertragsschluss wahren. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, schützt Art. 22 aBöB (e contrario) damit ohne weiteres Vermögensinteressen der Beschwerdeführerin. Nachdem der definitive Verfahrensabbruch als treuwidrig zu gelten hat (vorstehende E. 8.1), liegt überdies eine Verletzung von Art. 9 BV (Grundsatz von Treu und Glauben) vor. Dieser Bestimmung kommt jedenfalls in der vorliegenden Konstellation, in welcher die Vergabestelle das Verfahren definitiv abgebrochen hat, ohne gerichtlich auferlegte Auflagen umzusetzen, ebenfalls die Bedeutung einer Schutznorm zu (vgl. Urteil 2C_817/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 4.4). Eine Widerrechtlichkeit im staatshaftungsrechtlichen Sinne ist damit gegeben.

E. 8.3

Umstritten ist schliesslich, ob die vorzeitige Erschliessung optionaler Standorte und der definitive Verfahrensabbruch kausal für den vorgebrachten Schaden der Beschwerdeführerin gewesen sind. Einer entsprechenden Prüfung des Kausalzusammenhangs steht - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - Art. 12 VG nicht entgegen (vorstehende E. 7.2). Hätte die Vergabestelle den Beschaffungsbedarf von 250 Standorten (vergaberechtskonform) decken wollen, hätte sie das Verfahren nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht definitiv abgebrochen, sondern die angekündigte Neuausschreibung vorgenommen. Die vorzeitige Erschliessung und der definitive Verfahrensabbruch erweisen sich dabei insofern als adäquat kausal für die von der

Beschwerdeführerin als Schaden geltend gemachten Offertkosten, als die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Neuausschreibung gegebenenfalls nochmals am Verfahren hätte teilnehmen können und damit erneut eine Chance auf den Zuschlag erhalten hätte. Ein Kausalzusammenhang wäre indes auch dann zu bejahen, wenn die Beschwerdeführerin gestützt auf den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 betreffend Datensicherheit bei einer Neuausschreibung nicht mehr zugelassen worden wäre. Eine Anbieterin nimmt unter der Bedingung am Vergabeverfahren teil, dass dieses BGE 150 II 225 S. 244 regelkonform abläuft und effektiv ist, d.h. dass es zu einer wettbewerblichen Auftragsvergabe kommt (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 500). Vorliegend hat die Vergabestelle gewisse Standorte aus beschaffungsrechtlicher Sicht in unzulässiger Weise erschlossen; zudem wurde die verbindliche Auflage, an welche das Bundesverwaltungsgericht einen Verfahrensabbruch wegen Sicherheitsmängeln geknüpft hatte, nicht umgesetzt (vorstehende E. 8.1). Mit der Beschwerdeführerin ist sinngemäss davon auszugehen, dass sie - hätte sie um diese später auftretenden Mängel gewusst - gar nicht erst am Verfahren teilgenommen hätte. In Bezug auf ihre nutzlos gewordenen Aufwendungen hat die Beschwerdeführerin demnach einen Schaden erlitten, der durch das Verhalten der Vergabestelle adäquat kausal verursacht worden ist.

E. 8.4

Im Ergebnis verletzt der angefochtene Entscheid insofern Bundesrecht, als die Vorinstanz einen Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG (i.V.m. Art. 22 aBöB e contrario und Art. 9 BV) verneint hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.