

# **BVGer B-2417/2014 vom 25. Juni 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-06-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2417\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2417_2014)

FR: TAF B-2417/2014 du 25 juin 2014

IT: TAF B-2417/2014 del 25 giugno 2014

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

#### **E. 1.1**

Gegen den Abbruch eines Beschaffungsverfahrens durch die Verga-bestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst nur Beschaffungen, die dem GATT/WTO-Überein-kommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unter-stellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vorliegt. Im vorliegenden Fall angefochten ist der Abbruch eines Beschaffungsverfahrens, für welches das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 die Unterstellung der im Verfahren B-4904/2013 angefochtenen Vergabe unter das BöB festgehalten hatte (vgl. Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 E. 1.1). Diese Beurteilung ist auch hier massgebend; das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

#### **E. 1.2**

Die Vergabestelle bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin dagegen macht geltend, sie sei zur Beschwerde legitimiert. Sie sei durch die Abbruchverfügung unmittelbar betroffen, denn ihr nach wie vor gültiges Angebot, das nie rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, werde durch den Abbruch wertlos. In einem Verfahren gegen einen Abbruch müsse ein Beschwerdeführer lediglich glaubhaft darlegen, dass er bei einer allfälligen nachmaligen Zuschlagserteilung für den Zuschlag zumindest in Betracht komme. Nur diejenigen Anbieter seien durch eine Abbruchverfügung nicht materiell beschwert, deren Angebote sowieso aus bestimmten Gründen, z.B. Formfehler, aus dem Verfahren ausgeschlossen worden seien oder wären. Das Bundesverwaltungsgericht sei zwar in mehreren Entscheidungen zum Schluss gekommen, dass bei der Gutheissung einer Beschwerde gegen den Zuschlag

und einer Rückweisung an die Vergabestelle nur noch jene Angebote in die Neubewertung mit einbezogen werden sollten, die gegen den Zuschlag Beschwerde geführt hätten. In zwei jüngeren Entscheiden habe es jedoch darauf hingewiesen, dass in besonderen Konstellationen und aufgrund konkreter Umstände der Einbezug von Angeboten in Frage komme, für die keine Beschwerde gegen den Zuschlag geführt worden sei. Namentlich die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag müssten dabei von Bedeutung sein. Auch gewichtige Stimmen der Lehre hätten festgehalten, dass mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts Ergebnisse resultierten, die den Zielsetzungen des Vergaberechts widersprechen könnten. Zum einen werde in der Literatur darauf hingewiesen, dass mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts gerade nicht das beste Angebot gewählt würde. Auch werde mit einem Zuschlag in erster Linie entschieden, dass der ausgewählte Anbieter den Auftrag erhalten solle. Dass die übrigen Anbieter nicht zum Zug kämen, sei eher eine Reflexwirkung des Zuschlags als eine individuelle Zurückweisung jedes nicht berücksichtigten Anbieters. Bei einer Rücknahme, einem Widerruf oder einer gerichtlichen Aufhebung eines Zuschlags seien daher nur jene Bieter, die rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden seien, nicht mehr in das Verfahren mit einzubeziehen. Alle Anbieter, die noch ein gültiges Angebot "im Rennen" hätten, seien dagegen zu berücksichtigen, auch wenn sie den Zuschlag nicht angefochten hätten. Ein rechtskräftiger Ausschluss liege nur bei einer unangefochten gebliebenen oder erfolglos angefochtenen separaten Ausschlussverfügung vor, sowie eventuell dann, wenn die Vergabestelle einem Bieter im Rahmen der Zuschlagseröffnung ausdrücklich und unmissverständlich mitgeteilt habe, dass er ausgeschlossen werde. Im vorliegenden Fall habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin gerade nicht klar und unmissverständlich mitgeteilt, dass sie ausgeschlossen worden sei. Die Beschwerdeführerin sei anlässlich des Debriefings vom 21. August 2013 vielmehr dahingehend informiert worden, dass ihr Angebot auf dem vierten und damit letzten Platz gelegen habe. Erst am 4. September 2013 und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist gegen den am 15. August 2013 publizierten Zuschlag habe sie den Entwurf des Protokolls des Debriefings per Post zugestellt erhalten. Darin sei neu und erstmals erwähnt worden, dass das an dritter Stelle platzierte Angebot wegen Nichterreichens der technischen Minimalpunktzahl in den Zuschlagskriterien 2 und 3 ausgeschlossen worden sei. Diese Information sei am Debriefing erwiesenermassen nicht gemacht worden. Die Beschwerdeführerin habe daher auf eine Beschwerde verzichtet. Da sie von der Korrektur der Falschinformation zur Platzierung erst am letzten Tag der Beschwerdefrist Kenntnis erhalten habe, sei eine Beschwerde aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen. Bereits infolge des ihr zustehenden Vertrauensschutzes wäre eine Verneinung ihrer Legitimation bzw. die Nichtzulassung ihres Angebots für die neu vorzunehmende Auswertung rechtswidrig und missbräuchlich.

### **E. 1.2.1**

Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 VwVG; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.2.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1296). Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren

Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

### **E. 1.2.2**

Im vorliegenden Fall verfügte die Vergabestelle den Abbruch des Vergabeverfahrens, nachdem die Zuschlagsverfügung durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben worden war. Die Vergabestelle stand somit im "reaktivierten Vergabeverfahren in der Phase vor der Zuschlagserteilung" (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2767 Fn. 2495). Die Frage stellt sich daher, ob die Beschwerdeführerin Teilnehmerin jenes "reaktivierten" Vergabeverfahrens in der Phase nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts war bzw. als Teilnehmerin hätte angesehen werden müssen.

### **E. 1.2.3**

Bezüglich der Frage, ob nach einer Gutheissung der Beschwerde gegen einen Zuschlag und Rückweisung der Sache zur Neubewertung der Angebote nur die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter oder aber auch die anderen Teilnehmer der infrage stehenden Submission, die den Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben, einzubeziehen sind, sind die Meinungen nicht einheitlich. Gewisse Lehrmeinungen und kantonale Gerichte tendieren eher zur Auffassung, dass alle bisherigen Anbieter nochmals zu berücksichtigen seien, weil nur so das öffentliche Interesse daran, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot angenommen werde, gewährt werden könne (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBl 104/2003 S. 27 f.; Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 2784). Ein Teil der kantonalen Gerichte und insbesondere die BRK und in der Folge das Bundesverwaltungsgericht gehen indessen in ständiger Praxis von der Auffassung aus, dass in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur noch die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind. Dies aufgrund der Überlegung, dass die anderen Teilnehmer der infrage stehenden Beschaffung den erfolgten Zuschlag nicht angefochten, sondern sich mit ihm abgefunden haben und sich - im Gegensatz zu den Beschwerdeführern und allenfalls auch zur Zuschlags-empfängerin - im Beschwerdeverfahren keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben. Es wäre daher unbillig, wenn jene übrigen Anbieter dessen ungeachtet im Fall einer Rückweisung sozusagen als Trittbrettfahrer am nochmals aufzurollenden Verfahren wieder teilhaben könnten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 4, mit Hinweisen; BRK 17/97 E. 3c; BRK 6/99 E. 6b; BRK 13/99 E. 4b; BRK 6/00 E. 3b; BRK 9/00 E. 5c; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1397). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Urteil anerkannt, dass die Lehre zu Recht auf das Spannungsverhältnis hingewiesen hat, welches zwischen dieser prozessualen Sichtweise und dem Gesetzeszweck der Förderung des Anbieterwettbewerbs und allenfalls auch demjenigen des möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes bestehen kann, und die Frage aufgeworfen - aber offen gelassen - wie vorzugehen wäre, wenn die Offerte der im Rechtsmittelverfahren unterlegenen Zuschlags-empfängerin mit einem Mangel behaftet gewesen wäre (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 4).

### **E. 1.2.4**

Ob bzw. unter welchen Umständen allenfalls ausnahmsweise von dem in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erhärteten Grundsatz, dass in ein nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren nur noch die im Rechtsmittelverfahren obsiegenden

Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind, abgewichen werden darf, kann im vorliegenden Fall weiterhin offen gelassen werden. Klar ist indessen, dass eine allfällige derartige Ausnahme nur mit dem öffentlichen Interesse eines möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes begründet werden könnte. Dieses öffentliche Interesse ist durch die Vergabestelle zu wahren; der nicht berücksichtigte Anbieter, der gegen den ersten Zuschlag kein Rechtsmittel ergriffen hat, ist dagegen nicht berechtigt, sich darauf zu berufen, um einen eigenen Rechtsanspruch zur Verfolgung seiner privaten Interessen daraus abzuleiten. Selbst wenn daher möglicherweise in einer Ausnahmesituation von dem in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erhärteten Grundsatz, dass in ein nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren nur noch die im Rechtsmittelverfahren obsiegenden Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind, abgewichen werden dürfte - was auch im vorliegenden Fall ausdrücklich offen gelassen wird - könnte daher lediglich die Vergabestelle eine derartige Möglichkeit wahrnehmen. Der nicht berücksichtigte Anbieter, der gegen den ersten Zuschlag kein Rechtsmittel ergriffen hat, könnte dagegen aus einer solchen Situation keinen Rechtsanspruch ableiten, am wieder aufgerollten Vergabeverfahren teilzunehmen. Dieser Anbieter hat vielmehr die im Zuschlag an einen anderen Anbieter enthaltene Nichtberücksichtigung seines Angebots, die er sich gegenüber in Rechtskraft erwachsen liess, weiterhin gegen sich gelten zu lassen.

#### **E. 1.2.5**

Die Beschwerdeführerin behauptet, der Grundsatz, dass der Anbieter, der den Zuschlag nicht angefochten habe, die Nichtberücksichtigung seines Angebots weiterhin gegen sich gelten lassen müsse, gelte nur bedingt. In einem jüngeren Entscheid habe das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass diesbezüglich namentlich die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag von Bedeutung seien. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Grundsatz, dass der Anbieter, der den Zuschlag nicht angefochten hat, die Nichtberücksichtigung seines Angebots weiterhin gegen sich gelten lassen muss, wurde in dem von der Beschwerdeführerin angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-536/2013) nicht in Frage gestellt. Dem Urteil lag eine wesentlich andere Konstellation zu Grunde: Angefochten war ein Abbruch, kein Zuschlag. Da der Abbruch nicht begründet war, durfte die in Frage stehende Mitbewerberin mit einer erneuten Ausschreibung rechnen, in der sie ihr Angebot erneut eingeben könnte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.3.2). Sie musste den Abbruch daher nicht zwingend als für sich nachteilig auffassen, sondern durfte annehmen, dass ihre Chancen auf einen letztlichen Zuschlag nach wie vor intakt waren. Insofern stellte sich die Frage, ob ihre Situation in gewisser Weise nicht teilweise vergleichbar sei mit derjenigen einer Zuschlagsempfängerin, welche darauf verzichtet hat, im Rechtsmittelverfahren Parteirechte auszuüben. Eine derartige Zuschlags-empfängerin bleibt im wieder aufgerollten Vergabeverfahren, sofern sie nicht durch das Urteil ausgeschlossen wurde. Aus der angeführten Passage jenes Urteils des Bundesverwaltungsgerichts - in dem die aufgeworfene Frage im Übrigen ausdrücklich offen gelassen wurde - kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren daher nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Konstellation wesentlich anders lag als im vorliegenden Fall. Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen völlig klar, dass mit der am 15. August 2013 publizierten Zuschlagsverfügung ihr Angebot definitiv nicht berücksichtigt worden war.

### **E. 1.2.6**

Ob die von der Beschwerdeführerin dargelegten Gründe, warum sie gegen den am 15. August 2013 publizierten Zuschlag keine Beschwerde erhoben hatte, einen Anspruch auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist hätten begründen können, kann hier offen bleiben, da ein derartiges Begehren innert 30 Tagen zu stellen gewesen wäre (vgl. Art. 24 Abs. 1 VwVG). Auf ihre diesbezüglichen Vorbringen braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

### **E. 1.2.7**

Die Beschwerdeführerin hat somit keinen Rechtsanspruch darauf, an dem nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 neu aufgerollten Submissionsverfahren teilzunehmen. Aus diesem Grund ist sie auch nicht legitimiert, die in diesem Verfahren ergangene Abbruchverfügung anzufechten.

### **E. 1.3**

Auf ihre Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

### **E. 2**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Beschwerdeführerin hat bei diesem Ausgang des Verfahrens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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