

BVGer B-2449/2012 vom 6. September 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-09-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2449_2012

FR: TAF B-2449/2012 du 6 septembre 2012

IT: TAF B-2449/2012 del 6 settembre 2012

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6. 1 E. 1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773//2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/61, E. 1.2, je mit Hinweisen).

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

E. 1.3

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 1.4

Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem der Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens und die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. a und b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

E. 1.5

Angefochten ist vorliegend die Ausschreibung vom 5. April 2012 des Auftrags "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" (Projekt-ID 83691). Bei dieser Ausschreibung handelt es sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens (Ziff. 4.5 der Ausschreibung). Beim (ersten) Vergabeverfahren handelte es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bei dem der Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB weit überschritten wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 1.2). Die Regeln des BöB sind deshalb auch auf den Abbruch/die Neuausschreibung des Vergabeverfahrens anwendbar.

E. 1.6

Die Legitimation der Beschwerde richtet sich mangels spezialgesetzlicher submissionsrechtlicher Regelung nach Art. 37 VGG i.V. m. Art. 48 VwVG (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen

Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2007, Rz. 850; Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, Rz. 380). Zur Beschwerde legitimiert ist nach Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), 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). Die Beschwerdeführerin war am (früheren) Vergabeverfahren "Beschaffung von Dienstleistungen: BLSV, Logistik@V; Los LOG 4" beteiligt. Auf ihre Beschwerde hin, hatte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 20. April 2011 die Sache zur Neuevaluation an die Vergabestelle zurückgewiesen und festgehalten, dass die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin in die Neubeurteilung einzubeziehen seien. Es steht fest, dass die Vergabestelle am 5. April 2012 eine Neuausschreibung publizierte, ohne dass vorgängig mit separater Verfügung ein Abbruch des (ersten) Vergabeverfahrens erfolgte. Somit ist davon auszugehen, dass der Abbruch implizit mit der Neuauflage verfügt wurde. Die Beschwerdeführerin ist demzufolge von der Frage der Zulässigkeit des Abbruchs durch die Neuausschreibung vom 5. April 2012 besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und der Weiterführung des (ersten) Vergabeverfahrens.

E. 1.7

Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 30 BöB, Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 1.8

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Die angefochtene Ausschreibung vom 5. April 2012 schreibt das Projekt "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" aus und stellt fest, es handle sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens "gemäss Art. 30, Abs. 2" der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11).

E. 2.2

Die Ausschreibung vom 5. April 2012 erfolgte unter dem Projekttitel "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" (Ziff. 2.2).

E. 2.3

Im Schreiben der Vergabestelle vom 18. April 2012 an die Beschwerdeführerin - das als Antwort auf deren Anfrage vom 16. April 2012 verfasst wurde - bestätigt diese, dass "die bei Ihnen referenzierte Ausschreibung einen Zusammenhang zum seinerseits ausgeschriebenen Projekt BLSV, Logistik@V Los LOG 4 hat" (vgl. Sachverhalt Erw. C.b). Sie verweist auf den inzwischen geänderten Gegenstand der Ausschreibung. Weiter stellt sie fest: "Überdies wurde im Pflichtenheft 1 (1 Einleitung, 1.1 Zweck des Dokuments) sowie in der Publikation der Ausschreibung vom 5. April 2012 (Ziffer 4.5 Sonstige Angaben) darauf hingewiesen, dass es sich um eine Neuauflage der seinerzeitigen und mit Beschwerde belasteten Ausschreibung handelt. Mit der Publikation der Neuauflage und dem entsprechenden Hinweis wird die seinerzeitige Ausschreibung implizit abgebrochen. "

E. 2.4

Im "Pflichtenheft 1 Antrag zur Teilnahme BLSV Beschaffung von Dienstleistungen für das Projekt SIMAP Nr. 83691 vom 05. 04. 2012 Integration SAP System der Luftwaffe" wird dazu in Ziff. 1.1 präzisiert: "Als Konsequenz des Urteils vom 20. April 2011 in der Beschwerdesache B-7571/2009 BLSV Beschaffung von Dienstleistungen (Los LOG 4; Logistik@V, Integration Luftwaffe/Armeeapotheke) werden folgende Leistungen ausgeschrieben: BLSV Beschaffung von Dienstleistungen Integration SAP System der Luftwaffe."

E. 2.5

Der Projektteil betreffend die Armeeapotheke wurde nicht (neu) ausgeschrieben. Im Schreiben vom 18. April 2012 erklärt die Vergabestelle, die SAP-Anbindung der Armeeapotheke an das Gesamtprojekt sei weggefallen und die seinerzeitige Ausschreibung implizit abgebrochen worden.

E. 2.6

Im Pflichtenheft 1 stellt die Vergabestelle die Notwendigkeit der Neuausschreibung als Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgericht vom 20. April 2011 dar. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 32 Abs. 1 BöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. Mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 betreffend das Projekt BLSV Beschaffung von Dienstleistungen (Los LOG 4; Logistik@V, Integration LW/AApot) wurde die Sache zur Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. In Erw. 9.2 des Urteils B-7571/2009 vom 20. April 2011 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest: "Die Sache ist demzufolge zur Neuevaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. In die Neubeurteilung einzubeziehen sind die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin. Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung steht in erster Linie der Vergabestelle zu. Es ist ihr insbesondere freigestellt, ob sie gestützt auf die vorhandenen Akten direkt zu neuer, gesetzeskonformer Evaluation und Zuschlagserteilung schreiten oder die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin vorab auffordern will, ihre Offerten in Kenntnis sämtlicher (allenfalls noch bekanntzugebender) Vergabekriterien sowie ihrer Gewichtung nachzubessern." Gemäss rechtskräftiger Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts wurde die Vergabestelle angewiesen, eine Neubeurteilung, unter Einbezug der in der angefochtenen Zuschlagsverfügung bezeichneten Zuschlags-empfängerin und der Beschwerdeführerin, vorzunehmen. Aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 geht somit keine Notwendigkeit eines Abbruchs und einer Neuausschreibung des Vergabeverfahrens hervor.

E. 2.7

Der Abbruch des früheren Vergabeverfahrens und dessen (teilweise) Neuausschreibung wurde somit allein von der Vergabestelle entschieden.

E. 3.1

Es steht fest, dass vor der publizierten Neuausschreibung das pendente (erste) Vergabeverfahren nicht mit separater Verfügung abgebrochen worden ist. Somit ist mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass der Abbruch implizit mit der Neuausschreibung verfügt worden ist. Zu prüfen ist demzufolge zunächst die Frage, ob der Abbruch des vorgängigen Vergabeverfahrens "Los-Nr. LOG 4 LOGISTIK@V; Integration LW/AApot"

verfahrensrechtlich in korrekter Weise erfolgte. Erst wenn dies bejaht werden kann, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob sachliche Gründe für einen Abbruch vorliegen.

E. 3.2.1

Ein Vergabeverfahren kann nur mit dem Zuschlag oder dem Abbruch enden (Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren [im Folgenden: Überlegungen], in: AJP 2005 S. 784, Rz. 4, Stefan M. Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren - Motive, Voraussetzungen und die Folgen [im Folgenden: Abbruch], Rz 2, Suter, a.a.O., Rz. 13). Einem Abbruch kann sogleich oder mittelfristig die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens folgen oder, als Reaktion auf einen nicht (mehr) vorhandenen Leistungsbedarf, kein weiteres Vergabeverfahren. Ohne dass diese Begriffe sich in einem Rechtserlass finden würden (vgl. Beyeler, Überlegungen, Rz. 8), wird oft unterschieden, ob der Abbruch definitiv oder provisorisch (d.h. sogleich oder mittelfristig gefolgt von einem neuen Vergabeverfahren) ist. Es kann sich auch um einen Teilabbruch handeln (Beyeler, Überlegungen, Rz. 8 ff., Scherler, Abbruch, Rz. 10, 12, Suter, a.a.O., Rz. 13, 18). Der Verfahrensabbruch des auf Zuschlag und Vertrag ausgerichteten Vergabeverfahrens impliziert dessen vorzeitige Beendigung unter Verzicht auf Zuschlagserteilung und Vertragsschluss (im konkreten Verfahren). Er enthält die nach aussen gerichtete Erklärung der Vergabestelle, das Vergabeverfahren ohne Zuschlagserteilung beenden zu wollen (Beyeler, Überlegungen, Rz. 5 f., Scherler, Abbruch, Rz. 3).

E. 3.2.2

Ist der Abbruch nicht definitiv - weil auf das ausgeschriebene Projekt nicht verzichtet wird - kann er von einem Vergabeverfahren gefolgt werden, das eine Wiederholung der Ausschreibung beinhaltet oder auf einer Änderung des Projekts beruht.

E. 3.2.3

Art. 30 VöB sieht denn auch unter dem Titel "Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens" folgendes vor: "1 Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht 2 Die Auftraggeberin kann das Vergabeverfahren abrechnen und wiederholen, wenn: a. kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind; b. günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen. 3 Die Auftraggeberin kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert."

E. 3.2.4

Nicht jede Änderung oder Präzisierung eines Projekts bedingt einen Abbruch des laufenden Vergabeverfahrens oder ist genügender Grund für einen solchen. Andererseits kann eine wesentliche Projektänderung einen Verfahrensabbruch zwingend zur Folge haben (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts [im Folgenden: Geltungsanspruch], Zürich/Basel/Genf 2012 Geltungsanspruch, Rz. 2813 ff. [bezüglich Widerruf und Abbruch], Galli et al., a.a.O., Rz. 494, 496 ff., Scherler, Abbruch, Rz. 23 ff., Suter, a.a.O., Rz. 247 ff.).

E. 3.2.5

Wenn jedoch eine Neuauflage - wie auch eine Wiederholung - eines Vergabeverfahrens vorgenommen wird, sind dies zwei der möglichen auf einen Abbruch folgende

Handlungsweisen, nicht Alternativen zum Abbruch. Wer ein Verfahren ganz oder teilweise neu auflegen will, muss dieses zunächst abbrechen (Beyeler, Überlegungen, Rz. 7, Scherler, Abbruch, Rz. 33; vgl. hierzu auch BGE 134 II 192 E. 1.4 und BGE 134 II 297 E. 4.4 wonach die Vergabestelle für das gleiche Vorhaben kein neues Vergabeverfahren einleiten darf, solange der Zuschlag besteht und dieser nicht förmlich widerrufen wurde).

E. 3.3

Nach Art. 29 Bst. a BöB gelten "Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens" als selbständig anfechtbare Verfügungen (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV 950: Art. 29 BöB [identischer Text wie heute]: "In Artikel 29 werden alle Entscheide bezeichnet, welche im Rahmen des Beschaffungsverfahrens als Verfügungen ausgestaltet werden müssen...Sie können alle selbständig mit Beschwerde angefochten werden..." [BBl 1994 IV 1200]; vgl. ferner zur Notwendigkeit einer Verfügung: Beyeler, Überlegungen, S. 784, N. 17 f., mit Verweis auf Art. 29 BöB und kantonale Regelungen, Galli et al., Rz. 346, Scherler, Abbruch, Rz. 9, Suter, a.a.O., Rz. 352).

E. 3.4

Art. 23 Abs. 1 BöB hält fest, dass Verfügungen nach Artikel 29 BöB durch Veröffentlichung nach Art. 24 Abs.1 BöB oder durch Zustellung eröffnet werden.

E. 3.4.1

Ausschreibung und Zuschlag sind immer zu veröffentlichen (Art. 24 Abs. 2 BöB). Eine entsprechende Veröffentlichungspflicht bezüglich des Abbruchs ist in Gesetz und Verordnung nicht vorgesehen (vgl. Art. 24 Abs. 2 BöB e contrario). Das BöB schliesst allerdings die Veröffentlichung des Abbruchs auch nicht aus.

E. 3.4.2

Beim Abbruch eines Vergabeverfahrens kommt die Publikation als einzige Möglichkeit in Frage, wenn der Abbruch vor Ablauf der Eingabefrist für Offerten erfolgt und deshalb der Kreis der Verfügungsadressaten nicht bestimmt werden kann (Suter, a.a.O., Rz. 368 in fine). Ferner kann es von der Art des Vergabeverfahrens abhängen, ob - je nachdem ob die betroffenen Anbieter der Vergabestelle bekannt sind oder nicht - eine Publikation notwendig ist (Stefan Scherler, Die Verfügung im Vergaberecht, Zuschlags- und weitere Verfügungen - worauf es ankommt [im Folgenden: Verfügung], in: Jean-Baptiste Zuffrey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, Rz. 50).

E. 3.5.1

Eine Verfügung ist zu begründen. Dies ergibt sich bereits aus Art. 35 Abs. 1 VwVG. Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen an den Anspruch auf rechtliches Gehör von Art 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101], wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Ulrich HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf, Rz. 1705 f.).

E. 3.5.2

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwer wiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines - allfälligen - Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (u.a. BGE 133 I 201 E. 2.2, BGE 127 V 431 E. 3d.aa, mit Hinweisen). Die Rechtsprechung kennt selbst die Möglichkeit, dass bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abzusehen ist, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 132 V 387 5.1, mit Hinweis; vgl. zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1709 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung sowie Rz.1711 kritisch zur Heilung der Gehörsverletzung, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

E. 3.6.1

Für das Vergaberecht enthalten BÖB und VÖB eine ausdrückliche Regelung der Begründungspflicht. Art. 23 Abs. 1 BÖB schreibt eine summarische Begründung der Verfügungen nach Art. 29 BÖB vor. Bezüglich der Zuschlagsverfügung findet sich in Art. 28 VÖB eine Aufzählung der hierzu notwendigen Angaben. Nach Art. 23 Abs. 2 BÖB besteht jedoch die Möglichkeit, dass beim Zuschlag bestimmte Informationen den nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen auf Gesuch hin, d.h. nachträglich, bekanntgeben werden kann. Art. 23 Abs. 1 und 2 BÖB, wonach die Verfügungen nach Art. 29 BÖB zu begründen und zu eröffnen sind, stellt eine Lex specialis zu Art. 35 Abs. 1 und 3 sowie Art. 36 VwVG dar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-1383/2011 vom 23. Mai 2011 E. 4.1; Galli et al. , a.a.O., Rz. 810).

E. 3.6.2

Gesetz und Verordnung enthalten keine Bestimmungen betreffend den Inhalt der Begründung der Abbruchverfügung. Sie sehen - anders als beim Zuschlag - aber auch keine Möglichkeit vor, dass Informationen nachträglich auf Gesuch hin bekannt gegeben werden.

E. 3.6.3

Nach der Rechtsprechung darf die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projekts abbrechen bzw. einen Zuschlag widerrufen darf, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt wird (BGE 134 II 192 E. 2.3; vgl hierzu . Art. XIII Ziff. 4 Bst. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen [Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422]: "Sofern die Beschaffungsstelle nicht im öffentlichen Interesse beschlossen hat, keinen Auftrag zu vergeben, erteilt sie den Zuschlag dem Anbieter, ...").

E. 3.6.4

Da bei einem Abbruch keine weiteren Informationen mittels Gesuch verlangt werden können, werden bei einer Abbruchverfügung höhere Anforderungen an die Begründungsdichte gestellt als bei einer Zuschlagsverfügung. Es muss aus der Begründung hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen die Vergabestelle das Verfahren abbricht

und ob der Abbruch definitiv ist oder eine Wiederholung des Verfahrens in Betracht gezogen wird (Galli et al., a.a.O., Rz. 812, Scherler, Verfügung, Rz. 49, Suter, a.a.O., Rz. 362). So hält auch die Botschaft zum BöB fest, dass der Abbruch kurz zu begründen ist, während es im Rahmen der Zuschlagsverfügung der Auftraggeberin frei steht, ob sie die notwendigen Informationen als Begründung mitliefert oder ob sie zuerst ein Gesuch abwarten will (GATT-Botschaft 2, BBl. 1994 IV 1194; vgl. zur Begründungspflicht: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1383/2011 vom 23. Mai 2011 E. 4.1).

E. 4.1

Die Vergabestelle hat mit der Publikation der Ausschreibung vom 5. April 2012 das Vergabeverfahren zu "Los-Nr. LOG 4 Logistik@V; Integration LW/AApot" abgebrochen, auf die "Armeeapotheke" verzichtet und den Teil betreffend die Luftwaffe neu in geänderter Form ausgeschrieben. (Ein Teilverzicht, wie er beim Projektteil bezüglich Armeeapotheke beabsichtigt ist, stellt ebenfalls eine Projektänderung dar [vgl. Beyeler, Geltungsanspruch, Rz. 2762]). Zwar kann - wie oben dargelegt - eine Vergabestelle ein Projekt in einem beschränkten Rahmen ändern oder präzisieren, ohne dass sie das Verfahren abbricht. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle das laufende Verfahren jedoch aufgrund einer von ihr als wesentlich beurteilten Projektänderung unterbrochen und es neu eingeleitet, wobei neue potentielle Anbieter die Möglichkeit haben, ein Angebot einzureichen und den Zuschlag zu erhalten. Es handelt sich somit, auch wenn die diesbezüglichen Ausführungen der Vergabestelle nicht immer sehr klar sind, um einen Abbruch des genannten Vergabeverfahrens.

E. 4.2

Der implizite Abbruch wird in Ziff. 4.5 (sonstige Angaben) der Ausschreibung vom 5. April 2012 wie folgt verfügt: "Bei dieser Ausschreibung handelt es sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30, Abs. 2 VöB." Es ist zu prüfen, ob damit die Anforderungen an eine Abbruchverfügung erfüllt sind.

E. 4.2.1

In der Ausschreibung vom 5. April 2012 wird darauf verwiesen, dass es sich "um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30, Abs. 2 VöB" (Ziff. 4.5) handle. Im Beschwerdeverfahren stützt sich die Vergabestelle jedoch auf Art. 30 Abs. 3 VöB, und beruft sich auf einen Tippfehler in der Ausschreibung (Eingabe vom 21. Mai 2012, Rz. 44). Art. 30 Abs. 2 VöB betrifft den Abbruch und die Wiederholung des gleichen Verfahrens, wenn keine (zulässigen) Angebote eingegangen sind (Bst. a) oder aufgrund besonderer Umstände günstigere Angebote zu erwarten sind (Bst. b). Im Beschwerdeverfahren nennt die Vergabestelle nun als Grund für den Abbruch Art. 30 Abs. 3 VöB und geht somit von einer Neuausschreibung infolge einer wesentlichen Projektänderung aus. Da die Ausschreibung nur den Hinweis auf die falsche Bestimmung, aber keine weiteren Ausführung enthält, ist nicht ersichtlich, dass es sich in Ziff. 4.5 der Publikation vom 5. April 2012 um einen Tippfehler handelt. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass allein aufgrund der Angaben in der Publikation auf eine (teilweise) Neuausschreibung infolge einer Projektänderung geschlossen werden kann.

E. 4.2.2

Nebst dem fehlerhaften Hinweis auf Art. 30 Abs. 2 VöB enthält die Publikation keine Begründung. Es fehlt insbesondere die Information, dass es sich bei der "Neuauflage des Vergabeverfahrens" um einen impliziten Abbruch und eine (teilweise) Neuausschreibung

des Projekts BLSV Logistik@V Los LOG 4 handelt. Die vom Abbruch direkt Betroffenen können einzig aus dem Vergleich der Ausschreibungen bzw. aus den Ausschreibungsunterlagen auf einen (teilweisen) Abbruch des Projekts BLSV Logistik@V Los LOG 4 schliessen. Dass es sich um einen Abbruch des gesamten Verfahrens handelt, konnte die Beschwerdeführerin erst den angeforderten zusätzlichen Informationen der Vergabestelle entnehmen.

E. 4.2.3

Auch eine Begründung, weshalb der Abbruch des vorherigen Vergabeverfahrens erfolgt, fehlt in der Publikation vom 5. April 2012. Die Adressaten konnten somit nicht erkennen, ob hinreichende sachliche Gründe für den Abbruch vorlagen.

E. 4.2.4

Die Vergabestelle beruft sich darauf, dass es bei einer Neuauflage nach Art. 30 Abs. 3 VöB auf simap.ch aus technischen Gründen nicht möglich sei, die Neuauflage eines Verfahrens anders zu publizieren. Da es sich nicht um einen definitiven Abbruch handle, habe nicht die Eingabemaske "Abbruch" verwendet werden können (Stellungnahme vom 21. Mai 2012, Rz. 43). Es mag zutreffen, dass bei der von der Vergabestelle gewählten Art der Publikation die inhaltlichen Möglichkeiten beschränkt sind. Dies ist jedoch kein Grund, auf eine Begründung zu verzichten. Es kann offen bleiben, ob eine gleichzeitige Publikation von (provisorischem) Abbruch und Neuausschreibung in sehr dringenden Fällen unumgänglich ist. Aber sogar in diesem Fall besteht die Möglichkeit, alle notwendigen Informationen zu publizieren, und zwar mittels zweier Verfügungen, nämlich Abbruch und Neuausschreibung. Der Einwand der Vergabestelle, dass hier die Gefahr widersprüchlicher Informationen bestehe, vermag nicht zu überzeugen. Es wäre Aufgabe der Vergabestelle, die Publikationen in korrekter Weise vorzunehmen.

E. 4.3

Somit ist festzustellen, dass in der Publikation vom 5. April 2012 bezüglich des Abbruchs des vorherigen Vergabeverfahrens die Begründung fehlt. Zudem enthält sie einzig einen Verweis auf eine irreführende Verordnungsbestimmung (Art. 30 Abs. 2 anstatt Abs. 3 VöB). Auch die Information, welches Vergabeverfahren abgebrochen wird, ist aus der Publikation nicht direkt ersichtlich, sondern kann nur aus dem Vergleich mit dem vorgängigen Vergabeverfahren und aus den Ausschreibungsunterlagen geschlossen werden, und dies auch nur bezüglich eines Teils des vorherigen Verfahrens. Die Frage, ob die nachträglichen Informationen im Schreiben der Vergabestelle vom 18. April 2012 als Begründung genügend wären, kann hier offen gelassen werden. Wie oben dargelegt, bietet das Abbruchverfahren - anders als beim Zuschlag - nicht die Möglichkeit, eine Begründung oder sogar Präzisierung nachzureichen.

E. 4.4

Damit liegt eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Rechtsprechung eine Heilung auch in diesem Fall nicht in jedem Fall ausschliesst, müsste zumindest die Dringlichkeit gegeben sein. Zu berücksichtigen ist hier, dass nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 fast ein Jahr verstrichen ist bis zur Neuausschreibung eines Teils des Projekts am 5. April 2012 und die Vergabestelle auch im vorliegenden Verfahren mehrmals Fristverlängerungen beantragt hat. Damit hat sie die aktuelle Situation und die von ihr im Beschwerdeverfahren geltend gemachte Dringlichkeit in einem gewissen Umfang selbst zu

verantworten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C.338/2010 E.3.2). Ein Grund für eine ausnahmsweise Heilung der schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit nicht gegeben.

E. 4.5

Der Abbruch des Verfahrens BLSV, Logistik@V Los LOG 4 wurde vorliegend einzig mittels Publikation verfügt. Wie oben dargelegt (vgl. Erw. 3.3.1) schreibt das BÖB die Publikation des Abbruchs nicht vor, lässt sie aber zu, dies insbesondere wenn die möglichen Verfügungsadressaten unbekannt sind und die Publikation die einzige Möglichkeit darstellt, den Abbruch zu verfügen. Im vorliegenden Fall waren nach der Rückweisung der Sache an die Vergabestelle gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 noch zwei Anbieterinnen am Vergabeverfahren beteiligt. Unter diesen speziellen Umständen hätten sie ausgehend vom verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) mittels individueller Verfügung über einen Verfahrensabbruch informiert werden müssen.

E. 4.6

Der Vollständigkeit halber ist hier festzuhalten, dass ein Aufhebungsentscheid den Betroffenen möglichst rasch bzw. innert angemessener Frist bekannt gegeben werden sollte (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 355, mit Verweis auf das Verbot der Rechtsverzögerung nach Art. 29 Abs. 1 BV und den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 9 BV).

E. 5.1

Daher ist die mit Publikation vom 5. April 2012 unter dem Projekttitel "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" (Projekt-ID 83691) erfolgte Neuausschreibung aufzuheben. Die Vorinstanz hat das Verfahren "Los-Nr. LOG 4 Logistik@V; Integration LW/AApot" entsprechend dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 weiterzuführen. Wie bei jedem Vergabeverfahren ist ein ordnungsgemässer Abbruch nicht ausgeschlossen.

E. 5.2

In Aufhebung der Verfügung vom 4. Mai 2012 ist die Vergabestelle zu ermächtigen, soweit noch nicht erfolgt, die Teilnahmeanträge zu öffnen, um die Teilnehmer entsprechend zu informieren.

E. 6

Es erübrigt sich, auf die weiteren Vorbringen und die Beweisanträge der Parteien einzugehen.

E. 7

Mit dem Urteil in der Hauptsache erübrigt es sich, über das im Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

E. 8.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 8.2

Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da die Beschwerdeführerin

keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen und auf Fr.10'000.- (inkl. MWSt) festzusetzen (Art. 8 und 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

E. 8.3

Fehlt wie vorliegend eine unterliegende Gegenpartei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

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