

# **BVGer B-2957/2017 vom 23. Juni 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2957\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2957_2017)

FR: TAF B-2957/2017 du 23 juin 2017

IT: TAF B-2957/2017 del 23 giugno 2017

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [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). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

### **E. 1.2**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung; über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen ist einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 1.2; B-2386/2014 vom 25. Juni 2014 S. 8; B-7133/2014 vom 13. Februar 2015 S. 3; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Fn. 3099). Die Dreierbesetzung wird dem Grundgedanken der erhöhten Legitimationsbasis besser gerecht, da der Entscheid über die aufschiebende Wirkung bei Anfechtung eines Zuschlags herausragende Bedeutung hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2). Im Gegensatz dazu ist die Anfechtung einer Wiedererwägung von geringerer Bedeutung, da der Rechtsschutz durch den seitens der Vergabestelle angekündigten neuen Zuschlag jedenfalls gewährleistet ist, weshalb nach dem zuvor Gesagten einzelrichterlich über die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin zu befinden ist.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Wiedererwägung - da neu wieder alle Anbieterinnen, welche die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, am Verfahren teilnehmen können und somit die Chancen für die Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erhalten tendenziell gesunken sind - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b

VwVG).

#### **E. 1.4**

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind unter der Voraussetzung, angenommen dass ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 1.5**

Die Vergabestelle bestreitet das Vorliegen eines Anfechtungsobjektes gemäss Art. 29 BöB und beantragt in der Hauptsache Nichteintreten auf die Beschwerde. Für den vorliegenden Zwischenentscheid bedeutet das mutatis mutandis, dass die Vergabestelle die Erteilung der aufschiebenden Wirkung namentlich mit dieser Begründung ablehnt. Ob ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, ist im Folgenden (E. 4 hiernach) näher zu prüfen.

#### **E. 2.1**

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

#### **E. 2.2**

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

#### **E. 2.3**

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 GPA. Bei der Gesamtanierung der Mannschaftskaserne im Allgemeinen, aber auch betreffend die Lüftungsanlagen gemäss BKP 244 ist - wie in der Ausschreibung festgehalten - von einem Bauauftrag auszugehen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 1.8 sowie Angaben zur Beschaffungs-Nr. 5). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den sachlichen Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

#### **E. 2.4**

Wie bereits mit Zwischenentscheid B-1249/2017 vom 30. März 2017 (E. 2.3) erörtert wurde der Zuschlag zum Preis von 2'002'581 Franken vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Millionen Franken. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB). Die Verfahrensbeteiligten gehen stillschweigend gemeinsam davon aus, dass vorliegend die in Frage stehende Sanierung der

Mannschaftskaserne als Bauwerk anzusehen ist und den massgeblichen Schwellenwert spielend erreicht. Da der Wert des Auftrags betreffend die Lüftungsanlagen ausserdem zwei Millionen Franken erreicht, ist auch die Anrufung der sogenannten Bagatellklausel (Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]) ausgeschlossen.

### **E. 2.5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegend zu beurteilende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB, namentlich betreffend die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. e BöB, sind nicht gegeben.

### **E. 3.1**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

### **E. 3.2**

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

### **E. 3.3**

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der

Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m. H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie").

#### **E. 4**

Die Vergabestelle beantragt in der Hauptsache, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, weil ein gültiges Anfechtungsobjekt fehle. Damit wäre nach dem zuvor Gesagten die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu erteilen, weil auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden könnte.

##### **E. 4.1**

Zunächst ist der Vergabestelle dahingehend zuzustimmen, dass die Wiedererwägung in Art. 29 BöB nicht als anfechtbare Verfügung bezeichnet wird. Indessen gilt der Widerruf des Zuschlags im Sinne von Art. 11 BöB, der nicht mit dem Widerruf in der Terminologie des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts verwechselt werden darf, nach herrschender Ansicht als Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 29 BöB, obwohl er dort nicht explizit genannt wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1377). Zumindest insoweit ist die Aufzählung der Anfechtungsobjekte gemäss Art. 29 BöB wohl nicht abschliessend zu verstehen. Demgegenüber sollen diese de lege ferenda gemäss Art. 53 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs vom 15. Februar 2017 abschliessend aufgezählt werden (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>, zuletzt besucht am 22. Juni 2017). Dabei wird der Widerruf des Zuschlags neu ausdrücklich als anfechtbare Verfügung bezeichnet (Art. 53 Abs. 1 Bst. f des Entwurfs).

##### **E. 4.2**

Die Vergabestelle geht davon aus, dass erst der neue Zuschlag nach erfolgter Neuevaluation ein Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 29 BöB sein wird. In ihrem Schreiben vom 11. Mai 2017 betreffend Wiedererwägung "aus formellen Überlegungen" sei entweder ein Realakt oder eine nicht selbständig zu eröffnende und mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch nicht anfechtbare Zwischenverfügung zu sehen

(Stellungnahme vom 30. Mai 2017, S. 2). Daran ist jedenfalls richtig, dass der Entscheid, den Zuschlag in Wiedererwägung zu ziehen, und das Ergebnis der Neuevaluation im Sinne einer Neuerteilung des Zuschlags als zwei verschiedene Schritte voneinander zu unterscheiden sind (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2731; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1376). Die Ausführungen von Beyeler, wonach für den Fall, dass der Zuschlag auch nach Neuevaluation "immer noch nicht" an die Beschwerdeführerin gehen soll, der neue Zuschlag zum Beschwerdegegenstand wird, ist wohl eher so zu verstehen, dass der neue Zuschlag den Anbietern den Rechtsschutz öffnen soll als bereits die Rücknahme des ursprünglichen Zuschlags. Darauf deutet auch die Äusserung hin, dass die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin "keine Mitsprache" hat in Bezug auf die Rücknahme; ihre Position werde vielmehr dadurch geschützt, dass sie den erneuten Zuschlag anfechten kann, falls dieser nicht mehr ihr erteilt wird (Beyeler, a.a.O., Rz. 2733). Ob vorliegend ein Anfechtungsobjekt gegeben ist kann indessen angesichts der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, dass die Ausschreibungsunterlagen mangels Anfechtung durch eine der Anbieterinnen in Rechtskraft erwachsen seien (Beschwerdeschrift S. 5). Damit verkennt sie indessen die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nicht Bestandteil der Ausschreibung sind und als in Art. 29 BöB nicht genanntes Anfechtungsobjekt regelmässig mit dem Zuschlag angefochten werden können (vgl. BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Dies im Unterschied zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum (inter)kantonalen Vergaberecht, wonach Festlegungen, die in den Ausschreibungsunterlagen enthalten waren, in Anfechtung des Zuschlags nicht mehr beanstandet werden können (Urteil 2C\_653/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 in fine).

### **E. 5.2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt vor allem, dass die Vergabestelle infolge des Devolutiveffekts die angefochtene Verfügung vom 6. Februar bzw. vom 8. Februar 2017 nicht habe in Wiedererwägung ziehen können. Es handle sich dabei um einen Antrag an die Beschwerdeinstanz zur reformatio in peius (vgl. Beschwerdeschrift S. 4) bzw. die Wiedererwägung selbst komme einer reformatio in peius gleich (vgl. Stellungnahme zum Nichteintretensantrag S. 3 f.), da die Beschwerdeführerin in ihrer ursprünglichen Beschwerde keine Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen verlangt habe.

### **E. 5.2.2**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist indes allgemein anerkannt, dass in der Wiedererwägung eine Durchbrechung des Devolutiveffekts zu sehen ist (vgl. nur Andrea Pfleiderer, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, N 4 zu Art. 58, und August Mächler, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 2 zu Art. 58). Die Wiedererwägung pendente lite ist schliesslich in Art. 58 VwVG ausdrücklich vorgesehen. Vor diesem Hintergrund erweist sich auch die Argumentation der Beschwerdeführerin, es handle sich bei der Wiedererwägung um einen Antrag an die Beschwerdeinstanz zur reformatio in peius jedenfalls im Grundsatz als nicht stichhaltig. Die Vergabestelle tut nämlich im Wesentlichen nichts Anderes als dass sie einer (von ihr angesichts des

Zwischenentscheid B-1249/2017 vom 30. März 2017 mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarteten) Rückweisung des Verfahrens durch das Gericht zuvorkommt, was dem Sinn der Wiedererwägung entspricht. Die Begehren der Beschwerdeführerin im genannten Verfahren lauten denn auch in erster Linie auf Aufhebung des Zuschlags (und damit des impliziten Ausschlusses der Beschwerdeführerin) und Miteinbezug der Beschwerdeführerin in die Evaluation, allenfalls im Wege der Rückweisung. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht nur dann von einer Rückweisung absieht, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erscheint. Dies ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall, da die Offerte der Beschwerdeführerin von der Vergabestelle nicht evaluiert worden ist (vgl. zum Ganzen Art. 32 Abs. 1 BöB und das Urteil des BVGer B-362/2014 vom 16. Januar 2015 E. 9 "Suchsystem Bund").

### **E. 5.2.3**

Wenn die Vergabestelle zum Schluss kommt, dass sie aufgrund des Zwischenentscheides B-1249/2017 vom 30. März 2017 gut daran tut, in Bezug auf gewisse technische Vorgaben eine Klärung herbeizuführen, bevor sie zu neuer Offertstellung auffordert, kann ihr daraus prima facie kein Vorwurf gemacht werden. In ihrer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle unter anderem vor, dass sie die technischen Vorgaben auf ein hierfür nicht taugliches Eignungskriterium abgestützt habe, was auch bedeutet, dass es in den Ausschreibungsunterlagen keine hinreichend klaren Vorgaben gibt in Bezug auf die technischen Anforderungen, welche Voraussetzungen wären für einen Ausschluss mangels Erfüllung technischer Spezifikationen. Dasselbe gilt, soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, dass in den Ausschreibungsunterlagen dort, wo ein bestimmtes Fabrikat der Marke "Weger" vorgegeben wird, der Hinweis "oder gleichwertig" fehle (Beschwerde im Verfahren B-1249/2017, S. 8 f.). Aufgrund dieser Rügen wäre das Gericht jedenfalls befugt, im Rahmen der Rückweisung nicht nur eine blosser Neuevaluation, sondern auch die Klärung in Bezug auf gewisse Vorgaben zu verlangen, bevor die Anbieter Gelegenheit zur entsprechenden Anpassung ihrer Offerte erhalten. Im Zwischenentscheid B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 5.3 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Art. 16a VöB hingewiesen. Gemäss dieser Bestimmung beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind. Damit hatte die Vergabestelle hinreichenden Anlass anzunehmen, dass im Rahmen einer allfälligen Rückweisung auch entsprechende Hinweise in Bezug auf die Qualität der Ausschreibungsunterlagen gemacht werden würden. Aufgrund dieser Ausgangslage kann sich die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht auf den Standpunkt stellen, die Vergabestelle dürfe an den Ausschreibungsunterlagen nichts ändern. Ansonsten würde die Beschwerdeführerin im Ergebnis im Widerspruch zu ihren Beanstandungen in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen behaupten, dass auch das Gericht im Urteilsfall in seinen Möglichkeiten auf eine reformatorische Neuevaluation oder die Rückweisung zur blossen Neuevaluation (ohne Vorgaben in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen) beschränkt wäre, was in dieser Situation im Übrigen auch aus materiellrechtlicher Sicht offensichtlich nicht sachgerecht wäre. Damit liegt jedenfalls insoweit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin keine *reformatio in peius* vor (vgl. zur *reformatio in peius* als Schranke der Wiedererwägung etwa Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013,

Rz. 707 mit Hinweisen). Zu beantworten ist allerdings die Frage, welche Anbieter in die Neuevaluation einbezogen werden dürfen. Dies wird im Folgenden zu prüfen sein.

#### **E. 5.2.4**

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass aufgrund des Verfahrens B-1249/2017 aus prozessualen Gründen nur noch die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Frage kommen können (Stellungnahme vom 7. Juni 2017 S. 3 f.). Gebe die Vergabestelle allen Anbietern, die eine Offerte eingereicht haben, oder gar zusätzlich auch den Konkurrentinnen, welche nur die Offertunterlagen bezogen haben, Gelegenheit, aufgrund neuer Vorgaben ein Angebot einzureichen, werde die beschriebene prozessuale Situation, wonach nur zwei Anbieter für den Zuschlag in Frage kommen, im Sinne einer unzulässigen *reformatio in peius* kompromittiert. Der Beschwerdeführerin ist zuzugestehen, dass ihre Auffassung, wonach aus prozessualen Gründen nach einer Rückweisung nur die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin in Frage kommen, der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) und auch der ursprünglichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entspricht (vgl. zum Ganzen Etienne Poltier/Evelyne Clerc, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Droit de la concurrence*, 2. Auflage, Basel 2013, Rz. 114 zu Art. 9 BGBM mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1397 mit Hinweisen). Indessen hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, es sei zutreffend, dass ein Spannungsverhältnis bestehe zwischen der prozessualen Sichtweise und dem Gesetzeszweck der Förderung des Anbieterwettbewerbs und allenfalls auch demjenigen des möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes (Urteil des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2014 E. 4.3 in fine "Abfallentsorgung"). So oder anders ist seit dem amtlich publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 15. September 2014 höchstrichterlich geklärt, dass bei einer Rückweisung neu nicht mehr nur Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin im Spiel sind, sondern alle ursprünglich Anbietenden wieder in die Evaluation einbezogen werden können (BGE 141 II 14 E. 4.7 S. 31 f. "Monte Ceneri"). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rechtsprechung nachvollzogen (vgl. etwa das Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 9 "Suchsystem Bund"). Die Beschwerdeführerin kritisiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit den Worten, sie finde sich wieder "in der Rolle eines Winkelrieds", obwohl sie nie um diese Rolle gebeten habe, obwohl nur sie das Kostenrisiko des Beschwerdeverfahrens trage und obwohl das passive Verhalten der anderen Anbieter als Verzicht auf die Leistungserbringung zu bewerten sei (Beschwerde, S. 9 f.). Dieser Effekt wird indessen von der neuen Rechtsprechung bewusst in Kauf genommen und bietet daher keinen Anlass, die Praxis des Bundesgerichts in Frage zu stellen. Einzig fraglich sein kann vor diesem Hintergrund, ob auch diejenigen Konkurrenten zuzulassen sind, die lediglich die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben. Diesbezüglich genügt es aber, die Vergabestelle zu verpflichten, die entsprechenden Anbieter auf das entsprechende Risiko hinzuweisen für den Fall, dass diese tatsächlich in das Verfahren einbezogen werden sollen.

#### **E. 5.3**

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Wiedererwägung in Verbindung mit der Anpassung der Ausschreibungsunterlagen zumindest einen impliziten oder faktischen Verfahrensabbruch herbeigeführt habe (vgl. Beschwerde S. 4 und 6; Stellungnahme zum Nichteintretensantrag S. 4 f.). Die Aufhebung der ganzen Ausschreibung ohne Not kann im Ergebnis einem unzulässigen Abbruch ohne wichtigen

Grund gleichkommen (vgl. dazu das Urteil des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 3.1 "Abfallentsorgung"). Demzufolge darf die Vergabestelle das Verfahren nach eine Rückweisung nicht leichthin abbrechen, um den Beschwerdeführer auszubootten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1396). Generell wird in der Rechtsprechung zum Verfahrensabbruch festgehalten, dass eine Vergabestelle ein Vergabeverfahren abbrechen darf, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (BGE 134 II 192 E. 2.3 "INSIEME"; Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3 in fine "Datentransport II"). Selbst wenn nun in der vorliegend zu beurteilenden Wiedererwägung ein Anfechtungsobjekt zu sehen wäre, was die Vergabestelle bekanntlich bestreitet (vgl. E. 4 hiervor), und selbst wenn auch die Modifikation von Ausschreibungsunterlagen allenfalls im Ergebnis einem unzulässigen Abbruch gleichkommen könnte, was vorliegend nicht zu entscheiden sein wird, kann der Vergabestelle aufgrund ihres bisherigen Vorgehens jedenfalls keine diskriminierende Absicht unterstellt werden. Nachdem bereits festgestellt worden ist, dass das Bedürfnis einer Klärung in Bezug auf gewisse technische Vorgaben grundsätzlich nachvollziehbar ist (E. 5.2.3), kann jedenfalls in der Tatsache, dass sich die Vergabestelle nicht auf eine blosser Neuevaluation beschränkt, keine Diskriminierung gesehen werden. Auch im Umstand, dass sich klarer formulierte Qualitätsanforderungen (beispielsweise in Bezug auf die Lärmdämmwerte, welchen im Rahmen historischer Bauten mit Holzböden besondere Bedeutung zukommt) gemäss der auch bisher schon bekundeten Absicht der Vergabestelle auf den Anbietermarkt auswirken, als solchem kann prima facie ebenfalls offensichtlich keine Diskriminierung erblickt werden.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle prima facie offensichtlich keine Rechtsverletzung begangen hat, indem sie den Zuschlag vom 6. Februar 2017 in Wiedererwägung gezogen hat und dabei angekündigt hat, die bisherigen Anbieter aufgrund angepasster Ausschreibungsunterlagen neu offerieren zu lassen. Die diesbezüglich erhobenen Rügen erweisen sich prima facie als offensichtlich unbegründet. Einzig in Bezug auf diejenigen Konkurrentinnen, die im ersten Umgang lediglich die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben, stellt sich die Frage, ob diese Gelegenheit erhalten sollen, eine Offerte einzureichen. Diesem Umstand ist im Sinne einer entsprechenden Informationsobliegenheit Rechnung zu tragen (vgl. E. 5.2.4 hiervor). Im Übrigen ist der Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Die mit Verfügung vom 26. Mai 2017 getroffene einstweilige Anordnung, wonach kein neuer Zuschlag erteilt werden kann, fällt demzufolge dahin. Bei diesem Ausgang des Verfahrens kann - wie bereits ausgeführt - offen gelassen werden, ob es sich beim Schreiben der Vergabestelle vom 11. Mai 2017 überhaupt um ein gültiges Anfechtungsobjekt handelt (vgl. E. 4 hiervor).

#### **E. 7**

Mit Blick auf den Umstand, dass es sich als richtig erwiesen hat, das Verfahren B-1249/2017 mit Blick auf das vorliegende Verfahren zu sistieren, und dass es prima facie wahrscheinlich erscheint, dass das Verfahren B-1249/2017 bis zur Neuerteilung des Zuschlags weiterhin sistiert bleibt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Vereinigung der Verfahren der Prozessökonomie dient. Zudem sind auch - wie aus der vorliegenden Verfügung erhellt - durchaus unterschiedliche Fragen zu behandeln (vgl. zum Ganzen etwa das Urteil des BVGer A-7311/2007 vom 27. Mai 2008 E. 6 mit Hinweisen).

Demnach ist der neuerliche Antrag auf Verfahrensvereinigung ebenfalls abzuweisen.

**E. 8**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

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