

# **BVGer B-3531/2018 vom 28. November 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-11-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3531\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3531_2018)

FR: TAF B-3531/2018 du 28 novembre 2018

IT: TAF B-3531/2018 del 28 novembre 2018

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) 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. 1.2**

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB).

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen den Abbruch eines Verfahrens (vgl. Art. 29 lit. a in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

#### **E. 1.3.1**

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). 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. 1.3.2**

Der Beschaffung liegt eine Delegationsvereinbarung nach Art. 12 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 12 Abs. 2 der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes vom 24. Oktober 2012 (Stand 1. Januar 2016, Org-VöB I, SR 172.056.15) über die Durchführung der Beschaffungen zwischen dem Bundesamt für Rüstungen, armasuisse (zentrale Beschaffungsstelle) und der Vergabestelle zugrunde. Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a

BöB).

### **E. 1.3.3**

Gemäss Ziffer 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend die Lieferung einer neuen Funknetzanlage nach Art. 5 Abs. 1 lit. a BöB nachgefragt, also ein Lieferauftrag. Diese sind in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt.

### **E. 1.3.4**

Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.- (Art. 2a Abs. 3 lit. b und Abs. 4 VöB in Verbindung mit Art. 1 lit. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

### **E. 1.3.5**

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

### **E. 1.3.6**

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **E. 2**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen 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-536/2013 vom 5. März 2013; B-2386/2014 vom 25. Juni 2014; B-1680/2016 vom 11. April 2016; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1340 Fn. 3099).

### **E. 3.1**

Das ursprüngliche Angebot vom 7. September 2017 wurde von der Bietergemeinschaft A.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ AG eingereicht. Dem Handelsregister ist zu entnehmen, dass die A.\_\_\_\_\_ AG am 11. Dezember 2017 Statuten, Zweck und Firma (neu: X.\_\_\_\_\_ AG) änderte und im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung einen Teil der Aktiven und Passiven der B.\_\_\_\_\_ AG gemäss Vertrag vom 11. Dezember 2017 übernahm. Sie ist heute eine Tochter der B.\_\_\_\_\_ Holding AG (<\_\_\_\_>, abgerufen am 21. November 2018).

### **E. 3.2**

Bei der ursprünglichen Bietergemeinschaft handelte es sich um eine einfache Gesellschaft nach Massgaben von Art. 530 ff. OR, welche in prozessualer Hinsicht eine notwendige Streitgenossenschaft bildeten (Marantelli/Huber, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.),

Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, 11 zu Art. 6). Das Ausscheiden eines Gesellschafters einer notwendigen Streitgenossenschaft ist im VwVG nicht ausdrücklich geregelt. Ob ein Parteiwechsel zulässig ist, hängt vom jeweils anwendbaren materiellen Recht ab (BVG 2014/110 E. 3.1). Ein Parteiwechsel muss insbesondere dann zulässig sein, wenn Rechte und Pflichten frei übertragbar sind, weil das materielle Recht einen Subjektwechsel nicht ausschliesst.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin führte dazu aus, durch die Fusion mit der Abteilung C.\_\_\_\_\_ der B.\_\_\_\_\_ AG sei sie, die Beschwerdeführerin, unmittelbare Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Bietergemeinschaft geworden. Am Angebot selbst habe sich hinsichtlich Eignungskriterien, technischer Spezifikation, Nachweisen, Deklarationen, Referenzen, Schlüsselpersonen usw. nichts geändert (Beschwerde vom 18. Juni 2018, S. 13).

### **E. 3.4**

Die Übertragung des Vermögens der C.\_\_\_\_\_ erfolgte durch eine partielle Universalsukzession, bei der sämtliche Rechte und Pflichten des teilweise übertragenen Vermögens übergehen (Hans Caspar von der Crone, Das Fusionsgesetz, Schulthessverlag, 2. Auflage 2017, N 886). Der Parteiwechsel zwischen dem erst- und dem beschwerdeinstanzlichen Verfahren scheint zulässig (Marantelli/Huber, a.a.O. N 12 zu Art. 6) und wird von der Vergabestelle auch nicht bestritten.

### **E. 4.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG massgebend, soweit das BöB 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.

### **E. 4.2**

Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung gilt auch für das Vergaberecht (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V. m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1296).

### **E. 4.3**

Die Frage, ob der Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, stellt eine materielle Hauptfrage des Beschwerdeverfahrens dar. Bereits im Rahmen der Beschwerdelegitimation ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin bei der Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4.6, 4.8 und 4.9). Die Beschwerdeführerin verlangte neben der Aufhebung der Abbruchverfügung zusätzlich, es sei mit ihr der zum Abschluss der Evaluation vorgesehene Proof of Concept durchzuführen, um ihr danach den Zuschlag zu erteilen. Damit hat sie eine reelle Chance auf den Zuschlag, ohne dass ihre Anträge den engen Rahmen des Streitgegenstandes sprengen würde (B-1771/2014 vom 21. Oktober 2014 E.1.2.3). Die Beschwerdelegitimation ist zu bejahen.

#### **E. 4.4**

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 5.1**

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, welche 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiv-effekt 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 5.2**

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 (BBI 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 mit Hinweisen; 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 Hinweisen "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen").

#### **E. 6.1**

In der Hauptsache rügt die Beschwerdeführerin, der Abbruch des Verfahrens sei unzulässig, da keine sachlichen Gründe vorliegen würden. Vielmehr sei von einer gezielter Diskriminierung auszugehen. Der Vergabestelle sei es einzig darum gegangen, der Beschwerdeführerin den ihr zustehenden Auftrag vorzuenthalten.

#### **E. 6.2**

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, es bestünden sachliche Gründe für den Abbruch der Ausschreibung zwecks Neuausschreibung. Es stehe ihr zu, den Zuschlag auch während eines Beschwerdeverfahrens in Wiedererwägung zu ziehen beziehungsweise das Verfahren abubrechen (Abbruchverfügung vom 29. Mai 2018, S. 3; Stellungnahme vom 10. Juli 2018, S. 10).

##### **E. 6.2.1**

Zum einen seien nach Art. 30 Abs. 2 lit. b VöB günstigere Angebote zu erwarten, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfallen würden. Die Beschwerdeführerin selbst habe ausgeführt, dass sie bei einer Abgebotsrunde allenfalls auch ein günstigeres Angebot eingereicht hätte. Somit läge das Angebot der Beschwerdeführerin über den entsprechenden Marktpreisen. Es lägen mehrere Indizien für eine Wettbewerbsverzerrung vor. Der Markt für Richtfunkanlagen sei klein. Mit der Übernahme der A.\_\_\_\_\_ AG durch den B.\_\_\_\_\_ -Konzern sei eine neue Marktsituation entstanden. Die Angebote von drei von vier Anbietern hätten nahe beieinander gelegen. Auch sei unklar, wie die Informationen über die Angebotspreise zur Beschwerdeführerin gelangt seien. Eine wirtschaftliche Beschaffung unter Gewährleistung eines freien Wettbewerbs erscheine unter den vorliegenden Voraussetzungen nur durch einen Abbruch des Vergabeverfahrens zwecks Neuausschreibung möglich (Stellungnahme vom 10. Juli 2018, S. 16 f., Stellungnahme vom 17. September 2018, S. 11).

##### **E. 6.2.2**

Zum anderen sei ein Abbruch auch zulässig im Hinblick auf die technische Entwicklung. Der Bereich Richtfunkinfrastruktur befinde sich in einem raschen, technologischen Wandel. Die Ausschreibung sei bekanntlich im Juli 2017 erfolgt. Mit Schreiben vom 23. Mai 2018 habe die Beschwerdeführerin deutlich gemacht, nicht mit einer einvernehmlichen Lösung einverstanden zu sein. Damit zeichne sich eine massive zeitliche Verzögerung ab. Es sei davon auszugehen dass die ausgeschriebene Technologie nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens B-262/2018 kaum mehr auf dem aktuellen Stand sein werde, was ebenfalls für den Abbruch spreche (Stellungnahme 10. Juli 2018, S. 18, Stellungnahme vom 17. September 2018, S. 12).

#### **E. 6.3**

Soweit die Vergabestelle ausführt, es stehe ihr zu, den Zuschlag auch während eines Beschwerdeverfahrens (*lite pendente*) in Wiedererwägung zu ziehen und das Verfahren gegebenenfalls abzubrechen, so ist ihr im Grundsatz beizupflichten. Die Wiedererwägung dient grundsätzlich der möglichst einfachen Durchsetzung des objektiven Rechts und insofern der Prozessökonomie (vgl. zum Ganzen Zwischenverfügung vom 23. Juni 2017, E. 5.2, Andrea Pfleiderer, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 5, 39 zu Art. 58). Jedoch darf dadurch nicht der Anspruch auf gebührenden Rechtsschutz verloren gehen. Im vorliegenden Verfahren ist das Evaluationsverfahren aktenkundig abgeschlossen. Die Beschwerdeführerin verlangt neben der Aufhebung des Abbruchs auch den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und die Zulassung zum Proof of Concept. Eine richterliche Beurteilung der Beschwerde ist bisher nicht erfolgt, auch nicht *prima facie* (vgl. dazu Zwischenverfügung des BVGer vom 23. Juni 2017 E. 5.2.2). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob ein Abbruchgrund gegeben scheint.

#### **E. 6.4**

Der Abbruch ist im BöB nicht geregelt, wird aber in Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) vorausgesetzt und basiert auf Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA (vgl. Hans Rudolf Trüeb, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/ Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 25.119 S. 1051). Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA besagt, dass, sofern die Beschaffungsstelle nicht im öffentlichen Interesse beschlossen hat, keinen Auftrag zu vergeben, sie den Zuschlag dem Anbieter erteilt, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot - gleich, ob es sich um in- oder ausländische Waren und Dienstleistungen handelt - entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das günstigste beurteilt wird. Entsprechend dieser Vorgabe, dass von einem Zuschlag lediglich dann abgesehen werden darf, wenn die Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschlossen hat, keinen Auftrag zu vergeben, regelt Art. 30 VöB die Abbruchgründe und ihre Voraussetzungen (vgl. Urteile des BVGer B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.1 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3). Art. 30 VöB hat den folgenden Wortlaut: "Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens 1 Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht. 2 Die Auftraggeberin kann das Vergabeverfahren abbrechen 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." Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projekts abbrechen und einen allfällig bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (vgl. BGE 134 II 199 E. 2.3). Literatur und Rechtsprechung unterscheiden zwischen einem definitiven und einem provisorischen Abbruch: Definitiv ist ein Abbruch dann, wenn auf das Beschaffungsgeschäft endgültig verzichtet wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 VöB). Es handelt sich um Fälle, in denen der ursprüngliche Beschaffungsbedarf komplett weggefallen ist, weil das damit verbundene unmittelbare Ziel nicht mehr erreicht werden soll oder kann. Beim definitiven Abbruch soll dem abgebrochenen Verfahren kein neues folgen (vgl. STEFAN SUTER, Der Abbruch des

Vergabeverfahrens, 2010, Rz. 207 S. 91). Provisorisch ist der Abbruch, wenn das Verfahren im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen wird (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB; vgl. zum Ganzen: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 792 ff. und Rz. 797 ff. S. 351 ff.; Suter, a.a.O., Rz. 219 S. 98; STEFAN SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Rz. 10 S. 290; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, Rz. 8 S. 785; Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2016 E. 2.3). Der Leistungsbedarf bleibt grundsätzlich bestehen, er soll jedoch erst mittelfristig befriedigt werden (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 219 S. 98). Provisorische Abbrüche machen das Feld für ein neues Verfahren frei, währenddem definitive Abbrüche ein gegenstandsloses Verfahren beseitigen (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 8 S. 785). Anders als beim Verfahrensabbruch im Hinblick auf den endgültigen Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft kann gemäss der Lehre die Vergabebehörde von einem betroffenen Anbieter gezwungen werden, das laufende Verfahren weiterzuführen und es durch Zuschlagserteilung abzuschliessen, sofern sich die Abbruchverfügung als widerrechtlich erweist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 797 S. 352 f.).

### **E. 6.5**

Die Aufhebung einer Ausschreibung ohne Not kann im Ergebnis einem unzulässigen Abbruch ohne wichtigen Grund gleichkommen (vgl. dazu Zwischenverfügung des BVGer B-2957/2017 vom 23. Juni 2017 E. 5.3; Urteil des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 3.1). Das Vorliegen eines sachlichen Grundes für einen Abbruch ist infolge der Missbrauchsgefahr nur zurückhaltend anzunehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es für den betroffenen Anbieter nicht immer leicht ist, die Diskriminierungsabsicht eines Abbruchs nachzuweisen (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Schulthess 2012, S. 1501 Rz. 2737 ff.). Um Letzteres bei entsprechenden Parteibehauptungen zu gewährleisten, hat das Gericht nach Möglichkeit die notwendigen Voraussetzungen durch entsprechende Akteneinsicht und die allfällige Abnahme von Beweisen zu gewähren (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 799 S. 353). Ein Abbruch ist wohl dann als unrechtmässig zu erachten, wenn er insofern als diskriminierend erscheint, als der Beschwerdeführer im Wesentlichen nur wenig ungünstiger geboten hat als der Zuschlagsempfänger und er, der Beschwerdeführer, sich nach wie vor an seine Offerte halten will und die Vergabestelle aber dessen ungeachtet und ohne Vorliegen einer sachlich begründeten Projektänderung einen Abbruch vornimmt. Hier kann der Eindruck entstehen, es gehe der Vergabestelle nicht um die Sache, sondern um den Beschwerdeführer (Martin Beyeler, a.a.O., S. 1537 Rz. 2809).

### **E. 6.6**

Als Abbruchgründe macht die Vergabestelle eine Wettbewerbsverzerrungen und einen raschen technologischen Wandel im Bereich Richtfunk geltend.

#### **E. 6.6.1**

Die von der Vergabestelle als ungewöhnlich beschriebenen Umstände, welche dazu geführt hätten, dass die Beschwerdeführerin zu Informationen über das Debriefing von einer Mitanbieterin gekommen sei (Stellungnahme vom 10. Juli 2018, S. 17), betreffen den Zeitraum nach dem Zuschlag und deuten deshalb nicht auf eine unzulässige Absprache zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe. Auch der Hinweis, dass die Anbieterinnen in der

Vergangenheit oft sehr eng miteinander zusammengearbeitet hätten, weshalb davon auszugehen sei, dass sie über viele Informationen über die Preisgestaltung im Markt verfügten (Stellungnahme vom 10. Juli 2018, S. 17), reicht wohl nicht für die Annahme einer unzulässigen Absprache. Richtig ist, dass das ursprüngliche Angebot durch die Bietergemeinschaft A.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ AG eingereicht wurde und die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich durch eine Vermögensübertragung Teil des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns wurde (vgl. E. 3 hiervoor). Selbst wenn, wie die Vergabestelle dies tut, deshalb von einer neuen Marktsituation ausgegangen würde (Stellungnahme vom 10. Juli 2018, S. 17), ist eine Wettbewerbsverzerrung bisher nicht zu erkennen, zumal die beiden ursprünglich als ARGE gemeinsam offeriert haben.

#### **E. 6.6.2**

Soweit die Vergabestelle das Verfahren abbrechen will, weil der Beschaffungsgegenstand einem raschen technologischen Wandel ausgesetzt sei, ist darauf hinzuweisen, dass die ursprüngliche Ausschreibung am 14. Juli 2017 und der zwischenzeitlich aufgehobene Zuschlag am 13. April 2018 erfolgten. Die Vergabestelle hat mit einer sorgfältigen Disponierung und Planung der Beschaffung dafür zu sorgen, dass auch ein allfälliges Rechtsmittelverfahren nicht zum Abbruch des Verfahrens führt. Im Übrigen sind auch gegen ein neuausgeschriebenes Verfahren erneut Rechtsmittel zulässig.

#### **E. 6.7**

Unter diesen Umständen ist die Rüge der Beschwerdeführerin, das Verfahren sei ohne sachlichen Grund abgebrochen worden, nicht offensichtlich unbegründet.

#### **E. 7**

Der Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist auf den Abbruch des Vergabeverfahrens beschränkt und kann grundsätzlich nicht erweitert werden kann (Oliver Zibung/Elias Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 51 zu Art. 49). Die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin (Ausschluss der Zuschlagsempfängerin, Zulassung zum Proof of Concept, Verletzung des rechtlichen Gehörs), welche auch im sistierten Verfahren B-2623/2018 geltend gemacht sind, sind deshalb nicht im vorliegenden Verfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegen die Abbruchverfügung zu hören.

#### **E. 8**

Als Zwischenergebnis ist davon auszugehen, dass die Beschwerde gegen den Abbruch des Verfahrens aufgrund einer einstweiligen Würdigung nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

#### **E. 9**

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist im Prinzip in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (vgl.

GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328; Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2).

### **E. 9.1**

Die Vergabestelle weist darauf hin, dass die Dringlichkeit für eine Neuausschreibung hoch sei, weil sich die aktuelle Richtfunkinfrastruktur am Ende ihrer Wartungsdauer befinde. Falls der Ersatz nicht neu ausgeschrieben werden könne, bestehe die Gefahr von Ausfällen der Notfallorganisation (Stellungnahme S. 12). Der geplante Abschusstermin für den Umbau der Basisstationen bis Ende 2023 könne nur eingehalten werden, wenn die Beschaffung umgehend neu gestartet werden könne. Falls die Vergabestelle ihre Netzanteile infolge der verzögerten Beschaffung der Richtfunkanlagen und Basisstationen nicht bis 2025 migrieren könne, führe das zu jährlichen Mehrkosten von rund 3.6 Millionen (Stellungnahme, S. 14).

### **E. 9.2**

Für die Beschwerdeführerin sind keine öffentlichen Interessen erkennbar, die der Gewährung der aufschiebenden Wirkung widersprechen würden. Hingegen sei sie auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für ihren Rechtsschutz angewiesen, weil andernfalls die Gefahr bestehe, dass die Vergabestelle präjudizierende Vorkehrungen wie insbesondere eine freihändige Vergabe oder eine Neuausschreibung vornehme (Beschwerde, S. 75).

### **E. 9.3**

Der Umstand, dass gegen den Zuschlag bzw. den darauf folgenden Abbruch ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Auftraggeberin bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1238, m.H.).

### **E. 9.4**

Der Vergabestelle gelang es hinsichtlich der zeitlichen Dringlichkeit nicht, ausreichend darzutun, warum die grosszügig bemessenen Projektfristen nur mit einem sofortigen Abbruch zwecks Neuausschreibung zu wahren sein sollen, zumal keineswegs feststeht, dass damit in kürzerer Zeit ein definitiver Zuschlag erreicht werden kann. Das öffentliche Interesse an einem Abbruch zwecks Neuausschreibung ist somit weniger hoch zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin, ihre mögliche Chance auf die Zulassung zum Proof of Concept durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu wahren.

### **E. 10**

Im Ergebnis ist daher der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen.

### **E. 11**

Die Beschwerdeführerin verlangt umfassende Akteneinsicht. Da mit dem vorliegenden Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entsprochen wird, stellt sich die Frage des Ergreifens eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht. Über den Antrag der Beschwerdeführerin auf eine weitergehende Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

**E. 12**

Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens haben mit separater Verfügung zu erfolgen. Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid 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.