



## Urteil vom 6. September 2012

---

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),  
Richter Bernard Maitre, Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Galli, Advokaturbüro,  
Fraumünsterstrasse 17, 8001 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Departement für Verteidigung,  
Bevölkerungsschutz und Sport VBS**, armasuisse,  
Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern,  
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb,  
lic. iur. Julia Bhend, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236,  
8034 Zürich,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Beschaffungswesen - BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen,  
Integration Luftwaffe.

## Sachverhalt:

### A.

Mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 117 vom 22. Juni 2009 schrieb das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS, armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle) unter dem Projekttitel: "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen" "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" einen Dienstleistungsauftrag im selektiven Verfahren öffentlich aus.

Der detaillierte Aufgabenbeschrieb (Ziff. 2.5) lautete wie folgt:

"Das Programm "Betriebswirtschaftliche und logistische Systeme Verteidigung" (BLSV) umfasst verschiedene Projekte im Departementsbereich V, die aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeiten zusammengefasst und unter eine Programmaufsicht gestellt wurden. Diese Projekte umfassen komplexe, eng miteinander verwobene Aufgaben wie die Neukonzeption der Armeelogistik (Log XXI) die Einführung einer Kosten-Leistungsrechnung (KLR) zur Sicherstellung der betriebswirtschaftlichen Führung, die Harmonisierung der Mengen- und Werteflüsse im VBS sowie die Reduktion der komplexen SAP-Landschaft. Das Programm ist insbesondere für die übergeordnete, fachliche und organisatorische Koordination und Steuerung der Projekte verantwortlich. Die Umsetzung dieser Projekte erfordert einen enormen Einsatz von personellen Ressourcen und Know-how und kann daher nicht allein mit internen Mitarbeitenden abgewickelt werden. Aus diesem Grund sollen unterstützende Arbeiten ab 2010 an externe Partner vergeben werden. Im Rahmen der vorliegenden Submission werden Dienstleistungen für die Projekte ERP VBS, LOGISTIK@V und SAP V sowie für das Programm Management (PM) beschafft".

Das Projekt wurde in Lose unterteilt. Das Los-Nr. LOG 4 beinhaltete folgenden Gegenstand:

"LOGISTIK@V; Integration LW/AAPot, CPV: 72220000 Systemberatung und technische Beratung" mit der Zeitdauer 2010 bis 2015". (LW ist die Abkürzung für Luftwaffe, AAPot für Armeeapotheke)

Der entsprechende Zuschlag war Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht. Mit – inzwischen rechtskräftigem – Urteil vom 20. April 2011 (B-7571/2009) hiess das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 10. November 2009 gut, hob den Zuschlag auf und wies die Sache zur Neuerteilung des Zuschlags im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück.

**B.**

Mit Publikation unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) vom 5. April 2012 schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" (Projekt-ID 83691; Meldungsnummer 729671, Gemeinschaftsvokabular CPV 72220000 Systemberatung und technische Beratung) einen Dienstleistungsauftrag im selektiven Verfahren öffentlich aus.

Der detaillierte Aufgabenbeschrieb (Ziff.2.5) lautete wie folgt:

"Das Projekt „Integration SAP System der Luftwaffe“ hat zum Ziel, die SAP-Prozesse insbesondere der Logistik (vom Lieferanten bis zur Truppe in mehreren Phasen) sowie dort wo nötig die des Rechnungswesens und Personals vom SAP System der Luftwaffe (PSL) in das SAP System der Armee (PSN/DFPS) informatik- und prozessualbasiert zu überführen, um damit die relevanten Daten in der Schweizer Armee jederzeit aktuell und zuverlässig auf einem SAP System verfügbar zu halten. Dank effizienterer Leistungserbringung sollen zudem die Kosten der Leistungserstellung gesenkt werden.

Initialisierung und Voranalyse

Die Voranalyse hat die Zielsetzung, die optimale Integrationslösung für das SAP System der Luftwaffe (PSL) in das SAP System der Armee (PSN/DPFS) unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben zu erarbeiten. Die Voranalyse wird mit der Entscheidung des Auftraggebers zur weiteren Vorgehensweise abgeschlossen.

•Konzept zur Integration des SAP Systems Luftwaffe (PSL) in PSN/DFPS  
In der Konzeptphase ist in einem ersten Schritt zu erarbeiten, welche Funktionen und SAP Organisationsstrukturen im zentralen System PSN/DFPS zusätzlich implementiert werden müssen, um die Altverfahren LW ablösen zu können. Im zweiten Schritt der Konzeptphase sind Lösungen (Customizing, Output, Zusatzentwicklungen etc.) zur Schliessung der identifizierten Gap's zu erarbeiten. Zusätzlich sind die spezifischen SAP Projektthemen wie Reporting, Berechtigungen, Datenmigration, Ausbildung etc., die sich aus der Integration des SAP Systems LW ergeben, zu bearbeiten. Zu beachten ist, dass die Wertflussintegration in enger Abstimmung mit dem für die KLR zuständigen Projekt ERP-VBS zu bearbeiten ist. Sämtliche Aspekte der Logistik, der Finanzen und des Personals auf dem System PSN/DFPS sind bei der Integration des SAP Systems der LW zu berücksichtigen. Mit der Qualitätssicherung und der Abnahme der Konzepte wird diese Projektphase abgeschlossen.

•Realisierung

In der Phase Realisierung sind die konzipierten Lösungen umzusetzen. Dies umfasst sowohl das Customizing als auch die Entwicklung von Schnittstellen und die Entwicklung von spezifischen Zusatzprogrammen für die Luftwaffe.

•Einführung

Der sukzessive, in Abstimmung mit dem Betrieb, erstellte Cut Over Plan wird überprüft und final ausgeprägt. Der Cut Over Plan ist die Checkliste für alle Umstellaktivitäten und für die Produktivsetzung der neuen Lösung. Die Phase Einführung wird mit der produktiven Übernahme der Daten, der operativen

Nutzung der neuen Anwendung im Tagesgeschäft abgeschlossen.  
 •Abschluss und anschliessende Realisierung von Change Requests zur Systemoptimierung

Die Abschlussarbeiten und die Systemweiterentwicklung enthalten insbesondere Realisierung von Change Requests zur Systemoptimierung sowie Weiterentwicklung des internen Kontrollsystems (IKS) zur Sicherstellung der Datenqualität. Effiziente Umsetzung von freigegebenen Change Requests, insbesondere in den Bereichen Instandhaltung, Nachschub/Rückschub, Lagermanagement, organisatorische Flexibilität und logistische Planung ist ebenfalls Teil dieser Phase. Dabei ist sicherzustellen, dass nur Change Requests umgesetzt werden, die den Maximen des neuen Prozessmodells der Logistik / VBS entsprechen und sich am SAP Standard orientieren. Die beschriebene Tätigkeit ist als Übergang bis zur vollständigen Übernahme der technischen Systembetreuung durch die FUB zu verstehen."

Unter den "sonstigen Angaben" (Ziff. 4.5) findet sich unter anderem der Vermerk:

"Bei dieser Ausschreibung handelt es sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30, Abs. 2 VöB."

Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge war der 1. Mai 2012 16.00 Uhr (Ziff.1.4).

## **C.**

**C.a** Mit Eingabe vom 3. Mai 2012 erhob die A.\_\_\_\_\_ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) eine Beschwerde gegen diese Ausschreibung mit den folgenden Anträgen:

- 1) Es sei der vorliegenden Beschwerde zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
- 2) Es sei der Beschwerdeführerin die volle Akteneinsicht zu gewähren. Nach Eingang der Vernehmlassung der Vergabestelle zum Antrag auf aufschiebende Wirkung und gewährter Akteneinsicht sei der Beschwerdeführerin – noch vor dem Eingehen des Entscheids über die definitive aufschiebende Wirkung – Gelegenheit zu geben, zur erwähnten Vernehmlassung und den Akten Stellung zu nehmen. Es sei ferner in der Sache ein zweiter Schriftwechsel anzuordnen.
- 3) Es sei die Ausschreibung Projekt ID 83691 "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" aufzuheben und das Submissionsverfahren "Beschaffung von Dienstleistungen: BLSV, Logistik@V; Los LOG 4" im Sinne und in Vollziehung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 (Geschäft 7571/2009) fortzusetzen.
- 4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

**C.b** Die Beschwerdeführerin reichte unter anderem ein Schreiben der Vergabestelle vom 18. April 2012 ein, in der diese, auf Anfrage der Beschwerdeführerin hin, bezüglich der Ausschreibung folgendes feststellte:

"Es trifft zu, dass die ... Ausschreibung einen Zusammenhang zum seinerseits ausgeschriebenen Projekt BLSV, Logistik@V Los LOG 4 hat. .... Der mit dem Projekt zu bearbeitende Gegenstand hat sich zwischenzeitlich wesentlich geändert. Einerseits fiel die Anbindung der Armeeapotheke weg, andererseits konnte der Beschaffungsgegenstand die Luftwaffe betreffend dahingehend geschärft werden, dass dieser nicht mehr funktional sondern im Rahmen von konkreten, benötigten Profilen beschreibbar gemacht werden konnte. Diesen Umständen sowie dem Urteil des Verwaltungsgerichtes wurde ... Rechnung getragen. 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 seinerseits mit Beschwerde belasteten Ausschreibung handelt.

Mit der Publikation der Neuauflage und dem entsprechenden Hinweis wird die seinerzeitige Ausschreibung implizit abgebrochen. ...."

Die Vergabestelle bestätigt in dem Schreiben zudem, dass die Beschwerdeführerin nicht direkt mit einer Abbruchverfügung bedient worden sei.

**C.c** Zur Begründung der Beschwerde verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass sie nach der Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20. April 2011 keine Informationen von der Vergabebehörde erhalten habe. Erst mit der am 5. April 2012 erfolgten Publikation auf [simap.ch](http://simap.ch) habe sie zur Kenntnis genommen, dass offenbar der Beschaffungsteil "Luftwaffe" des ehemaligen Projekts erneut ausgeschrieben worden sei. Andere Angaben als den Hinweis auf Art. 30 Abs. 2 VöB und die Erwähnung der Neuausschreibung im Pflichtenheft unter Ziff.1.1 seien den Unterlagen nicht zu entnehmen. Insbesondere habe zu keinem Zeitpunkt ein Abbruch des bisherigen Verfahrens stattgefunden. Mit Antwortschreiben vom 18. April 2012, auf eine entsprechende Anfrage hin, habe die Vergabestelle bestätigt, dass sie keine Abbruchverfügung erlassen, jedoch eine Projektänderung vorgenommen habe und das bisherige Verfahren implizit abgebrochen worden sei. Ein neues Vergabeverfahren über den gleichen Vergabegegenstand dürfe aber nur dann eingeleitet werden, wenn das frühere Verfahren nicht mehr hängig, sondern rechtskonform durch den erteilten Zuschlag oder rechtmässigen Abbruch erledigt worden sei. Ein Abbruchentscheid sei in die Form einer Verfügung nach Art. 5 VwVG zu kleiden, rechtskonform zu eröffnen und es sei deren Eintritt in Rechtskraft abzuwarten. Nach Art. 29 Bst. a BöB würden Zu-

schlag und Abbruch des Vergabeverfahrens als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten. Fest stehe also, dass der Abbruch durch eine selbständig anfechtbare Verfügung zu erfolgen habe. Die (Abbruch-)Verfügung sei sodann rechtskonform zu eröffnen. Abbruchverfügungen würden in der Praxis gemäss Art. 8 VöB regelmässig auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publiziert, auch durch die hier betroffene Vergabestelle. Zudem müsse der Abbruch dem betroffenen Anbieter durch eine Individualverfügung nach Art. 23 Abs. 1 BöB eröffnet werden. Es fehle im vorliegenden Fall auch die Begründung. Der Abbruchentscheid hätte eine Begründungsdichte aufweisen müssen, die es dem betroffenen Anbieter in Kenntnis der wesentlichen Tatsachen erlaubt hätte, zu beurteilen, ob der Abbruch sachlich notwendig sei, und über eine etwaige Anfechtung zu entscheiden. Es existierten im Schweizer Recht keine "impliziten" Verfügungen. Die Hinweise auf Art. 30 Abs. 2 VöB in der Ausschreibung wie auch auf die Folgen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 in den Ausschreibungsunterlagen könnten nicht als Begründung betrachtet werden. Die beiden Hinweise müssten sogar als vorsätzliche Irreführung bezeichnet werden. Unter diesen Umständen sei kein Abbruch verfügt worden und das Projekt hätte nicht neu ausgeschrieben werden dürfen. Die rechtswidrige Neuausschreibung sei deshalb aufzuheben. Die Ausführungen im Brief der Vergabestelle vom 18. April 2012 seien zudem, auch wenn sie in einer sonst rechtsgenügenden Verfügung enthalten wären, ungenügend. Überdies könnten nur "wesentliche" Projektänderungen zu einem Verfahrensabbruch führen, was hier nicht zutrefte. Im Zusammenhang mit der Frage der aufschiebenden Wirkung wird darauf verwiesen, dass offenbar keine Dringlichkeit vorliege, da die Vergabestelle nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 fast ein Jahr habe verstreichen lassen bevor sie in dieser Angelegenheit wieder tätig geworden sei.

#### **D.**

Am 4. Mai 2012 verfügte das Bundesverwaltungsgericht, bis zum Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätten alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich die Öffnung der Teilnahmeanträge, soweit sie nicht bereits erfolgt sei, zu unterbleiben. Gleichzeitig setzte es der Vergabestelle Frist zur Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin und zur Einreichung der Akten.

**E.**

**E.a** Die Vergabestelle reichte am 21. Mai 2012 die Akten, mit Hinweis auf ein von der Einsichtnahme auszunehmendes Dokument, ein.

**E.b** Der Beschwerdeführerin wurde am 24. Mai 2012 Einsicht in die Akten, soweit daran kein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wurde, gewährt.

Die Beschwerdeführerin verlangte keine weitergehende Akteneinsicht.

**F.**

Mit einer separaten Eingabe vom 21. Mai 2012 beantragt die Vergabestelle die Abweisung des Antrags auf aufschiebende Wirkung. Die Beschwerde sei aussichtslos. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 sei das Projekt einer umfassenden Analyse unterzogen worden, was aufgrund der Projektverzögerung infolge des Beschwerdeverfahrens unumgänglich gewesen sei. Auf den Teil betreffend die SAP-Integration der Armeepothekes werde verzichtet und bei der SAP-Anbindung der Luftwaffe seien die Anforderungen besser bekannt geworden. Da das Projekt wesentlich geändert worden sei, habe es neu ausgeschrieben werden müssen. Es hätten Gespräche zwischen Vertretern der Vergabestelle, insb. Dr. X.\_\_\_\_\_, damals V.\_\_\_\_\_, und der Beschwerdeführerin im Mai 2011 und im Herbst 2011 stattgefunden, bei denen auf die Neuauflage des Verfahrens verwiesen worden sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil vom 20. April 2011 ausdrücklich festgehalten, die Wahl des weiteren Vorgehens stehe der Vergabestelle zu. Es sei zulässig, dass in einem solchen Fall auch neue Tatsachen berücksichtigt würden. Falls diese erheblich seien, könne ein Abbruch bzw. eine Neuausschreibung notwendig sein. Abgesehen vom klaren Wortlaut von Art. 30 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 VöB sei eine separate Abbruchverfügung bei einer Neuauflage nicht nötig. Der Beschwerdeführerin sei vorliegend kein Nachteil erwachsen. Das Schreiben vom 18. April 2012 enthalte zudem eine hinreichende Begründung für die Neuauflage der Ausschreibung. Es liege keine Verletzung der Begründungspflicht vor. Darüber hinaus sei der Inhalt der Präqualifikationsunterlagen durch deren Publikation als bekannt vorauszusetzen. Die Abweichungen zu den ursprünglichen Unterlagen seien für jeden Interessierten nachvollziehbar. Bei einer Publikation nach Art. 30 Abs. 3 VöB auf [simap.ch](http://simap.ch) sei es aus technischen Gründen nicht möglich, die Neuauflage eines Verfahrens anders zu publizieren, als es im vorliegenden Fall getan worden sei. Selbst

wenn die strittige Ausschreibung nicht den Abbruch der Ausschreibung 2009 beinhalten würde, bestünde kein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin gegen die neue Ausschreibung. Es stehe im Ermessen der Vergabestelle, was sie beschaffe. Es stünde ihr (zumindest vergaberechtlich) frei, zwei Mal dieselbe Sache zu beschaffen. Der Beschwerdeführerin fehle die Beschwerdelegitimation. Eine solche würde voraussetzen, dass die Beschwerdeführerin realistische Chancen auf den Abschluss eines Beschaffungsvertrags habe. Es handle sich nicht mehr um den gleichen Beschaffungsgegenstand. Zudem müsste die Beschwerdeführerin einen neuen Teilnahmeantrag eingereicht haben, wozu sich in der Beschwerde keine Angaben finden würden. Der Zuschlag beinhalte keine Kontrahierungspflicht. Die Beschwerdeführerin habe demzufolge keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Fortsetzung des Verfahrens. Damit entstehe für sie durch den Abbruch auch kein nicht wieder gut zu machender Nachteil, welcher für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung notwendig wäre. Die Interessen der Vergabestelle an der Weiterführung des Verfahrens würden – wegen der Bedeutung des Projekts, das nun möglichst rasch umgesetzt werden sollte – überwiegen.

#### **G.**

Die Beschwerdeführerin nahm am 12. Juni 2012 Stellung. Sie sei zur Beschwerdeführung legitimiert. Jedes einmal angehobene Submissionsverfahren sei entweder durch einen Zuschlag oder durch einen Verfahrensabbruch formell zu beenden. Die Abbruchverfügung müsse den betroffenen Anbietenden unverzüglich in Form einer anfechtbaren Verfügung eröffnet werden und habe schriftlich zu erfolgen. Die Begründung des Abbruchs müsse in der Verfügung enthalten sein. Solange ein Submissionsverfahren hängig sei, dürfe derselbe Beschaffungsgegenstand nicht neu ausgeschrieben werden. Implizite Verfahrensabbrüche dürften nicht zugelassen werden. Vollends undenkbar sei dies, wenn ein Abbruch – wie im vorliegenden Fall – nach nahezu einem Jahr ohne Information erfolge. Die Behauptungen der Vergabestelle über die angebliche Information der Beschwerdeführerin durch Dr. X. \_\_\_\_\_ sei falsch (als Beweismittel wird eine Zeugenaussage offeriert). Es wäre Pflicht der Vergabestelle gewesen, unverzüglich nach dem Entscheid über den Abbruch eine Abbruchverfügung zu eröffnen. Selbst wenn der Abbruch im Rahmen der Neuausschreibung hätte erfolgen dürfen, wäre dieser rechtswidrig, da er weder verfügt noch begründet sei und so das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt werde. Die angefochtene Ausschreibung sei deshalb aufzuheben, bzw. es sei deren Nichtigkeit festzustellen. Zwar sei die Frage nach den sachlichen Gründen des Abbruchs nicht mehr relevant, da die

Beschwerde bereits aus formellen Gründen gutgeheissen werden könnte. Trotzdem sei festzustellen, dass das Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Abbruch des Vergabeverfahrens weder glaubhaft gemacht noch nachgewiesen werde.

#### **H.**

Am 21. Juni 2012 reichte die Vergabestelle eine Duplik zu den prozesualen Anträgen ein. Die Neuausschreibung sei sachlich geboten, da eine wesentliche Projektänderung vorliege. Zudem wäre eine Neuausschreibung auch bei einer nicht wesentlichen Projektänderung zulässig, denn die Vergabestelle sei bei Vorliegen sachlicher Gründe immer berechtigt, ein Vergabeverfahren abzubrechen und neu auszuschreiben, sofern keine Diskriminierungsabsicht bestehe. Bei Vorliegen sachlicher Gründe könne die Neuausschreibung von den Anbietern des ersten Verfahrens nicht erfolgreich angefochten werden. Diese hätten keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle das Projekt nicht neu ausschreibe. Im vorliegenden Fall sei der Einbezug der Armeeapotheke weggefallen und das Projekt betreffend Luftwaffe sei dem erfolgten Projektfortschritt in andern Teilprojekten angepasst worden, so dass es nicht mehr sinnvoll sei, dieses funktional auszuschreiben. Eine Diskriminierungsabsicht bestehe bei der Neuausschreibung nicht. Die Ausschreibung sei auch nicht nichtig. Der Wortlaut von Art. 30 Abs. 3 VöB sei klar. Hier stelle die Neuausschreibung eine anfechtbare Verfügung dar. Bei zwei Verfügungen bestünde die Gefahr von Widersprüchen, und es wäre überspitzter Formalismus, zwei Verfügungen zu verlangen. Die Projektänderungen würden sich ohne Weiteres aus der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes und der nach Art. 23 BöB zu liefernden Begründung ergeben. Das Gesetz kenne kein "Einleitungsverbot" und die Rechtskraft des Abbruchs sei auch nicht Voraussetzung für die Neuausschreibung (unter Hinweis auf die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6136 und 6317[recte:6137]/2007 vom 30. Januar 2008, E. 2.3). Das rechtliche Gehör sei nicht verletzt worden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Abbruch hätte ihr durch eine individuelle Verfügung eröffnet werden müssen, finde keine Grundlage im Gesetz. Die angefochtene Verfügung sei im offiziellen Publikationsorgan simap.ch mit einer summarischen Begründung veröffentlicht worden. Auf Ersuchen der Beschwerdeführerin seien ihr weitere Informationen mit Schreiben vom 18. April 2012 gegeben worden. Jedenfalls sei der Beschwerdeführerin kein Nachteil erwachsen. Eine Aufhebung der Neuausschreibung und Rückweisung an die Vorinstanz würde einen sinnlosen formalistischen Leerlauf bedeuten. Auch eine Rechtsverzögerung liege nicht vor. Für die Neuausschreibung

seien Abklärungen und Vorbereitungen notwendig gewesen. Im Weiteren würde eine Verzögerung nicht zur Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit der Verfügung führen.

#### **I.**

Am 5. Juli 2012 reichte die Vergabestelle eine Vernehmlassung in der Hauptsache ein. Sie hält darin an den bisherigen Anträgen fest. Es sei auf die SAP-Integration der Armeeapotheke verzichtet worden und bei derjenigen der Luftwaffe seien Anpassungen vorgenommen worden. Die Neuausschreibung sei deswegen notwendig geworden. Die Neuausschreibung verletze keine Formvorschriften. Sie sei im offiziellen Publikationsorgan simap.ch veröffentlicht worden. Eine individuelle Eröffnung sei gemäss Art. 23 Abs. 1 BöB und Art. 24 Abs. 1 BöB i.V. m. Art. 8 VöB und Art. 16 Abs. 3 VöB nicht nötig. Die Verfügung enthalte die erforderlichen Angaben gemäss Art. 24 Abs. 1 BöB i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VöB. Eine Neuaufgabe gemäss Art. 30 Abs. 3 VöB setze keine separate Abbruchverfügung voraus, was sich bereits aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ergebe. Der Rechtsschutz sei jedenfalls gewahrt, wofür die Beschwerdeführerin durch Einreichen ihrer Beschwerde den Beweis erbracht habe.

#### **J.**

Mit Eingabe vom 9. Juli 2012 hält die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Anträgen fest und bekräftigt den Antrag auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Ferner sei der Entscheid über die aufschiebende Wirkung erst nach dem Eingang ihrer Replik zu fällen.

#### **K.**

**K.a** Mit Eingabe vom 12. Juli 2012 beantragt die Vergabestelle, die Anträge der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 9. Juli 2012 seien abzuweisen und es sei unabhängig und ohne Abwarten einer allfälligen Replik der Beschwerdeführerin zur Hauptsache über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

**K.b** Mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass die Instruktion und das Treffen von vorsorglichen Massnahmen im Ermessen des Gerichts liegt, und erklärte, es werde zum jetzigen Zeitpunkt allenfalls auch die Möglichkeit in Betracht gezogen, direkt das Endurteil zu fällen. Der Antrag der Vergabestelle, es sei unabhängig und ohne Abwarten einer allfälligen Replik der Beschwer-

deführerin zur Hauptsache über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden, wurde abgewiesen.

#### L.

Die Beschwerdeführerin reichte am 24. Juli 2012 eine Stellungnahme zur Vernehmlassung in der Hauptsache ein und hält an den bisher gestellten Rechtbegehren vollumfänglich fest. Sie verweist darauf, dass die Lehre, soweit sie sich damit befasst habe, einhellig die Auffassung vertrete, dass eine Wiederholung oder Neuauflage eines Vergabeverfahrens nicht erfolgen dürfe, wenn dieses, soweit der Beschaffungsgegenstand oder ein Teil davon betroffen sei, nicht zuvor durch einen Zuschlag oder einen Verfahrensabbruch formell beendet worden sei. Die Vergabestelle vermöge keinen Autor und kein Urteil zu nennen, welche ihre Meinung teilen würden, wonach eine Neuausschreibung nur mit Hinweis auf "Art. 30 Abs. 2 VöB" (vgl. Ziff. 4.5 der Ausschreibung vom 5. April 2012) auch ohne formellen Abbruch des vorgängigen Verfahrens möglich sei. In der Folge habe die Vergabestelle den Verweis auf Art. 30 Abs. 2 VöB als Irrtum bezeichnet und sich auf Art. 30 Abs. 3 VöB gestützt, welcher nach ihrer Auffassung keine separate Abbruchverfügung voraussetze. Gemäss dem übergeordneten Art. 29 Bst. a BöB setze der Abbruch des Vergabeverfahrens immer eine durch Beschwerde anfechtbare Verfügung voraus, unabhängig aus welchen der in Art. 30 VöB genannten Gründe dieser erfolge. Einen solchen Abbruch zu verlangen sei auch im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes. Selbst wenn der Abbruch des vorherigen Submissionsverfahrens in die Neuausschreibung hätte integriert werden dürfen, hätte der Teil "Abbruchverfügung" alle gesetzlichen Voraussetzungen an eine Verfügung erfüllen müssen. Davon könne hier nicht die Rede sein. Der Satz "Bei dieser Ausschreibung handelt es sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30, Abs. 2 VöB" erfülle auch bei noch so grosszügiger Auslegung zugunsten der Vergabestelle die Anforderungen an eine Verfügung in keiner Weise. Ein impliziter Abbruch des Verfahrens komme um so weniger in Frage, als die Vergabestelle nach einer längeren Zeit des Schweigens plötzlich und ohne Abbruch des vorgängigen Verfahrens den bisherigen Beschaffungsgegenstand (mit Ausnahme der quantitativ unbedeutenden Armeeapothek) neu ausgeschrieben habe. Somit sei das Submissionsverfahren von 2009 noch immer rechtshängig. Nach dem Gesagten sei die Neuausschreibung aufzuheben. Im weiteren wird betont – auch wenn dies hier irrelevant sei –, dass die Vergabestelle keine sachlichen Gründe für den Verfahrensabbruch nachweisen oder glaubhaft machen könne.

**M.**

Am 16. August 2012 reichte die Vergabestelle eine Duplik im Hauptverfahren ein. Die Rechtskraft eines Abbruchs stelle keine Voraussetzung für die Neuauflage einer Ausschreibung dar. Selbstredend sei, dass bei Verfügung von Abbruch und Wiederholung in einem Entscheid bzw. einer Neuausschreibung die einzelnen Teile mit Bezug auf ihren Inhalt und die Möglichkeit einer Anfechtung auseinanderzuhalten seien. Da mit einer einzigen Verfügung dasselbe erzielt werden könne wie mit zwei separaten Verfügungen, bestehe kein Anlass für "verfahrensrechtliche Pirouetten". Schliesslich ergebe sich aus dem klaren Wortlaut von Art 30 Abs. 3 VöB und Art. 16 Abs. 3 VöB, dass bei einer Neuauflage keine zusätzliche Abbruchverfügung notwendig sei. Die angefochtene Verfügung erfülle alle formellen Anforderungen an eine anfechtbare Verfügung. Eine Verletzung der Begründungspflicht liege nicht vor. Die Verfügung erhalte alle notwendigen Angaben gemäss Art. 24 Abs. 1 BöB i.V. m. Art. 8 Abs. 1 VöB. Auf Gesuch der Beschwerdeführerin hin seien ihr weitere Ausführungen zu den Gründen für die Neuauflage der Ausschreibung mitgeteilt worden (Art. 23 Abs. 1 und 2 BöB). In den Besprechungen mit der Beschwerdeführerin sei die Neuauflage thematisiert worden (als Beweis wird eine Zeugenaussage offeriert). Die Zulässigkeit der Neuauflage könne ausreichend begründet werden.

**N.**

Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Beweismittel wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**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).

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungs-

verfahren (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).

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

**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).

**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.

**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.

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

**1.8** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

**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).

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

**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. "

**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."

**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.

**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 Zuschlagsempfängerin 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.

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

### **3.**

**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 Neuauflage mit 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.

### **3.2**

**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., SCHER-

LER, 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).

**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.

**3.2.3** Art. 30 VöB sieht denn auch unter dem Titel "Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens" folgendes vor:

<sup>1</sup> Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberin kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert."

**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.).

**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 abrechnen (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).

**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).

**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.

**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.

**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).

### **3.5**

**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.).

**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 schwerwiegende – 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).

### **3.6**

**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).

**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.

**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, ...").

**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).

#### **4.**

**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 beab-

sichtigt 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.

**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.

**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 weitere 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.

**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 "Neuaufgabe 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.

**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.

**4.2.4** Die Vergabestelle beruft sich darauf, dass es bei einer Neuaufgabe nach Art. 30 Abs. 3 VöB auf [simap.ch](http://simap.ch) aus technischen Gründen nicht möglich sei, die Neuaufgabe 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.

**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.

**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.

**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.

**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).

**5.**

**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.

**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.

**6.**

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

**7.**

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

**8.**

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

**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]).

**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).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde vom 3. Mai 2012 wird gutgeheissen.

**2.**

Die mit Publikation vom 5. April 2012 unter dem Projekttitel "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Integration Luftwaffe" (Projekt-ID 83691) erfolgte Neuausschreibung wird aufgehoben und die Vergabestelle angewiesen, das Verfahren "Los-Nr. LOG 4 Logistik@V; Integration LW/AApot" im Sinne des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 weiterzuführen.

**3.**

In Aufhebung der Verfügung vom 4. Mai 2012, wird die Vergabestelle ermächtigt, die noch nicht geöffneten Offerten zwecks Information der Anbieter zu öffnen.

**4.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**5.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.- inkl. MWSt zugesprochen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. Projekt-ID 83691; Gerichtsurkunde)
- B.\_\_\_\_\_ (auszugsweise; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Maria Amgwerd

Beatrice Brügger

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG. SR 173.110]), innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 12. September 2012