



## Urteil vom 21. Oktober 2014

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard,  
Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Andreas Güngerich  
und/oder Anita Buri, Kellerhals Anwälte,  
Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,**  
KBB / Rechtsdienst,  
Fellerstrasse 21, 3003 Bern,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Abbruchverfügung vom 14. März 2014  
(betreffend Vergabeverfahren "Projekt [1227] 570 GADES",  
Lieferauftrag/IT-Dienste Geo-Agrardatenerfassungsservice)  
SIMAP Meldungsnummer 812655.

**Sachverhalt:**

**A.a** Am 11. April 2012 schrieb die Vergabestelle im offenen Verfahren den Lieferauftrag "Projekt [1227] 570 GADES" (Meldungs-Nr. 732041; CPV: 72000000 – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung) aus. Als "Bedarfsstelle" wurde das Bundesamt für Landestopografie (nachfolgend: Swisstopo) aufgeführt. Dieses will in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) einen webbasierten Geo-Agrardatenerfassungsservice (GADES) entwickeln und einführen, der allen Bewirtschaftern in der Schweiz ab Anfang 2014 erlauben sollte, ihre landwirtschaftlichen Nutzungsflächen geografisch zu erfassen.

**A.b** Nach dem Evaluationsbericht von Swisstopo erreichte die B.\_\_\_\_\_ SA mit 9'793 Punkten einen knappen Vorsprung von 146 vor der Beschwerdeführerin, obschon diese ein um Fr. 74'240.– günstigeres Angebot eingereicht hatte, jedoch bei der mündlichen Präsentation schlechter bewertet worden war. Gestützt auf diesen Bericht erteilte die Vergabekommission des Bundes am 20. August 2012 der B.\_\_\_\_\_ SA den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'393'800.-. Der Zuschlag wurde am 24. August 2012 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publiziert (Meldungs-Nr. 746513).

**A.c** Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 13. September 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein (Beschwerdeverfahren B-4852/2012) und beantragte, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen, eventuell sei die Sache mit verbindlichen Weisungen zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen oder subeventuell sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung festzustellen. Gleichzeitig wurde um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersucht.

Die Beschwerdeführerin beanstandete unter anderem eine Verletzung von Ausstandspflichten durch die Vergabestelle, eine unzulässige Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin, eine vergaberechtswidrige und willkürliche Bewertung ihres Angebotes sowie die Verletzung "des Prinzips des Zuschlags an das wirtschaftlichste Angebot".

**A.d** Mit Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung.

Dazu hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, die Beschwerde sei nach einer prima facie Würdigung der gerügten Befangenheits- und Vorbefas-

sungsproblematik (insbesondere angesichts des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf eine unbefangene Entscheidbehörde) nicht von vornherein aussichtslos, nachdem ein früher bei der Zuschlagsempfängerin angestelltes Kadermitglied neu als verantwortlicher Projektleiter der Bedarfstelle prima facie unzulässigerweise bei der Präsentation und Evaluation des Projekts mitgewirkt hatte. Ferner verneinte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Interessenabwägung ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer sofortigen Umsetzung des Vergabeentscheides und hielt dazu fest, weder die von der Vergabestelle wenig plausibel behauptete Dringlichkeit noch der für den Bund angeblich drohende Imageschaden noch die wirtschaftlichen Interessen der Zuschlagsempfängerin an einem raschen Vertragsabschluss vermöchten die Interessen der Beschwerdeführerin an einem effektiven Rechtsschutz sowie an einem rechtsstaatlich einwandfreien Vergabeverfahren aufzuwiegen.

**A.e** Am 15. Januar 2013 publizierte die Vergabestelle auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) (Meldungs-Nr. 760659) sowohl den Widerruf des im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 strittigen Zuschlags als auch den Abbruch des Beschaffungsverfahrens. Beides erfolgte mit dem Hinweis auf Art. 11 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) und Art. 30 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11).

**A.f** Das Bundesverwaltungsgericht nahm mit Zwischenverfügung vom 17. Januar 2013 die gleichentags eingereichte Vernehmlassung der Zuschlagsempfängerin zu den Akten und verzichtete auf eine Zustellung an die anderen Verfahrensbeteiligten, weil für die folgende Woche ein Abschreibungsentscheid in Aussicht gestellt wurde.

**A.g** Am 22. Januar 2013 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren B-4852/2012, nachdem die Beschwerdeführerin eine allfällige Anfechtung des Abbruchs angekündigt hatte. Dieses Verfahren wurde am 3. September 2013 infolge Wegfalls des Anfechtungsobjekts als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

## **B.**

Gegen die Abbruchverfügung vom 15. Januar 2013 erhob die Beschwerdeführerin am 1. Februar 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde (Beschwerdeverfahren B-536/2013).

Sie rügte unter anderem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da es die Vergabestelle unterlassen habe, die Abbruchverfügung zu begründen. Im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 habe sie damit rechnen dürfen, dass der angefochtene Zuschlag zu ihren Gunsten korrigiert werde. Zwar dürfe die Vergabestelle aus sachlichen Gründen ein Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abbrechen und selbst einen bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn eine gezielte Diskriminierung von Bewerbern nicht beabsichtigt sei. Hier sei das Vergabeverfahren willkürlich abgebrochen worden, da kein gesetzlicher Abbruchgrund vorliege. Der Beschaffungsbedarf, die Rahmenbedingungen sowie die Wettbewerbsverhältnisse seien unverändert. Trotz mangelhaftem Evaluationsverfahren verfüge die Vergabestelle über geeignete Angebote, weshalb sie das Verfahren durch Zuschlag rasch beenden könnte. Vermutlich werde mit dem Verfahrensabbruch und der allenfalls erneuten Ausschreibung die gezielte Diskriminierung ihrer Person beabsichtigt.

Die Vergabestelle argumentierte in materieller Hinsicht, dass ein Abbruch des Vergabeverfahrens wegen des Anscheins der Befangenheit eines Mitarbeiters unumgänglich geworden sei. Dieser Umstand habe auch einen direkten Zuschlag an die Beschwerdeführerin verunmöglicht.

Zudem hätten die involvierten Bundesämter entschieden, auf eine Neuausschreibung zu verzichten und eine In-House-Lösung durch Swisstopo zu realisieren, was keinen Marktteilnehmer diskriminiere.

**B.a** Mit Urteil vom 29. Mai 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die am 15. Januar 2013 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publizierte Abbruchverfügung zum Vergabeverfahren "Projekt [1227] 570 GADES" auf, da kein legitimer Grund für einen Abbruch erkennbar sei. Entgegen den Darlegungen der Vergabestelle erscheine auch eine In-House-Beschaffung weder als unumgänglich noch als alternativlos. Zudem mache die Vergabestelle keine Gründe persönlicher oder fachlich-technischer Natur geltend, welche eine Qualifikation der Offerentinnen für eine anstandslose Erfüllung des Beschaffungsauftrags GADES in Frage stellen würde.

### **C.**

Mit Schreiben vom 13. November 2013 erkundigte sich die Beschwerdeführerin bei der Vergabestelle, wie sie das Verfahren wieder an die Hand zu nehmen gedenke. Da die B.\_\_\_\_\_ SA den Widerruf des Zuschlags nicht angefochten habe, dürfe sie nicht mehr in das weitere Verfahren

einbezogen werden. Entsprechend verbleibe die Beschwerdeführerin als einzige mögliche Zuschlagsempfängerin.

In ihrem Antwortschreiben vom 18. November 2013 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass man sich nach dem Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. September 2013 wieder in der Evaluationsphase befände. Die Klärung des weiteren Vorgehens laufe. Erste Informationen darüber wurden per Anfang des Jahres 2014 in Aussicht gestellt.

**C.a** Mit Schreiben vom 6. Januar 2014 forderte die Beschwerdeführerin konkrete Angaben über das weitere Vorgehen, ansonsten die Weiterführung des Vergabeverfahrens auf dem Rechtsweg bewirkt werde.

Am 6. März 2014 ersuchte die Beschwerdeführerin erneut um Weiterführung des Vergabeverfahrens und stellte in Aussicht, andernfalls eine Rechtsverzögerungsbeschwerde einzureichen.

**D.**

Am 14. März 2014 publizierte die Vergabestelle den Abbruch im Vergabeverfahren "(1227) 570 GADES" (Meldungs-Nr. 812655) und gab als Begründung mit Verweis auf Art. 30 Abs. 3 VöB wesentliche Projektänderungen an.

Die Vergabestelle übermittelte die Abbruchverfügung der Beschwerdeführerin ebenfalls mit E-Mail vom 14. März 2014 und führte gleichzeitig die ihrer Ansicht nach neuen Rahmenbedingungen und Technologien auf, welche einen Abbruch der Ausschreibung unumgänglich gemacht hätten. Die Vergabestelle machte folgende Punkte geltend:

- Verbindliche neue Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen
- Beschaffung einer neuen Cloud durch WTO-Ausschreibung
- Neue Anforderungen an die Anwendung GADES
- Einsetzung neuer internationaler Standards
- Neue Technologie für Entwicklung der Anwendung.

**E.**

Mit Schreiben an die Vergabestelle vom 18. März 2014 ersuchte die Beschwerdeführerin um umfassende Akteneinsicht, da die Begründung des Abbruchs nicht nachvollzogen werden könne.

Die Vergabestelle teilte der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 19. März 2014 mit, dass keine rechtliche Grundlage für eine Offenlegung der geforderten Unterlagen bestehe, bot jedoch ein mündliches Debriefing an. Dieses fand am 24. März 2014 statt.

**F.**

Am 3. April 2014 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Anträgen:

- "1. Die am 14. März 2014 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Verfügung betreffend das Vergabeverfahren 'Projekt [1227] 570 GADES' sei aufzuheben.
2. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren 'Projekt [1227] 570 GADES' rechtskonform weiterzuführen und mit Zuschlag abzuschliessen.
3. Eventualiter zu Ziff. 1 und 2: Es sei festzustellen, dass die am 14. März 2014 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Abbruchverfügung betreffend das Vergabeverfahren 'Projekt [1227] 570 GADES' rechtswidrig sei.
4. Es sei der Beschwerdeführerin umfassende Einsicht in die Akten, welche die Grundlage der hier angefochtenen Verfügung bilden bzw. in deren Zusammenhang stehen, zu gewähren.
5. Der Beschwerdeführerin sei nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen.

(...)

6. Der Beschwerde sei, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Es sei der Vergabebehörde zu untersagen, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizierende Vollzugsvorkehrungen jeglicher Art vorzunehmen.

– unter Kosten und Entschädigungsfolge –"

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin zunächst aus, dass auch die erneute Abbruchverfügung nicht durch einen genügenden Grund legitimiert und daher rechtswidrig sei. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass keine individuelle Verfügung an sie erfolgt sei, obwohl der Vergabestelle bewusst gewesen sei, dass die Beschwerdeführerin auf die Bekanntgabe des weiteren Verfahrens gewartet habe. Die Vergabestelle begründe den Abbruch mit einer wesentlichen Projektänderung. Die von der Vergabestelle angeführten Änderungen betreffend Rahmenbedingungen und Technologien würden das Beschaffungsobjekt jedoch nicht ändern. Vielmehr seien die von der Vergabestelle genannten Abbruchgründe bereits seit längerem bekannt. Indem die Vergabestelle betone, dass sich in der Zukunft wesentliches ändere - was genau könne jedoch noch nicht abgeschätzt werden – erfolge der Abbruch vorsorglich. Entsprechend liege noch kein sachlicher Grund für einen Abbruch vor. Im Übrigen hätten die von der Vergabestelle als Begründung beigezogenen Veränderungen betreffend Technologie und Rahmenbedingungen nur deshalb eintreten können, weil die Vergabestelle in den letzten zwei Jahren verschiedene vergaberechtliche Vorschriften missachtet habe. Einen allfälligen Abbruchgrund infolge Zeitablaufs hätte somit die Vergabestelle alleine zu vertreten.

#### **G.**

Mit Verfügung vom 4. April 2014 ordnete der Instruktionsrichter an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend aufschiebende Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich eine freihändige Vergabe oder eine erneute Projektausschreibung, zu unterbleiben hätten.

#### **H.**

Die Vergabestelle äussert sich mit Vernehmlassung vom 29. April 2014 und beantragt die Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ihre Ausführungen würden einerseits vor dem Hintergrund erfolgen, die Aussichtslosigkeit der Beschwerde im Rahmen einer prima facie-Prüfung darzulegen. Andererseits handle es sich auch um die materielle Stellungnahme, wobei es in das richterliche Ermessen gestellt werde, ob zuerst ein Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung oder direkt ein Endentscheid gefällt werden könne. Gleichzeitig wurden die den Abbruch betreffende Verfahrensakten eingereicht. Dabei sei das Rechtsgutachten vom 12. August 2013 aus Datensicherheitsgründen von der Akteneinsicht auszunehmen.

Die Vergabestelle erachtet den Abbruch als rechtskonform und durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Eine zeitliche Dringlichkeit bestehe für das vorliegende Projekt nicht, zumal der massgebliche Zeitplan auch legislatorisch neu aufgesetzt worden sei. Der strittige Verfahrensabbruch sei einzig aufgrund zwingender Projektänderungen, welche ausserhalb des Einflussbereiches der Vergabestelle gelegen hätten, erfolgt.

**I.**

Mit Verfügung vom 1. Mai 2014 wurden der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung samt Beilagen (mit Ausnahme des Rechtsgutachtens vom 12. August 2013) zugestellt, mit der Einladung zur Einreichung einer Replik. Der Instruktionsrichter behielt sich in dieser Verfügung vor, auf einen separaten Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung zu verzichten und dem Spruchkörper direkt den Endentscheid zu unterbreiten.

**J.**

Mit Replik vom 21. Mai 2014 hielt die Beschwerdeführerin an ihren mit Beschwerde vom 3. April 2014 gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich fest, soweit diesen noch nicht entsprochen worden sei.

**K.**

Die Vergabestelle hielt mit Duplik vom 16. Juni 2014 ebenfalls an ihren Anträgen fest.

**L.**

Mit Eingaben vom 27. Juni 2014 und 3. Juli 2014 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme bzw. eine Kostennote ein.

**M.**

Auf die Einzelheiten der Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das vorliegende Urteil erheblich sind, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

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

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB, Art. 37 VGG).

**1.1** Gegen den Abbruch eines Beschaffungsverfahrens durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des BöB die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

**1.1.1** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, die 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 die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vorliegt.

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

Angefochten ist der Abbruch des Beschaffungsverfahrens "Projekt [1227] 570 GADES", für welches das Bundesverwaltungsgericht bereits im Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 (E. 1.2.2 f.) und im Urteil B-536/2013 vom 29. Mai 2013 (E. 1.3.2) die Unterstellung unter das BöB festgehalten hatte. Diese Beurteilung ist auch hier massgebend, weshalb das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig ist.

**1.2** Vorab ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu prüfen.

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass sie am Vergabeverfahren "GADES" teilgenommen und als Zweiplatzierte den Zuschlag an die B.\_\_\_\_\_ SA vom 24. August 2012 und sodann die erste Widerrufs- und Abbruchverfügung vom 15. Januar 2013 erfolgreich angefochten habe. Entsprechend sei sie auch legitimiert, die zweite Abbruchverfügung vom 14. März 2014 anzufechten, zumal sich diese negativ auf ihre Rechtsstellung auswirke.

Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin - im Gegensatz noch zum Verfahren B-536/2013 – nicht.

**1.2.1** Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.2.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1296; vgl. im Zusammenhang mit Widerruf und Abbruch: MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2817).

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

**1.2.2** Im vorliegenden Fall verfügte die Vergabestelle erneut den Abbruch des Vergabeverfahrens "GADES", nachdem die erste Abbruchverfügung vom 15. Januar 2013 durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben worden war. Somit stand die Vergabestelle wieder im "reaktivierten Vergabeverfahren in der Phase vor der Zuschlagserteilung" (vgl. MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2767 Fn. 2495; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, Rz. 380).

**1.2.2.1** Auszugehen ist davon, dass die Beschwerdeführerin am Vergabeverfahren zum Projekt "GADES" (SIMAP-Meldungsnummer 732041) teilgenommen und als unterlegene Anbieterin den an die B.\_\_\_\_\_ SA erfolgten Zuschlag im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 angefochten hat.

Der am 15. Januar 2013 mit dem ersten Abbruch – verfügte "Widerruf" (des im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 angefochtenen Zuschlags) ist mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen.

Weiter hat die Beschwerdeführerin diesen ersten Abbruch beim Bundesverwaltungsgericht angefochten (Beschwerdeverfahren B-536/2013). Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Verfahren im Urteil vom 29. Mai 2013 (E. 1.4 ff.) die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, soweit die allfällige Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wurde, bejaht und eingehend begründet. Auf diese Ausführungen kann

verwiesen werden, zumal sie auch im vorliegenden Verfahren, in welchem die Abbruchverfügung vom 14. März 2014 (2. Abbruchverfügung) angefochten ist, massgebend sind. Entsprechend ist die Beschwerdeführerin, welche beim Zuschlag vom 20. August 2012 nicht berücksichtigt wurde, zur Anfechtung der Abbruchverfügung legitimiert, damit überprüft werden kann, ob sachliche Gründe die Projektänderung stützen und keine Diskriminierung vorliegt (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2816 ff.).

**1.2.3** Soweit die Beschwerdeführerin indes in der Ziff. 2 ihrer Beschwerdebegehren beantragt, die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren 'Projekt [1227] 570 GADES' rechtskonform weiterzuführen und mit Zuschlag abzuschliessen, sprengt dieser Antrag den vorliegend eng zu umschreibenden Streitgegenstand, der sich nur auf die Zulässigkeit der definitiven Beendigung des Beschaffungsverfahrens GADES durch Abbruch bezieht (vgl. Urteil B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.4; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2813 ff.).

Entsprechend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit Weisungen an die Vergabestelle hinsichtlich der Weiterführung des Vergabeverfahrens "GADES" beantragt werden.

**1.3** Die Anfechtung der am 14. März 2014 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publizierten Abbruchverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 30 BöB). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.4** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit die Rechtmässigkeit des angefochtenen definitiven Abbruchs des Vergabeverfahrens zum Projekt GADES strittig ist.

## **2.**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, dass sie von der Vergabestelle keine individuelle Verfügung betreffend den zweiten Abbruch erhalten habe.

**2.1** In der Beschwerde wird dazu festgehalten, es sei der Vergabestelle bewusst gewesen, dass die Beschwerdeführerin auf die Bekanntgabe des weiteren Verfahrens gewartet habe, da sie diesbezüglich mehrfach bei der Vergabestelle angefragt habe. Es sei fraglich, ob eine Mitteilung der Publikation in einer E-Mail den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts genüge.

**2.2** Dem entgegnet die Vergabestelle, dass der hier zu beurteilende Sachverhalt stark vom Sachverhalt in der zitierten Rechtsprechung abweiche. Zudem erscheine das Verhalten der Beschwerdeführerin bezüglich der fehlenden individuellen Verfügung widersprüchlich, da sie noch im ersten Abbruchverfahren lediglich die Publikation der Abbruchverfügung auf SIMAP verlangt habe.

### **2.3**

**2.3.1** Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen, auch wenn die Behörde sie in Briefform eröffnet, als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite der Verfügung 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 2010, Rz. 1705 f.).

Im Vergaberecht ist die Begründungspflicht im BöB und der VöB ausdrücklich geregelt. Art. 23 Abs. 1 BöB verlangt eine summarische Begründung von Verfügungen nach Art. 29 BöB. Die für Zuschlagsverfügungen notwendigen Angaben sind in Art. 28 VöB aufgezählt. Nach Art. 23 Abs. 2 BöB besteht jedoch die Möglichkeit, dass beim Zuschlag bestimmte Informationen den nicht berücksichtigten Anbieterinnen erst auf Gesuch hin (und damit erst nachträglich) bekanntgegeben werden. Art. 23 Abs. 1 und 2 BöB, wonach Verfügungen nach Art. 29 BöB zu begründen und zu eröffnen sind, ist eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 VwVG sowie Art. 36 VwVG (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1383/2011 vom 23. Mai 2011 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

Demgegenüber fehlen im BöB und der VöB Bestimmungen zum Inhalt der Begründung von Abbruchverfügungen. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2012/28 (E. 3.6.4) erkannt, dass bei einer Abbruchverfügung höhere Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen sind als bei einer Zuschlagsverfügung, zumal beim Abbruch keine weiteren Informationen mittels Gesuch verlangt werden können. Deshalb müsse 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 (vgl.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1).

**2.3.2** Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Eine Verletzung dieses Rechts führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Indes kann nach fester Rechtsprechung eine – nicht besonders schwer wiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen darf. 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 anerkennt, dass selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abgesehen werden kann, 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 bzw. kritisch zur Heilung der Gehörsverletzung: a.a.O., Rz.1711; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.2).

**2.3.3** Im publizierten Abbruch vom 14. März 2014 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) begründet die Vergabestelle des Abbruch mit einer wesentlichen Projektänderung (Art. 30 Abs. 3 VöB). Unter den Bemerkungen wurde zudem ausgeführt, dass die hier in Frage stehende Ausschreibung bereits am 15. Januar 2013 abgebrochen wurde. Nachdem dieser Abbruch mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Mai 2013 aufgehoben worden sei, erfolge nun ein erneuter Abbruch. Ein neues Vergabeverfahren werde zu gegebener Zeit durchgeführt werden.

Die Abbruchverfügung wurde der Beschwerdeführerin am 14. März 2014 ebenfalls per E-Mail übermittelt. Im Begleittext führte die Vergabestelle eine Zusammenstellung der nach ihrer Ansicht neuen Rahmenbedingungen und Technologien auf, welche wesentliche Projektänderungen darstellen und einen Abbruch der WTO-Ausschreibung unumgänglich machen würden. Als Gründe aufgeführt wurden eine verbindliche neue Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen, Beschaffung einer neuen Cloud durch WTO-Ausschreibung, neue Anforderungen an

die Anwendung GADES, Einsetzen von neuen Standards und eine neue Technologie für die Entwicklung der Anwendung.

Die Vergabestelle geht davon aus, dass die publizierte Abbruchverfügung zusammen mit den per E-Mail mitgeteilten Ausführungen zu den Abbruchgründen, den Anforderungen der Rechtsprechung zur Eröffnung von Abbruchverfügungen, ausgehend vom verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben, genügt.

Ob diese Vorgehensweise der Vergabestelle den erhöhten Anforderungen an die Begründung von Abbrüchen genügt (vgl. E. 2.3.1), braucht hier nicht endgültig geklärt zu werden, ist jedoch zweifelhaft. Aus der massgebenden SIMAP-Publikation war aber immerhin ersichtlich, dass der Abbruch mit wesentlichen Projektänderungen begründet wurde und dass zu gegebener Zeit die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens vorgesehen ist. Die für die Vergabestelle massgebenden Punkte wurden der Beschwerdeführerin zudem per E-Mail mitgeteilt.

Selbst wenn im vorliegenden Fall von einer Gehörsverletzung auszugehen wäre, kann sie im Sinne einer Ausnahme jedoch als geheilt betrachtet werden, zumal eine ohne materielle Beurteilung erfolgende Aufhebung des Abbruchs (verbunden mit einer Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid) einen formalistischen Leerlauf wie auch unnötige Verzögerungen zur Folge hätte, die mit dem der Anhörung gleichgestellten Interesse der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. E. 2.3.2).

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich schliesslich von derjenigen, die das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-2249/2012 zu prüfen hatte, als der Abbruch des Vergabeverfahrens lediglich implizit mit der Neuauflage verfügt wurde.

Des Weiteren hatte die Beschwerdeführerin im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens die Möglichkeit, sich zur Streitsache vor Bundesverwaltungsgericht, das den Sachverhalt und die Rechtslage (wenn auch unter Vorbehalt von Art. 31 BöB) frei überprüft, umfassend zu äussern.

### 3.

Strittig ist die Rechtmässigkeit des Abbruchs, das heisst die Frage, ob die Vergabestelle das angefochtene Beschaffungsverfahren zum Projekt GADES durch den Abbruch beenden und ein neues Vergabeverfahren in Aussicht stellen durfte. Anders als im ersten Abbruchverfahren macht die

Vergabestelle nicht mehr eine vergaberechtsfreie In-House-Beschaffung geltend, sondern begründet den Abbruch mit einer wesentlichen Änderung des Projekts.

**3.1** Ein Vergabeverfahren kann nur mit dessen Abbruch oder einem Zuschlag enden (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 3.2.1 und B-2449/2012 vom 6. September 2012 E. 3.2.1, mit Verweis auf MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005, S. 784, Rz. 4; STEFAN M. SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2008, Fribourg 2008, Rz. 2; SUTER, a.a.O., Rz. 13 und 18).

Ein Verfahrensabbruch des auf Zuschlag und Vertrag ausgerichteten Vergabeverfahrens führt zu dessen vorzeitiger Beendigung unter Verzicht auf Zuschlagserteilung und Vertragsabschluss im konkreten Verfahren. Er enthält die nach aussen gerichtete Erklärung der Vergabestelle, das Vergabeverfahren ohne Zuschlagserteilung beenden zu wollen (BEYELER, Abbruch, a.a.O., Rz. 5 f.; DERSELBE, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2769; SCHERLER, a.a.O., Rz. 3). Insofern markiert ein vor Vertragsabschluss erfolgter Abbruch das Scheitern eines bestimmten Beschaffungsvorhabens und beseitigt das Vergabeverfahren mitsamt allen Rechtsbeziehungen (SUTER, a.a.O., Rz. 18).

Dem Abbruch kann sogleich oder mittelfristig die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens folgen, das indessen auch entfallen kann, wenn kein Leistungsbedarf (mehr) vorhanden ist oder wenn – trotz bestehendem Leistungsbedarf – zu Gunsten einer In-House-Beschaffung auf eine externe Beschaffung verzichtet wird. Ohne dass sich diese Begriffe in einem Rechtserlass finden (vgl. BEYELER, Abbruch, a.a.O., Rz. 8), wird oft zwischen definitivem oder provisorischem Abbruch unterschieden, wobei im letzten Fall sogleich oder mittelfristig ein neues Vergabeverfahren folgt. Auch kann es zu einem Teilabbruch kommen (vgl. BEYELER, Abbruch, a.a.O., Rz. 8 ff.; SCHERLER, a.a.O., Rz. 10, 12; SUTER, a.a.O., Rz. 13, 18). In der Lehre werden insbesondere beim Abbruchgrund des "Verzichts auf eine Beschaffung" folgende vier Konstellationen unterschieden: der definitive, provisorische oder teilweise Verzicht auf ein Beschaffungsgeschäft sowie der Verzicht auf den Bezug von Fremdleistungen (vgl. dazu im Einzelnen: BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2760 ff., 2811 f.; SUTER, a.a.O., Rz. 206-237).

**3.2** Jedes durchgeführte Vergabeverfahren steht grundsätzlich unter dem Vorbehalt eines jederzeitigen Abbruchs (SUTER, a.a.O., Rz. 114, 137), zumal die Ausschreibung kein Versprechen auf einen (privatrechtlichen) Vertragsabschluss beinhaltet (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1164, 1168, 2768), sondern (immerhin) die Chance auf eine Teilnahme an einem fairen Vergabeverfahren, in welchem der Auftraggeber einen ernsthaften, sorgfältigen und regelkonformen Entscheid in Aussicht stellt (SUTER, a.a.O., Rz. 112 f. und 125).

Insofern begründet selbst ein Zuschlag für die Vergabestelle keine Kontrahierungspflicht, da jene dadurch lediglich zum Abschluss eines Vertrages mit dem betreffenden Bewerber ermächtigt wird (BGE 134 II 192 E. 1.4; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2611, 2839 ff., insbes. 2892), jedoch während des Bestehens des Zuschlags mit keinem andern Partner für das gleiche Vorhaben einen Vertrag abschliessen oder für das gleiche Vorhaben ein neues Vergabeverfahren einleiten darf (vgl. Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgericht B-6136/2007 u. B-6137/2007 vom 30. Januar 2008 E. 6.1.1 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2424 ff.).

Erweist sich der Abbruch eines Vergabeverfahrens als rechtmässig, stellt sich keine Gleichbehandlungsproblematik, da an sich alle offerierenden Konkurrentinnen gleich (schlecht) behandelt werden, indem eben keine den Beschaffungsauftrag erhält (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 124 f.).

**3.3** Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht erkannt, dass Vergabestellen ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abrechnen und einen allfällig bereits erfolgten Zuschlag widerrufen dürfen, wenn *sachliche Gründe* dieses Vorgehen rechtfertigen und damit *nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern* beabsichtigt ist (BGE 134 II 192 E.2.3; vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2611, 2752, 2794, 2801, 2829; SUTER, a.a.O., Rz. 93, 141 f.). Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle dafür eine Verantwortlichkeit trifft, kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (BGE 134 II 192 E.2.3; BVGE 2012/28 E. 3.6.3; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1169 ff., 2760 f., 2758, 2812; SUTER, a.a.O., Rz. 185 ff., insbes. Rz. 187).

**3.4** Im Lichte dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts sind somit rechtmässige von rechtswidrigen Abbruchgründen abzugrenzen (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2611, 2775, 2809, 2829; SUTER, a.a.O., Rz. 89), wobei legitime Abbruchgründe der Lehre zufolge folgenden Zielen dienen können (vgl. auch BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2811 ff.): (1) der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Beschaffung (SUTER, a.a.O., Rz. 176 ff.), (2) dem Schutz des Vergabewettbewerbs (SUTER, a.a.O., Rz. 179 ff.) sowie (3) der Korrektur von Fehlern (SUTER, a.a.O., Rz. 182 ff.).

**3.5** Diese Ziele und die damit verbundenen Abbruchgründe stehen indes stets unter dem Vorbehalt einer *Missbrauchskontrolle*, mit welcher Abbrüche aus manipulatorischen Motiven wirksam verhindert werden sollen (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2809, 2829; DERSELBE, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 223 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 178 und 202). Verboten sind insofern Abbrüche immer dann, wenn damit die angestrebte Wettbewerbssituation umgangen werden soll, was dem Zweck des BöB zuwiderliefe (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1174; SUTER, a.a.O., Rz. 122). Daher ist ein Abbruch aus einem zweckwidrigen Motiv, d.h. aus nichtigen, undurchsichtigen, vorgeschobenen Gründen unzulässig, wenn beispielsweise ein Abbruch darauf gerichtet ist, den Zuschlag an einen unerwünschten Anbieter zu verhindern oder um im danach wiederholten Verfahren ein verspätet eingereichtes Angebot berücksichtigen zu können (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1168, 2775, 2809, 2829; SCHERLER, a.a.O., Rz. 16 ff., 28 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 122).

Ebenfalls unzulässig wäre es, wenn eine Vergabestelle, ohne einen Vertragsschluss zu beabsichtigen (d.h. zweckwidrig und aus sachfremden Motiven), ein Beschaffungsverfahren einleitet, um den Markt lediglich zu sondieren oder Know-How zu erlangen (sog. "Markttest" oder "Marktsondierung", vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 121, 182; TRÜEB, a.a.O., N. 21 zur Art. 5 BöB; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1173). Würden solche Missbrauchsfälle als rechtmässig anerkannt, würde sich dies negativ auf den intendierten Vergabewettbewerb auswirken, indem das Vergaberecht sein Ziel, durch wirksamen Wettbewerb zwischen Anbietern eine effiziente Beschaffung zu ermöglichen, nicht mehr optimal erfüllen könnte (SUTER, a.a.O., Rz. 151, 157, 160, 179 und 237; vgl. auch BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1174).

**3.6** Daher sind in Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht – angesichts der grossen Planungs- und Ausgestaltungsfreiheit, welche Auftraggeber bei öffentlichen Beschaffungen anerkanntermassen geniessen (BGE 137 II 313 E. 3.3.1; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2011, 2655 ff., 2768; SUTER, a.a.O., Rz. 164 ff. und 202) – im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes und einer griffigen Missbrauchskontrolle an die Substantiierung von Abbruchgründen strenge Massstäbe zu setzen.

**3.7** Die gesetzlichen Abbruchgründe sind in Art. 30 VöB geregelt. Dieser Artikel sieht 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 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.
- <sup>3</sup> Die Auftraggeberin kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert."

**3.8** Die Vergabestelle begründet den Abbruch mit wesentlichen Projektänderungen (Art. 30 Abs. 3 VöB). Die relevanten Faktoren dieser Änderungen seien der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 14. März 2014 offengelegt und am Debriefing vom 24. März 2014 mündlich erläutert worden. Sie seien zudem dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Mai 2013 allesamt nachgelagert.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, dass eine wesentliche Projektänderung weder aus der E-Mail vom 14. März 2014 noch aus dem Debriefing ersichtlich sei. Das Projekt ergebe sich vielmehr aus dem gesetzlichen Auftrag, alle raumbezogenen Objekte des Bundesamtes für Landwirtschaft georeferenziert zu erfassen. An diesem Auftrag habe sich nichts geändert. Die von der Vergabestelle angeführten Änderungen würden schliesslich nur die Rahmenbedingungen und Technologien und nicht das Beschaffungsobjekt an sich betreffen.

**3.8.1** Auszugehen ist von der Ausschreibung vom 11. April 2012. Gemäss dem detaillierten Produktebeschrieb (Ziff. 2.5 der Ausschreibung) ist GADDES ein webbasierter Geo-Agrardatenerfassungsservice für Bewirtschafter aus verschiedenen Kantonen, um ihre landwirtschaftliche Nutzungs-

fläche geografisch zu erfassen. Der Anbieter soll die Erarbeitung der Detailspezifikation und Realisierung bzw. Anpassung und Erweiterung eines webbasierten Geo-Agrardatenerfassungsservices (GADES) übernehmen. Er soll Leistungen zugunsten von swisstopo und des Bundesamtes für Landwirtschaft (BLW) im Bereich Implementierung erbringen. Zudem soll er Leistungen in den Bereichen Betrieb, Wartung bzw. Pflege und – teilweise optional – Weiterentwicklung der Lösung, erbringen. Ziel ist die Beschaffung einer OSS-Lösung, die es im Systemumfeld von swisstopo in der Bundes-Geodaten-Infrastruktur in der Cloud zu implementieren gilt. Die Leistungserbringung erfolgt nach Aufwand mit Kostendach.

Nachfolgend sind die von der Vergabestelle vorgebrachten Faktoren einzeln zu prüfen und festzustellen, ob im Ergebnis von einer wesentlichen Projektänderung ausgegangen werden kann, und folglich der Abbruch zu Recht erfolgt ist.

### **3.8.2 "Verbindliche neue Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen" und IKGEO als Leistungserbringer der Kantone als neuen Projektpartner**

**3.8.2.1** Die Vergabestelle führt diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung aus, dass die Konzeption von GADES drei Jahre zurückliege. In der Zwischenzeit hätten sich der Bund, vertreten durch das Koordinationsorgan für Geoinformation des Bundes (GKG) und die Kantone, vertreten durch die Interkantonale Koordination in der Geoinformation (IKGEO) in einer Zusammenarbeitsvereinbarung geeinigt. Darin sei geregelt, wie die Zusammenarbeit im Bereich der Geobasisdaten des Bundesrechts in Zuständigkeit der Kantone organisatorisch und technisch erfolgen solle. Die Vereinbarung sei am 29. August 2013 unterschrieben worden. Mit der Software GADES sollen gemäss den Ausführungen der Vergabestelle Geobasisdaten des Bundesrechts in Zuständigkeit der Kantone erfasst werden. Zuständig hierfür sei auf der kantonalen Seite die IKGEO. Diese habe in den letzten beiden Jahren ein neues Element der Nationalen Geodaten-Infrastruktur (NGDI) konzipiert. Eine entsprechende Test-Infrastruktur solle im Jahre 2014 in Betrieb genommen werden. Mit IKGEO sei damit für das Projekt GADES ein neuer technischer Leistungserbringer involviert, der im Bereich des Datenmanagements von GADES eine entscheidende neue Rolle spielen werde. Im Gegensatz zum früheren Konzept würden die Kantone die Geodaten von GADES selber harmonisieren, aggregieren, untereinander verteilen und dem Bund wieder zur Verfügung stellen. Für das Projekt GADES bedeute dies, dass we-

sentliche Grundlagendokumente der ursprünglichen Ausschreibung vollständig überarbeitet oder neu erstellt werden müssten.

**3.8.2.2** Die Beschwerdeführerin bezweifelt in ihrer Replik vom 21. Mai 2014 die Verbindlichkeit der Zusammenarbeitsvereinbarung. Diesem Dokument komme eher der Charakter einer unverbindlichen Absichtserklärung zu. Inhaltlich werde daraus ersichtlich, dass der Bund – entgegen den Beteuerungen der Vergabestelle in der Vernehmlassung vom 29. April 2014 – auch in den kommenden Jahren auf der bestehenden Bundes Geodaten-Infrastruktur (BGDI) basieren wolle. Daraus müsse gefolgert werden, dass auch GADES auf der bestehenden BGDI laufen solle, wie dies den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen zu Grunde gelegt worden sei. Zudem liege die Zusammenarbeitsvereinbarung bereits seit August 2013 vor. Diese könne somit für den Verfahrensabbruch, der erst 7 Monate später erfolgt sei, keinen wichtigen Grund darstellen. Auch sei nicht ersichtlich, inwieweit der Einbezug von IKGEO als grosse Projektänderung anzusehen sei. Gemäss Pflichtenheft hätten die Geobasisdaten des Bundesrechts in Zuständigkeit der Kantone an die jeweiligen Kantone ausgeliefert werden müssen. Nun müssten diese Daten einfach an diese zentrale Stelle für alle Kantone geliefert werden. Dies sei eher als Vorteil zu werten.

**3.8.2.3** In der Duplik vom 16. Juni 2014 macht die Vergabestelle geltend, dass die Vereinbarung rechtsverbindlich unterschrieben worden sei. Auch handle es sich bei GADES um eine Neuentwicklung eines Systems, welches nicht auf der bestehenden Infrastruktur der BGDI aufgebaut werden könne. Mit der Integration der Aggregationsinfrastruktur würden keine Geodaten mehr von A nach B geliefert. Die Aggregationsinfrastruktur werde die neue Datenmanagement-Plattform von GADES sein für die Erhebung, Nachführung, Verwaltung, Qualitätssicherung, Bereitstellung, Publikation und Freigabe.

**3.8.2.4** Die neue Zusammenarbeitsvereinbarung, auf welche sich die Vergabestelle stützt, mit dem Titel "Zusammenarbeitsvereinbarung Bund – Kantone [Nationales Geoportal]", wurde am 29. August 2013 im Rahmen eines Workshops e-geo unterzeichnet. Darin bestätigten Vertreter von Bund (GKG-KOGIS) und Kantonen und Städten (IKGEO) ihren Willen zur aktiven Zusammenarbeit für den Aufbau und den Betrieb der nationalen Geodateninfrastruktur. Unterzeichnet wurde diese Vereinbarung unter anderem vom Direktor des Bundesamtes für Landestopographie, vom Präsidenten GKG und vom Präsidenten IKGEO.

Die Vergabestelle gibt als rechtliche Grundlage der Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen GKG und IKGEO die öffentlich-rechtliche Sondervereinbarung zwischen Bund und Kantonen zum gemeinsamen Aufbau und Betrieb der nationalen Geodateninfrastruktur der Schweiz (Sondervereinbarung e-geo.ch im Rahmen der E-Government Zusammenarbeit Schweiz) an, welche per 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Mit Blick auf die hier interessierenden Bestimmungen (Zweck und Zielsetzung, Gegenstand der Zusammenarbeit, Organisation, Zusammensetzung und Beschlussfähigkeit) ist nicht ersichtlich, inwieweit die Zusammenarbeitsvereinbarung vom 29. August 2013 nicht rechtsgültig unterzeichnet worden wäre.

Die Beschwerdeführerin weist jedoch mit Recht darauf hin, dass aus dem Inhalt der Vereinbarung nicht ersichtlich wird, welche Kantone und welche Städte sich genau und in welchem Umfang binden wollen. Auch Ziff. 6 des Dokuments, wonach IKGEO und KOGIS gemeinsame Überzeugungsarbeit betreffend des gewählten Wegs bei den zuständigen Stellen auf Ebene Bund, Kantone und Gemeinden zu leisten beabsichtigen, weist darauf hin, dass die Vereinbarung auch Elemente einer Absichtserklärung enthält. In der Vereinbarung wird unter anderem jedoch auch geregelt, dass der Viewer des Nationalen Geoportals mit dem BGDI Viewer betrieben wird, und der Bund die Kosten dafür übernimmt (Ziff. 1). Weiter wird festgehalten, dass IKGEO für die Aggregation und Harmonisierung der Geobasisdaten nach Bundesrecht in der Zuständigkeit der Kantone zuständig ist. Diese aggregierten Daten werden der BGDI zur Verfügung gestellt (Ziff. 2).

**3.8.2.5** Diese Konzeption, welche mit der erwähnten Zusammenarbeitsvereinbarung vom 29. August 2013 beschlossen wurde, lag zum Zeitpunkt der WTO-Ausschreibung GADES vom 11. April 2012 noch nicht vor. Auch erging das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 in der hier interessierenden Beschaffungssache vor diesem Zeitpunkt. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete damals den ersten Abbruch des Beschaffungsverfahrens im Projekt GADES als nicht legitim, da die von der Vergabestelle in Erwägung gezogene In-House-Beschaffung weder als unumgänglich noch als alternativlos angesehen wurde.

Die Vergabestelle begründet eine wesentliche Projektänderung vor allem mit der Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen und darin, dass mit IKGEO als Leistungserbringer ein neuer Projektpartner

bestehe. Gestützt darauf müssten wesentliche Grundlegendokumente der ursprünglichen Ausschreibung GADES vollständig überarbeitet oder neu erstellt werden.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die "Wesentlichkeit" der Projektänderung, zumal die Vereinbarung die bestehende Bundes Geodaten-Infrastruktur (BGDI) zu Grunde lege. Zudem sei für die nächsten sechs Jahren keine Abkehr von der gewählten Infrastruktur ersichtlich.

Die Vergabestelle erläutert in der Duplik vom 16. Juni 2014 in nachvollziehbarer Weise, dass die BGDI einzig die Basis für den Viewer des Nationalen Geoportals sein soll, wohingegen die Aggregationsinfrastruktur eine eigene Infrastruktur der Kantone ist. Auch handle es sich bei den Abmachungen in der Zusammenarbeitsvereinbarung, die den BGDI und den Viewer betreffen würden, um reine Konfigurationsanpassungen, welche bereits umgesetzt worden seien. Unbestritten handelt es sich bei GADES um eine vollständige Neuentwicklung eines Systems., welches – nach Auffassung der Vergabestelle – nicht auf der bestehenden Infrastruktur der BGDI aufgebaut werden kann.

Die Beschwerdeführerin weist zwar mit Recht darauf hin, dass die Aggregationsdateninfrastruktur nicht Gegenstand des vorliegend zu beurteilenden Vergabeverfahrens "GADES" ist. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass das Datenmanagement neu aufgebaut wird und GADES nicht isoliert von der Aggregationsinfrastruktur der Kantone betrieben werden kann. Es kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass GADES mit der neuen Aggregationsinfrastruktur der Kantone kompatibel sein muss. Dies wird gemäss den Ausführungen der Vergabestelle für die Erhebung, Nachführung, Verwaltung, Qualitätssicherung, Bereitstellung, Publikation und Freigabe von Daten der Fall sein.

Schliesslich ist auch der Umstand zu beachten, dass mit IKGEO für das Projekt GADES ein neuer technischer Leistungserbringer involviert ist, und dass die Kantone die Geodaten von GADES selber harmonisieren, aggregieren, untereinander verteilen und dem Bund wieder zur Verfügung stellen.

Dass die Vergabestelle gestützt auf die aufgezeigten Gründe das Vergabeverfahren "GADES" ein zweites Mal abgebrochen hat, um eine Projektänderung vorzunehmen, lässt sich somit auf sachliche Gründe stützen. Ob es sich dabei um Gründe handelt, die geradezu eine Verpflichtung

zung des Auftraggebers zum Abbruch bedeuten, kann bezweifelt werden, zumal die hier geltend gemachte Projektänderung allein gestützt auf die neue Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen sowie der IKGEO als neuen Projektpartner diese Schwelle nicht erreicht.

### **3.8.3 "Entwicklung und Betrieb von GADES auf einer neuen Public Cloud-Infrastruktur" und "Beschaffung einer neuen Cloud-Infrastruktur für die BGD I durch WTO-Ausschreibung"**

**3.8.3.1** Die Vergabestelle macht geltend, dass swisstopo die Public Cloud-Infrastruktur der Bundes Geodaten-Infrastruktur (BGDI) im Jahre 2014 neu öffentlich ausschreiben müsse. Die Anwendung GADES werde einige zentrale Geodienste von dieser neu zu beschaffenden Public Cloud-Infrastruktur der BGDI beziehen. Eine entsprechende WTO-Ausschreibung werde zurzeit von swisstopo zusammen mit dem BBL vorbereitet. Die Vergabe solle voraussichtlich bis Ende 2014 erfolgen.

Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Replik zu Recht darauf hin, dass der Betrieb der Public Cloud-Infrastruktur in die Zuständigkeit der swisstopo fällt und somit grundsätzlich nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann. Dies wird von der Vergabestelle auch nicht bestritten. Sie führt jedoch an, die finanzielle Sicherstellung des Betriebs der neuen Public Cloud-Infrastruktur sei eine notwendige Voraussetzung für die Umsetzung eines Systems wie GADES. Die Vergabestelle macht aber nicht geltend, das Schicksal von GADES sei unweigerlich von der Beschaffung der Public Cloud-Infrastruktur abhängig. Somit kann auch aus diesem Argument der Vergabestelle nicht darauf geschlossen werden, der Abbruch sei diesbezüglich zwingend notwendig gewesen.

**3.8.3.2** Gleiches gilt für das Argument der Vergabestelle, wonach die Entwicklung und der Betrieb von GADES auf einer neuen, noch durch eine mittels WTO-Ausschreibung zu beschaffende Private Cloud-Infrastruktur des BGDI erfolgen wird. Deren Eigenschaften würden derzeit erarbeitet und seien im Detail noch nicht bekannt.

Einerseits handelt es sich hierbei nur um die Beschaffung der Infrastruktur und es ist nicht nachvollziehbar, auch wenn damit ein Standortwechsel von Irland in die Schweiz verbunden wäre, inwieweit dies für die Betreuung von GADES von massgebender Bedeutung wäre. Zumal, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt, der Besteller bestimmen kann, welche Anwendungen auf dieser Infrastruktur betrieben werden sollen.

### **3.8.4 "Neue Anforderungen an die Anwendung GADES"**

**3.8.4.1** Die Vergabestelle verweist auf die zunehmende Bedeutung beim Einsatz von mobilen Geräten. Gerade im Umfeld der Agrardaten müsse dieser Entwicklung Rechnung getragen werden, da dieses Daten mit mobilen Geräten direkt auf dem Feld erfasst würden. Die daraus entstehenden neuen Anforderungen müssten in die Neukonzeption von GADES einfließen. Zudem müsse für das sogenannte Responsive Webdesign zusammen mit den Kantonen ein neues Teilkonzept für eine mobile Lösung für GADES erarbeitet werden.

**3.8.4.2** Die Beschwerdeführerin bezweifelt, dass es Landwirten mit einem Smartphone oder Tablet lagegenau gelingen könne, mit dem Geodaten-Erfassungsservice GADES die Landwirtschaftsflächen digitalisiert zu erfassen. Selbst bei Annahme dieser erweiterten Anforderungen, handle es sich dabei höchstens um ein Gadget und nicht um einen Hauptgegenstand der GADES-Funktionalität. Zudem könne die Berücksichtigung von mobilen Lösungen beim Abschluss eines Vertrages als Zusatzanforderung berücksichtigt werden.

**3.8.4.3** Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als sich das Projekt selbst bei Anerkennung der von der Vergabestelle vorgebrachten Argumente zu den "neuen Anforderungen an die Anwendung GADES" nicht derart grundlegend ändern würde, dass das Vergabeverfahren allein gestützt darauf abgebrochen werden müsste. Zu prüfen wird jedoch am Schluss sein, ob sämtliche der von der Vergabestelle vorgebrachten Gründe zwar nicht eine grundlegende, wohl aber eine erhebliche (mittlere) Projektänderung ergeben und der Abbruch deshalb als zulässig anzusehen ist.

### **3.8.5 "Erarbeitung und Einsetzung neuer Standards" und "Neue Technologie für die Entwicklung der Anwendung GADES"**

**3.8.5.1** Die Vergabestelle führt diesbezüglich aus, dass im bisherigen Konzept nicht vorgesehene Open Geospatial Consortium (OGC)-Standards verwendet werden müssten, damit die neue Aggregations-Infrastruktur der Kantone in GADES eingebunden werden könne. Damit die Technologien eingesetzt werden könnten, brauche es verschiedene Standardisierungsarbeiten, welche zusammen mit den Kantonen in Angriff genommen werden müssten. Gestützt darauf müssten auch mehrere Grundlagendokumente neu erstellt werden. Zudem müsse für die Ent-

wicklung der Anwendung GADES die neue Technologie der Bundes Geodaten-Infrastruktur (BGDI) genutzt werden, welche in den vergangenen zwei Jahren entwickelt worden sei. Entsprechend sei diese neue Technologie noch nicht Bestandteil des Pflichtenheftes von GADES gewesen.

**3.8.5.2** Die Beschwerdeführerin bemängelt in diesem Zusammenhang, es sei nicht ersichtlich, inwieweit die angesprochenen Technologien, sofern sie überhaupt implementiert würden, Einfluss auf GADES haben könnten. Entsprechend seien die Ausführungen der Vergabestelle lediglich Vermutungen und Hypothesen. Zudem ergebe sich aus den eingereichten Unterlagen, dass GADES in der ausgeschriebenen Form mit der aktuellen BGDI realisiert werden könne. Schliesslich seien die neuen Werkzeuge für die Aggregationsinfrastruktur der Kantone für das laufende Verfahren unerheblich, da die Bereitstellung der Grundlagendaten der Kantone nicht Gegenstand des Pflichtenheftes GADES gewesen seien.

**3.8.5.3** Auch die zu den Technologien vorgebrachten Argumente der Vergabestelle erweisen sich nicht als derart erheblich, als das Vergabeverfahren infolge einer grundlegenden Projektänderung zwingend hätte abgebrochen werden müssen. Einerseits ist der Stand der Vorbereitungsarbeiten recht vage. So beispielsweise, wenn die Vergabestelle ausführt, zurzeit werde mit den Kantonen und privaten Experten die Arbeitsgruppe für die notwendigen Revisionen initialisiert. Oder es werde zusammen mit GKG und IKGEO ein Projekt initialisiert, um die Ausarbeitung der GML-Schemas zu planen und in Angriff zu nehmen. Auch müssen offenbar in Absprache mit den Kantonen neue Tools für den Bereich WFS und GML entwickelt werden. Andererseits stellt sich auf Grund des Standes der diversen Vorbereitungsarbeiten und Projekten überhaupt die Frage, ob sämtliche der neuen Standards tatsächlich einmal implementiert werden.

**3.8.6** Mit keiner der von der Vergabestelle für den Abbruch des Vergabeverfahrens vorbrachten neuen Rahmendbedingungen und Technologien wurde das Vorhaben derart grundlegend geändert, als zwingend der Abbruch des Verfahrens hätte erfolgen müssen. Immerhin vermag die Vergabestelle vor allem mit den Hinweisen auf die neue Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen und dem IKGEO als neuen Projektpartner auf Seiten der Kantone sowie den neuen Anforderungen an die Anwendung GADES sachliche und für das Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbare Gründe für eine mittlere Projektänderung vorzubringen.

Der Abbruch erscheint im vorliegenden Verfahren als eine von mehreren grundsätzlich sinnvollen Möglichkeiten. Entsprechend durfte die Vergabestelle das Verfahren – fakultativ - abbrechen. Eine Neuausschreibung erscheint in der vorliegenden Sache geradezu geboten, damit eine neue und konsolidierte Grundlage geschaffen und womöglich der Wettbewerb verstärkt werden kann.

Da sachliche Gründe für die Projektänderung vorliegen, hat die Beschwerdeführerin keinen weitergehenden Anspruch darauf, dass der Auftraggeber von einer Neuausschreibung des geänderten Geschäfts absieht (vgl. zum Ganzen: BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2816 ff. insbesondere Fussnote 2513 mit weiteren Hinweisen).

Es sind auch keine Gründe ersichtlich, wonach die Projektänderung von der Vergabestelle in Diskriminierungsabsicht nur dazu vorgeschoben worden ist, um die Stellung der Beschwerdeführerin (als mögliche Zuschlagsempfängerin) zu berauben. Es steht der Beschwerdeführerin vielmehr offen, sich bei der Neuausschreibung wiederum am Vergabeverfahren zu beteiligen, sofern sie die Grundvoraussetzungen und Eignungskriterien erfüllt.

Die für den Projektabbruch vorgebrachten Gründe lagen im Zeitpunkt, als die Vergabestelle die Offerten einverlangte, noch nicht vor. Diese Gründe waren für die Vergabestelle auch nicht voraussehbar, zumal sie zu einem grossen Teil ausserhalb ihres Einflussbereiches lagen.

#### **4.**

Nach dem Gesagten lässt sich bei einer gesamthaften Würdigung aller erheblichen Umstände der am 14. März 2014 verfügte Abbruch des Beschaffungsverfahrens im Projekt GADES rechtfertigen. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Abbruchverfügung zu bestätigen.

#### **5.**

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen, welches das Bundesverwaltungsgericht beim Eingang der Beschwerde veranlasst hatte, die Vergabestelle am 4. April 2014 superprovisorisch anzuweisen, einstweilen alle den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizierenden Vollzugsvorkehrungen (wie insbesondere eine freihändige Vergabe oder eine Neuausschreibung) zu unterlassen (vgl. im Sachverhalt unter C.).

Insbesondere ist hier auch nicht weiter auf die naheliegende Frage einzugehen, inwieweit einer Beschwerde im Zusammenhang mit einem Abbruch überhaupt aufschiebende Wirkung gewährt werden könnte.

## **6.**

**6.1** Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass kein separater Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung getroffen wurde, auf Fr. 4'200.– festzusetzen. Sie ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss ist für die Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**6.2** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die in der Hauptsache obsiegende Vergabestelle jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde vom 3. April 2014 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'200.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP Projekt-ID 84498/Abbruch; Gerichtsurkunde)
- die B.\_\_\_\_\_ SA (auszugsweise; Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Thomas Reidy

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 22. Oktober 2014