

**28**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II  
i.S. A. gegen Eidgenössisches Departement für Verteidigung,  
Bevölkerungsschutz und Sport, Armasuisse  
B-2449/2012 vom 6. September 2012

**Öffentliches Beschaffungswesen. « Implizierter » Abbruch eines Vergabeverfahrens durch Neuausschreibung. Anforderungen an eine Abbruchverfügung insbesondere bezüglich der Begründungsdichte und an die Eröffnung. Verletzung des rechtlichen Gehörs.**

**Art. 23 Abs. 1, Art. 24 und Art. 29 Bst. a BöB. Art. 8, Art. 16 Abs. 3 und Art. 30 Abs. 3 VöB.**

1. Art. 30 Abs. 3 VöB erlaubt es nicht, einen implizierten Abbruch eines Vergabeverfahrens durch eine Neuausschreibung zu verfügen (E. 4.2).
2. Im Gegensatz zur Anforderung an die Begründungsdichte bei einer Zuschlagsverfügung muss einer Abbruchverfügung direkt und ohne entsprechendes Gesuch entnommen werden können, aus welchen sachlichen Gründen die Vergabestelle das Verfahren abbricht und ob der Abbruch definitiv ist oder eine Wiederholung des Verfahrens in Betracht gezogen wird (E. 4.2–4.3).
3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn eine Abbruchverfügung keine Begründung enthält, auf irreführende Weise auf Verordnungsbestimmungen verweist oder aus ihr nicht ersichtlich ist, welches Vergabeverfahren abgebrochen wird (E. 3.5.2 und 4.2–4.4).
4. Das Beschaffungsrecht schreibt die Publikation der Abbruchverfügung nicht vor, lässt diese jedoch zu. Wenn jedoch aufgrund eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts nur noch zwei Anbieterinnen am Vergabeverfahren beteiligt sind, müssen sie, ausgehend vom Grundsatz von Treu und Glauben, mittels individueller Verfügung über den Verfahrensabbruch informiert werden (E. 4.5).

**Marchés publics. Interruption « implicite » d'une procédure d'adjudication par un nouvel appel d'offres. Exigences requises pour la**

décision d'interruption, notamment quant à l'obligation de motiver, et pour sa notification. Violation du droit d'être entendu.

Art. 23 al. 1, art. 24 et art. 29 let. a LMP. Art. 8, art. 16 al. 3 et art. 30 al. 3 OMP.

1. L'art. 30 al. 3 OMP ne permet pas de procéder à une interruption implicite de la procédure d'adjudication au moyen d'un nouvel appel d'offres (consid. 4.2).
2. Contrairement à la décision d'adjudication, pour laquelle l'obligation de motiver est exigée, il doit être possible de déduire, directement et sans requête respective, d'une décision d'interruption les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure et dans quelle mesure cette interruption est définitive ou si une répétition de la procédure est envisageable (consid. 4.2–4.3).
3. Le droit d'être entendu est de nature formelle. Il y a une grave violation du droit d'être entendu lorsqu'une décision d'interruption n'est pas motivée, renvoie de manière erronée à des dispositions d'une ordonnance ou ne permet pas clairement de déterminer quelle procédure d'adjudication elle concerne (consid. 3.5.2 et 4.2–4.4).
4. Le droit des marchés publics ne prévoit pas explicitement la publication des décisions d'interruption, mais il l'admet. Si, toutefois, en raison d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral, seuls deux soumissionnaires restent en lice dans la procédure d'adjudication, le principe de la bonne foi implique qu'ils soient informés de l'interruption de la procédure par une notification individuelle de la décision (consid. 4.5).

Acquisti pubblici. Interruzione « implicita » della procedura di aggiudicazione mediante pubblicazione di un nuovo bando di concorso. Esigenze poste a una decisione di interruzione, in particolare per quanto riguarda l'ampiezza della motivazione e la notificazione. Violazione del diritto di essere sentito.

Art. 23 cpv. 1, art. 24 e art. 29 lett. a LAPub. Art. 8, art. 16 cpv. 3 e art. 30 cpv. 3 OAPub.

1. **L'art. 30 cpv. 3 OAPub non permette di decidere implicitamente l'interruzione della procedura mediante la pubblicazione di un nuovo bando di concorso (consid. 4.2).**
2. **A differenza delle esigenze poste all'ampiezza della motivazione di una decisione di aggiudicazione, da una decisione di interruzione si deve poter dedurre direttamente e senza un'esplicita richiesta quali sono i motivi oggettivi per i quali l'autorità aggiudicatrice interrompe la procedura, e se l'interruzione è definitiva o può essere considerata una ripetizione della procedura (consid. 4.2–4.3).**
3. **Il diritto di essere sentito è di natura formale. Vi è una violazione grave del diritto di essere sentito se una decisione di interruzione non contiene alcuna motivazione, se la stessa rinvia in modo fuorviante a disposizioni d'ordinanza o da essa non risulta quale procedura di aggiudicazione viene interrotta (consid. 3.5.2 e 4.2–4.4).**
4. **Il diritto in materia di acquisti pubblici non prescrive ma ammette comunque la pubblicazione della decisione di interruzione. Tuttavia, se in virtù di una decisione del Tribunale amministrativo federale nella procedura di aggiudicazione restano in gara due soli offerenti, conformemente al principio della buona fede questi devono essere informati in merito all'interruzione della procedura per mezzo di una decisione individuale (consid. 4.5).**

Mit Urteil vom 20. April 2011 (B–7571/2009) hob das Bundesverwaltungsgericht einen beschaffungsrechtlichen Zuschlag für den Dienstleistungsauftrag « BLSV Los-Nr. LOG 4 Logistik@V Integration Luftwaffe/Armeeapotheke » auf. Die Sache wurde zur Neuevaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter Einbezug der noch im Verfahren verbliebenen zwei Anbieterinnen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

In einer neuen Publikation vom 5. April 2012 schrieb die Vergabestelle einen Dienstleistungsauftrag « BLSV, Integration Luftwaffe » im selektiven Verfahren aus, mit dem Vermerk: « Bei dieser Ausschreibung handelt es sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30 Abs. 2 VöB ».

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Beschwerde vom 3. Mai 2012, die Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags vom 5. April 2012 sei aufzuheben und das Vergabeverfahren « Beschaffung von Dienstleistungen; BLSV Los-Nr. LOG 4 Logistik@V Integration Luftwaffe/Armeeapotheke » in Vollziehung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2011 fortzusetzen.

Die Beschwerdeführerin – eine der zwei Anbieterinnen, welche aufgrund des Urteils vom 20. April 2011 in die Neuevaluation einbezogen werden mussten – führte insbesondere aus, auf eine Anfrage, welche sie aufgrund der Publikation vom 5. April 2012 an die Vergabestelle gerichtet habe, hätte sie am 18. April 2012 ein Schreiben erhalten, in dem bestätigt worden sei, bei der Neuausschreibung handle es sich um eine Neuauflage des Vergabeverfahrens « BLSV, Logistik@V Los-Nr. LOG 4 ». Die Vergabestelle gehe in diesem Schreiben davon aus, mit dem Hinweis auf die Neuauflage in der Publikation vom 5. April 2012 wie auch im Pflichtenheft des neuen Dienstleistungsauftrags sei die seinerzeitige Ausschreibung implizit abgebrochen worden. Die Beschwerdeführerin bemängelte, damit sei das Vergabeverfahren « BLSV, Logistik@V Los-Nr. LOG 4 » nicht rechtsgültig abgebrochen worden.

Die Vergabestelle vertrat die Auffassung, der « implizite » Abbruch des vorgängigen Vergabeverfahrens sei rechtsgültig erfolgt mit der Veröffentlichung im Rahmen der Neuausschreibung und der Erteilung von zusätzlichen Informationen mit Schreiben vom 18. April 2012.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde vom 3. Mai 2012 gut, hebt die Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags « BLSV, Integration Luftwaffe » vom 5. April 2012 auf und weist die Vergabestelle an, das Verfahren « Los-Nr. LOG 4 Logistik@V Integration Luftwaffe/Armeeapotheke » im Sinne des Urteils vom 20. April 2011 weiterzuführen.

*Aus den Erwägungen:*

**3.6.1** Für das Vergaberecht enthalten das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11) 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, das heisst nachträglich, bekanntgegeben werden können. 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 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1383/2011 vom 23. Mai 2011 E. 4.1; PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Bd., 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 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 beziehungsweise einen Zuschlag widerrufen, 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 vom 15. April 1994 [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, a.a.O., Rz. 812; STEFAN SCHERLER, Die Verfügungen im Vergaberecht, Zuschlags- und weitere Verfügungen – worauf es ankommt, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, Rz. 49; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, 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 freisteht, ob sie die notwendigen Informationen als Begründung mitliefert oder ob sie zuerst

ein Gesuch abwarten will (GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, 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 Luftwaffe/Armeeapotheke » abgebrochen, auf die « Armeeapotheke » verzichtet und den Teil betreffend die Luftwaffe neu in geänderter Form ausgeschrieben. (Ein Teilverzicht, wie er beim Projektteil bezüglich Armeeapotheke beabsichtigt ist, stellt ebenfalls eine Projektänderung dar [vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, 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 potenzielle 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 » handle. Im Beschwerdeverfahren stützt sich die Vergabestelle jedoch auf Art. 30 Abs. 3 VöB und beruft sich auf einen Tippfehler in der Ausschreibung (...). Art. 30 Abs. 2 VöB betrifft den Abbruch und die Wiederholung des gleichen Verfahrens, wenn keine (zulässigen) Angebote eingegangen sind (Bst. a) oder aufgrund besonderer Umstände günstigere Angebote zu erwarten sind (Bst. b). Im Beschwerdeverfahren nennt die Vergabestelle nun als Grund für den Abbruch Art. 30 Abs. 3 VöB und geht somit von einer Neuausschreibung infolge einer wesentlichen Projektänderung aus.

Da die Ausschreibung nur den Hinweis auf die falsche Bestimmung, aber keine weiteren Ausführungen 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 « Neuauflage des Vergabeverfahrens » um einen impliziten Abbruch und eine (teilweise) Neuausschreibung des Projekts « BLSV, Logistik@V Los-Nr. LOG 4 » handelt. Die vom Abbruch direkt Betroffenen können einzig aus dem Vergleich der Ausschreibungen beziehungsweise aus den Ausschreibungsunterlagen auf einen (teilweisen) Abbruch des Projekts « BLSV, Logistik@V Los-Nr. 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 Neuauflage nach Art. 30 Abs. 3 VöB auf <http://www.simap.ch> aus technischen Gründen nicht möglich sei, die Neuauflage eines Verfahrens anders zu publizieren. Da es sich nicht um einen definitiven Abbruch handle, habe nicht die Eingabemaske « Abbruch » verwendet werden können (...). 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 offenbleiben, 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 offengelassen 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 B-7571/2009 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 vom 11. Juni 2010 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-Nr. LOG 4 » wurde vorliegend einzig mittels Publikation verfügt. Wie oben dargelegt (...), 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 B-7571/2009 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 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) mittels individueller Verfügung über einen Verfahrensabbruch informiert werden müssen.

**4.6** Der Vollständigkeit halber ist hier festzuhalten, dass ein Aufhebungsentscheid den Betroffenen möglichst rasch beziehungsweise 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).