

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Januar 2001 i.S. X [BRK 2000-018])

Öffentliches Beschaffungswesen. Abbruch eines freihändigen Vergabeverfahrens. Vertrauensschutz.

- Der Abbruch eines freihändigen zugunsten eines offenen Vergabeverfahrens ist bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen anfechtbar (E. 1d).
- Die Verpflichtung zur Ausschreibung im offenen Verfahren rechtfertigt den Abbruch eines laufenden Vergabeverfahrens aufgrund von Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB (E. 3a).
- Dem steht das Vertrauensprinzip nicht entgegen (E. 3b).

Marchés publics. Interruption d'une procédure d'adjudication de gré à gré. Principe de la confiance.

- L'interruption d'une procédure d'adjudication de gré à gré en faveur d'une procédure ouverte peut être attaquée auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (consid. 1d).
- L'obligation de procéder à un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte justifie l'interruption d'une procédure d'adjudication en cours sur la base de l'art. XIII ch. 4 let. b AIMP (consid. 3a).
- Ce comportement n'est pas contraire au principe de la confiance (consid. 3b).

Acquisti pubblici. Interruzione di una procedura di aggiudicazione a trattativa privata. Principio del legittimo affidamento.

- L'interruzione di una procedura di aggiudicazione a trattativa privata a favore di una procedura di aggiudicazione aperta può essere impugnata presso la Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (consid. 1d).
- L'obbligo di procedere ad un bando nell'ambito di una procedura aperta giustifica l'interruzione di una procedura di aggiudicazione in corso secondo l'art. XIII n. 4 lett. b AAPub (consid. 3a).
- Questo comportamento non viola il principio dell'affidamento (consid. 3b).

A. Das Bundesamt für Statistik (BFS) hat im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) den Dienstleistungsauftrag «Entwicklung des Systems CODAM (Corporate Data Management) mit einer Output-(Diffusions-)Datenbank in erster Priorität» im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben. Die Ausschreibung erfolgte nach dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422), nannte eine Frist von 40 Tagen für die Einreichung des Angebotes und enthielt eine Rechtsmittelbelehrung an die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK oder Rekurskommission).

B. X erhebt mit Eingabe vom 26. Oktober 2000 gegen die Verfügung vom 10. Oktober 2000 in Form einer GATT/WTO-Ausschreibung im offenen Verfahren bei der BRK Beschwerde. Sie beantragt, die Verfügung des BFS sei aufzuheben und der Beschwerde sei nach Massgabe von Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Zur Begründung der Beschwerde wird im Wesentlichen vorgebracht, das CODAM-Projekt bestehe in der Rationalisierung der Informatik-Applikationen des BFS. Von 1996 bis 1999 habe das BFS unter Beizug einer externen Beratungsfirma ein Grobkonzept für CODAM und eine umfassende Evaluation durchgeführt. Die mit der Evaluation und der sektionsübergreifenden Abstimmung beauftragte «CODAM-Steering Group» habe Ende Oktober 1999 der Geschäftsleitung des BFS beantragt, das CODAM-Projekt mit der schweizerischen Software von der Beschwerdeführerin (Y-Software) zu realisieren. Im vorangegangenen Evaluations- und Benchmarkingverfahren (Verfahren zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit von Computern) habe sich nämlich herausgestellt, dass einzig die erwähnte Software alle CODAM-Anforderungen erfülle. Am 15. November 1999 habe die Geschäftsleitung des BFS beschlossen, das CODAM-Projekt mit der Y-Software der Beschwerdeführerin zu realisieren, was dieser mit Schreiben vom 23. November 1999 eröffnet worden sei. Darin werde von einem bedingten Entscheid zu Gunsten der Software Y der Beschwerdeführerin gesprochen. Die Bedingung habe einzig darin bestanden, dass bis spätestens Ende Februar 2000 durch die Beschwerdeführerin eine benutzerfreundliche und möglichst performante Schnittstelle geschaffen werde, die es erlaube, aus der SAS-Umgebung auf Mikro- und Makrodaten des geplanten Datawarehouses zugreifen zu können. Diese Bedingung habe die Beschwerdeführerin durch die termingerechte Präsentation zweier Offerten von Schnittstellen in der vom BFS gewünschten Art erfüllt. Am 22. Dezember 1999 habe der Direktor des BFS für die Beschwerdeführerin völlig überraschend einen CODAM-Projekt-Stopp verfügt.

Anlässlich späterer, zu Beginn des Jahres 2000 abgehaltener Sitzungen zwischen X und dem BFS habe Letzteres der X eröffnet, dass es sich entschieden habe, den Entscheid, welche Software zu beschaffen sei, erst nach Ausarbeitung eines Detailkonzepts für CODAM durch die zuständige Projektgruppe zu fällen. Am 9. März 2000 habe der Direktor des BFS der X eine Bestätigung der bedingten Verfügung vom 29. November 1999 zugestellt. In diesem Schreiben sei X ersucht worden, dem BFS sowohl eine Offerte für das Testen der Schnittstelle als auch eine für das Gesamtprojekt CODAM zu unterbreiten. Plötzlich, anlässlich der Sitzung vom 7. April 2000, habe das BFS der X mitgeteilt, dass es ein juristisches Gutachten habe erstellen lassen, in welchem die Frage geklärt worden sei, ob es überhaupt zulässig sei, CODAM-Aufträge ohne GATT/WTO-Ausschreibung zu vergeben. Gestützt auf dieses Gutachten habe sich das BFS trotz der der X insbesondere in den Schreiben vom 23. November 1999 und 9. März 2000 gemachten Zusicherungen für eine Ausschreibung gemäss GATT/WTO entschieden. Noch am 23. Juni 2000 habe das BFS der X schriftlich zugesichert, dass in der Ausschreibung das Produkt Y (oder ein gleichwertiges Produkt) als prioritär anzubietende Software bezeichnet werde. Dennoch enthalte die Ausschreibung vom 10. Oktober 2000 keinerlei Erwähnung des Produktes Y.

Die angefochtene Verfügung in Form einer öffentlichen GATT/WTO-Ausschreibung durch das BFS wird in der Beschwerde als unzulässig und widerrechtlich bezeichnet. So habe das BFS gegen das Anbieter-Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB verstossen. Aufgrund der Verletzung eindeutiger vertraglicher Abmachungen und durch das anschliessende Verhalten des

BFS, welches weder eine vertragliche Bindung mit der Beschwerdeführerin noch irgendwelche Schadenersatzansprüche der Beschwerdeführerin habe anerkennen wollen, sei durch das BFS einseitig ein Klima geschaffen worden, das ein faires Evaluationsverfahren von vornherein grundsätzlich verunmögliche. Dadurch werde im GATT/WTO-Ausschreibungsverfahren eine einzige Anbieterin, die Beschwerdeführerin, durch das Verschulden des Auftraggebers BFS in eine Position gebracht, in welcher die von Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB geforderte Gleichbehandlung der Anbieter nicht mehr gewährleistet sei. Aus diesem Grund sei der Beschwerdeführerin eine Teilnahme an der CODAM-Ausschreibung schlicht nicht mehr zumutbar. Die Ansetzung einer Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags im offenen Verfahren sei unter den gegebenen Umständen und zum jetzigen Zeitpunkt rechtswidrig, nachdem durch die schriftliche Zusage vom 23. November 1999 die Vergabe des CODAM-Projekts an die Beschwerdeführerin bereits im Sinne von Art. 16 BoeB in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB vollzogen worden sei. Das BFS verstosse krass gegen das im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) enthaltene Verbot des venire contra factum proprium, wenn es einen bereits freihändig vergebenen Auftrag erneut im offenen Verfahren vererbe. Sodann liege seitens des BFS eine culpa in contrahendo vor. Schliesslich habe das BFS durch sein Verhalten den zu Gunsten der Beschwerdeführerin bestehenden verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz von Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verletzt und ihr beträchtlichen Schaden zugefügt. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BoeB sei ein Schadenersatzbegehren bei der Auftraggeberin einzureichen. Dies sei mit Schreiben vom 6. September 2000 geschehen. Mit Antwort vom 3. Oktober 2000 habe das BFS jeglichen Vergütungsanspruch der Beschwerdeführerin aberkannt. Die aufschiebende Wirkung sei zur Gewährung des Rechtsschutzes und zur Verhinderung von Zuständen - Vertragsabschluss BFS mit Dritten - zu erteilen.

C. Das BFS beantragt in seiner Beschwerdeantwort vom 2. Dezember 2000, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu verweigern.

Zur Begründung weist das BFS vorab darauf hin, dass selbst wenn aufgrund des technischen Benchmarking eine Präferenz für die Y-Lösung des X bestanden habe, die konkurrierende Z-Lösung, welche ebenfalls Vorteile aufgewiesen habe, nie ausgeschlossen wurde. Die der Y-Lösung seitens der Mehrheit der «CODAM-Steering Group» und insbesondere ihres Leiters eingeräumte Präferenz sei nämlich von einer Minderheit stets entschieden bekämpft worden. So habe die Geschäftsleitung des BFS schlussendlich lediglich einen durch einen doppelten Vorbehalt (Schnittstellenvorbehalt, Ressourcenvorbehalt) bedingten Vorentscheid zugunsten der Weiterverfolgung der Variante X/Y gefällt. Ein definitiver Entscheid sei erst nach Erfüllung dieser beiden Bedingungen sowie dem Vorliegen eines Detailkonzepts und konkreter Offerten denkbar gewesen. So spreche denn auch das Schreiben vom 23. November 1999 an X klar von einem bedingten Entscheid.

Weiter sei das BFS von Amtes wegen verpflichtet, bei der Vergabe des Projekts CODAM die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens einzuhalten. Ein Zuschlag im freihändigen Verfahren unter Verzicht auf eine Ausschreibung wäre ebenso unzulässig gewesen wie eine Beschränkung der Ausschreibung auf das Eigenprodukt Y der Beschwerdeführerin, da dadurch die Produkte der Konkurrenz und somit der Wettbewerb faktisch ausgeschlossen worden wären. Die von der Beschwerdeführerin angefochtene öffentliche Ausschreibung sei daher rechtmässig und könne auf dem Beschwerdewege nicht angefochten werden, wenn sie den einschlägigen Beschaffungsregeln entspreche. Dies gelte vollkommen unabhängig von eventuellen vertraglichen oder anderweitigen Zusagen. Da die Voraussetzungen für ein freihändiges Verfahren vorliegend nicht erfüllt seien, habe das CODAM-Projekt öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Der Vertrauensschutz eines Konkurrenten im Beschaffungswesen finde seine zwingende Grenze im Anspruch der Mitkonkurrenten auf ein gesetzeskonformes Vergabeverfahren. Selbst wenn also eine Vergabebehörde einem Anbieter (irrtümlich) vertraglich zusichern sollte, für ein bestimmtes Projekt sei keine Ausschreibung erforderlich, wäre eine später trotzdem erfolgte Ausschreibung rechtmässig, wenn sie den gesetzlichen Regeln entspreche. Ein Vertrauenstatbestand vermöge in solchen Fällen keinen Anspruch auf vertrauenskongforme, aber gesetzwidrige Behandlung zu begründen, sondern könne nur allfällige Schadenersatzfolgen zeitigen. Der von der Beschwerdeführerin behauptete Schaden soll zudem in der Zeit von 1996 bis Mitte 2000 eingetreten sein, so dass er nicht durch die Ausschreibung des CODAM-Projekts als solche habe verursacht werden können. Der Tatbeweis einer funktionierenden Schnittstelle, somit die Erfüllung einer der im Schreiben vom 23. November 1999 aufgestellten Bedingungen, sei nie erbracht worden. Einen CODAM-Projekt-Stopp habe es nie gegeben. Wer Dispositionen treffe, bevor der Zuschlag eines Beschaffungsauftrags rechtskräftig sei, trage hierfür selber die Verantwortung. Die Beschwerdeführerin habe schliesslich kein schutzwürdiges Interesse an der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde, und es könne ihr aus der Fortführung des Evaluationsverfahrens auch keinerlei nicht wiedergutzumachender Nachteil erwachsen.

Aus den Erwägungen:

1.a. Das Verfahren vor der BRK richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG).

b. Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Auch für alle übrigen Fragen verfahrens- oder materiellrechtlicher Art gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Dieses Prinzip hat zur Folge, dass die BRK als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

c. Das BFS untersteht unbestrittenermassen dem Beschaffungsrecht des Bundes. Es handelt sich um einen Auftraggeber im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB. Auch bezüglich Art und Umfang des Dienstleistungsauftrags und der entsprechenden Auftragswerte sind die Eintretensvoraussetzungen des BoeB erfüllt. Die in Frage stehende Beschaffung ist eine Informatikdienstleistung, welche sich im sachlichen Anwendungsbereich des BoeB befindet (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BoeB in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB], SR 172.056.11 und Ziff. 7 des Anhangs 1 zur VoeB, welcher auf die Referenz-Nummer 84 der CPC [«Central Product Classification»]-Bezug nimmt). Gemäss der Schätzung der Vergabebehörde beträgt der Umfang der Softwarebeschaffung Fr. 1 700 000.- für die Jahre 2000/2001. Da zudem keiner der Ausnahmetatbestände im Sinne von Art. 3 BoeB gegeben ist, ist die BRK für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der strittigen GATT/WTO-Ausschreibung grundsätzlich zuständig.

d. Die bei der BRK anfechtbaren Verfügungen sind in Art. 27 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29 BoeB aufgezählt.

aa. Das Schreiben vom 23. November 1999 der Projektleitung CODAM des BFS an die Beschwerdeführerin, mit welchem dieser der bedingte Entscheid zu Gunsten ihrer Software Y mitgeteilt wurde, stellt einen Entscheid dar, mit welcher die Vergabebehörde

das im konkreten Fall anzuwendende Vergabeverfahren festgelegt hat. Das BFS hat sich dabei für eine Vergabe des in Frage stehenden Beschaffungsgeschäfts im freihändigen Verfahren entschieden (vgl. zum Europäischen Recht: Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-337/98, Kommission/Frankreich, noch nicht veröffentlicht, Rz. 36). Die Entscheidung, einen Auftrag nicht auszuschreiben, sondern ihn im freihändigen Verfahren zu vergeben, ist nicht mit dem Zuschlag gleichzusetzen. Sie leitet lediglich einen Verfahrensabschnitt ein, in welchem die Vergabebehörde frei mit einem von ihr ausgewählten Anbieter verhandelt. Kommt es zwischen ihr und einem Anbieter zu einer Einigung, vergibt sie den Auftrag im freihändigen Verfahren. Danach folgt der Vertragsschluss. Im vorliegenden Fall stellt jedoch weder das Schreiben vom 23. November 1999 noch dasjenige vom 9. März 2000 einen Zuschlag der Vergabebehörde dar, da es weder bezüglich Preis

noch bezüglich Leistung zu einer Einigung gekommen ist. Auch war die Evaluation der Schnittstelle noch nicht beendet. Schliesslich wurde von der «CODAM-Steering Group» noch über eine andere technische Variante diskutiert, so dass noch weitere Unternehmen in Betracht gezogen wurden (vgl. hierzu Entscheid der BRK vom 29. Juni 1998, veröffentlicht in VPB 63.15 E. 4c). Eine Vergabe im freihändigen Verfahren nach Art. 16 BoeB in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB fand somit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht statt.

bb. Der Verfügung vom 10. Oktober 2000 kommt eine doppelte Rechtsnatur zu. Ausdrücklich handelt es sich dabei um eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Implizit wird durch diese Ausschreibung jedoch auch verfügt, das bereits laufende freihändige Vergabeverfahren abzubrechen. Sowohl eine Ausschreibung (Art. 29 Bst. b BoeB) als auch der Abbruch eines Vergabeverfahrens (Art. 29 Bst. a in fine BoeB) stellen selbständig anfechtbare Entscheide dar. Im Verfahren der freihändigen Vergabe, das ohne vorgängige Ausschreibung eingeleitet wird, eröffnet die Zuschlagsverfügung in der Regel die erste Anfechtungsmöglichkeit (Entscheid der BRK vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in VPB 64.8 E. 1b/bb). Kommt es indes zu einem Abbruch eines freihändigen Verfahrens, so ist auch dieser aufgrund von Art. 29 Bst. a in fine BoeB selbständig anfechtbar.

Im vorliegenden Fall ficht die Beschwerdeführerin beide Verfügungen an. Indem sie eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BoeB) sowie die Wahl des anzuwendenden Vergabeverfahrens rügt, ficht sie zunächst einmal die Ausschreibungsverfügung an. Eine Beschwerde gegen die Ausschreibung kann sowohl die Form der Veröffentlichung (vgl. Art. 24 BoeB und Art. 8 VoeB) als auch die Elemente des Inhalts der Ausschreibung (vgl. Art. IX Ziff. 6-11 ÜoeB; Art. 16 VoeB und Anhang 4 zur VoeB) betreffen, im Besonderen aber auch die Art des Vergabeverfahrens und seine Unterwerfung unter die Regeln des GATT/WTO/BoeB-Vergaberechts (Art. 9 Ziff. 6 Bst. b ÜoeB, Ziff. 2 und 13 des Anhangs 4 zur VoeB), ferner die Frist für die Einreichung des Angebotes, die Eignungskriterien, allfällige andere Umstände oder diskriminierende Vorschriften sowie das Fehlen gewisser vom ÜoeB oder vom BoeB verlangter Angaben (Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Diss. Freiburg 1997, S. 501). Insofern die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Vertrauensprinzips sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben rügt (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV), wird von ihr andererseits die - implizite - Verfügung auf Abbruch des freihändigen Vergabeverfahrens angefochten. Ein Beschwerdeführer kann der Vergabebehörde vorwerfen, sie habe das falsche Vergabeverfahren angewendet. So kann er den Zuschlag im freihändigen Verfahren mit der Begründung anfechten, es hätte ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden müssen (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in VPB 64.8 E. 1b/bb). In gleicher Weise steht es ihm - umgekehrt - auch zu, den Abbruch eines freihändigen zugunsten eines offenen bzw. selektiven Vergabeverfahrens zu rügen.

e. Durch die Beschwerde vom 26. Oktober 2000, welche sich gegen die Ausschreibung vom 10. Oktober 2000 richtet, wird die Frist von 20 Tagen gemäss Art. 30 BoeB eingehalten. Dies gilt auch insofern, als sich die Beschwerde gegen den - impliziten - Abbruch des freihändigen Vergabeverfahrens richtet. Dass der Entscheid, das freihändige Verfahren abzubrechen und den Auftrag auszuschreiben, bereits im Telefongespräch vom 25. Mai 2000 zwischen einem Vertreter des BFS und der Beschwerdeführerin sowie insbesondere an der Sitzung vom 21. Juni 2000 angekündigt worden ist, vermag daran nichts zu ändern. Einer mündlichen oder telefonischen Mitteilung kommt kein Verfügungscharakter zu (Art. 5 Abs. 1, Art. 31, Art. 35 und Art. 38 VwVG; vgl. Entscheid der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 64.8 E. 1b/bb). Verfügungscharakter kommt somit erst der mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Ausschreibung vom 10. Oktober 2000 zu. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde kann somit eingetreten werden.

f. Mit der Beschwerde an die BRK kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht zur Verfügung (Art. 31 BoeB).

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Ausschreibung des in Frage stehenden Beschaffungsgeschäftes im offenen Verfahren sei unzulässig, da aufgrund technischer Besonderheiten des Auftrags nur eine Anbieterin in Frage komme, so dass gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB vorliegend eine freihändige Vergabe zu erfolgen habe.

a. Die Vergabebehörde hat freie Wahl zwischen dem offenen und selektiven Verfahren, während eine freihändige Vergabe (oder eine Vergabe im Einladungsverfahren) nur unter den in Art. 13 Abs. 1, Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 VoeB abschliessend und detailliert aufgeführten Voraussetzungen zulässig ist. Da es sich um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, restriktiv auszulegen (Entscheid der Rekurskommission vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in VPB 64.8 E. 1b/aa mit Hinweisen, sowie zur Veröffentlichung bestimmter Entscheid der Rekurskommission vom 3. November 2000 [BRK 2000-007], E. 4a[1]; Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Freiburg 1996, Rz. 1910; Evelyne Clerc, *Innovation et marchés publics: Propriété intellectuelle, prototype, concours d'idées, dialogue technique et financement privé*, in: Nicolas Michel/Roger Zäch [Hrsg.], *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz* [hiernach: *Submissionswesen*], Zürich 1998, S. 88). Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB kann die Auftraggeberin den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, sofern aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Dieser Ausnahmetatbestand beruht seinerseits auf dem Vorbehalt von Art. XV Ziff. 1 Bst. b ÜoeB. Er ist erst dann erfüllt, wenn der Auftrag aufgrund der genannten Besonderheiten nur an einen bestimmten Anbieter erteilt werden kann, d.h. wenn dieser als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Die Beweislast dafür, dass die aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will. In Anbetracht des Wortlauts von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB ist die Vergabebehörde nicht nur verpflichtet, zur Rechtfertigung der Anwendung des freihändigen Verfahrens das Vorliegen technischer Gründe im Sinne dieser Vorschrift darzutun, sondern sie muss auch glaubwürdig erläutern und - wenn möglich - belegen, dass diese technischen Gründe es unbedingt erforderlich machen, den Auftrag freihändig zu vergeben (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 3. November 2000 [BRK 2000-007][2], E. 4a und b mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall hat sowohl das Ergebnis des Benchmarktests als auch der Detailevaluation ergeben, dass die Z-Lösung durchaus in Betracht zu ziehen ist. Da somit eine Alternative zur Y/X-Lösung bestand, waren die Voraussetzungen für die Durchführung einer Vergabe im freihändigen Verfahren gemäss Art. 13 Abs. 3 Bst. c VoeB bzw. Art. XV Ziff. 1 Bst. b ÜoeB nicht gegeben.

b. Grundsätzlich steht es dem Auftraggebenden zudem frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als im konkreten Einzelfall erforderlich wäre (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 166 f.; Herbert Lang, Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen - Das Abkommen Schweiz - EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Submissionswesen, a.a.O., S. 28 f.).

Die Rüge, das BFS habe zu Unrecht den Auftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben, erweist sich somit als unbegründet.

3. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, durch den Abbruch des bisherigen freihändigen Vergabeverfahrens sei ihr rechtlich geschütztes Vertrauen in behördliche Zusicherungen verletzt worden.

a.aa. Das Prinzip von Treu und Glauben gebietet, dass der Abbruch eines Vergabeverfahrens durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist (vgl. Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB; Clerc, a.a.O., S. 501; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 453 ff.). Art. 30 VoeB stellt zumindest eine teilweise Konkretisierung dieses Grundsatzes dar. Es gilt aber zu beachten, dass das Landesrecht staatsvertragskonform auszulegen ist (BGE 122 II 239 E. 4e; Zwischenentscheid der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2c/bb in fine, mit weiteren Hinweisen).

bb. Der vorliegend zu beurteilende Entscheid des BFS, das freihändige Vergabeverfahren abubrechen und den Auftrag im offenen Verfahren auszuschreiben beruht darauf, dass sich das BFS erst im Laufe des Vergabeverfahrens bewusst wurde, dass eine Softwarebeschaffung in den Anwendungsbereich des GATT/ WTO-Vergaberechts fällt. Die Tatsache, dass eine Beschaffung im offenen Verfahren ausgeschrieben werden muss, begründet ein öffentliches Interesse im Sinne von Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB, welches den Abbruch eines laufenden Vergabeverfahrens rechtfertigt. Durch eine freihändige Vergabe wäre ohne rechtliche Grundlage und in Verletzung sämtlicher vergaberechtlicher Bestimmungen das in Frage stehende Beschaffungsgeschäft vollkommen dem Wettbewerb entzogen worden. Es wäre sinnwidrig, dass die Vergabebehörde durch das Vergaberecht dazu gezwungen wäre, einen vergaberechtswidrigen Entscheid zu fällen, der erst von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden könnte und erst aufgrund deren Rückweisungsbestimmungen die Vergabe ordentlich ausgeschrieben werden könnte. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Grundsatz der Prozessökonomie sowie dem Anspruch auf ein rasches Verfahren in ganz erheblichem Masse. Somit kann auch dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Falle der Entscheid des BFS, die Softwarewahl erst nach Erarbeitung eines Detailkonzeptes für CODAM zu treffen, eine wesentliche Änderung des Projekts im Sinne von Art. 30 Abs. 3 VoeB, welche seinerseits den Abbruch der freihändigen Vergabe gerechtfertigt hätte, darstellt.

b. Selbst wenn die Voraussetzungen von Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB bzw. Art. 30 Abs. 3 VoeB erfüllt sind, könnte einem Abbruch des Vergabeverfahrens jedoch auch das allgemeine Vertrauensprinzip in dem Sinne entgegenstehen, dass die Vergabebehörde an die von ihr geschaffene Vertrauensgrundlage gebunden wäre.

aa. Das in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verankerte Prinzip von Treu und Glauben stellt ein verfassungsmässiges Individualrecht dar. Hieraus lässt sich der Grundsatz des Vertrauensschutzes ableiten (vgl. René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 151; Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Bern 2000, Rz. 1117). Er besagt, dass der Bürger Anspruch darauf hat, in seinem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (BGE 125 I 219 f. E. 9c, BGE 121 II 479 E. 2c; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 526). Er soll verhindern, dass der Bürger infolge seines Vertrauens in das Verhalten von Behörden einen Nachteil erleidet. In der Form des so genannten Bestandesschutzes bewirkt er, dass die Behörde an die von ihr geschaffene Vertrauensgrundlage gebunden bleibt. Damit eine unrichtige behördliche Auskunft eine solche Wirkung zeitigt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die Auskunft muss zur Begründung von Vertrauen geeignet sein, die auskunfterteilende Behörde muss zuständig gewesen sein, die Auskunft muss vorbehaltlos erteilt worden sein, die Unrichtigkeit der Auskunft darf nicht erkennbar gewesen sein, der Adressat muss im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft eine für ihn nachteilige und nicht ohne Schaden rückgängig zu machende Disposition getroffen haben und es darf seither keine Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage eingetreten sein (BGE 121 II 479 E. 2c; vgl. zum Ganzen Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 564 ff. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Auch wenn die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens des Bürgers in eine unrichtige Auskunft erfüllt sind, bleibt jedoch abzuwägen, ob ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht dennoch dem Vertrauensschutz vorzugehen hat (BGE 117 Ia 290 E. 3e, BGE 101 Ia 331 E. 6c).

bb. Im vorliegenden Fall war das Verhalten der Vergabebehörde, insbesondere deren Schreiben vom 23. November 1999 und vom 9. März 2000, geeignet, bei der Beschwerdeführerin das Vertrauen zu erwecken, dass die Informatikbeschaffung im freihändigen Verfahren vergeben werde. Auch gingen die in Frage stehenden vertrauensbildenden Handlungen vom Projektleiter CODAM respektive dem Vorsteher des BFS aus, mithin von der zuständigen Behörde. Da selbst die Vergabebehörde ein Rechtsgutachten zur Frage, ob die Vergabe dem ÜoeB/BoeB unterstellt sei und, falls dies der Fall sei, welches Vergabeverfahren vorliegend anzuwenden war, einholen musste, war die Unrichtigkeit des behördlichen Vorgehens auch nicht ohne weiteres erkennbar. Zudem hat sich weder der Sachverhalt noch die Rechtslage seither verändert. Die von der Vergabebehörde gegebene Zusicherung war jedoch insofern bedingt, als die Beschwerdeführerin bis spätestens Ende Februar 2000 eine benutzerfreundliche und möglichst performante Schnittstelle zu schaffen hatte, welche es erlaubte, aus der SAS-Umgebung auf Mikro-/ Makrodaten des geplanten Datawarehouses zuzugreifen. Zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabebehörde bestehen abweichende Auffassungen darüber, ob diese Bedingung erfüllt wurde. Diese Frage kann jedoch - genauso wie diejenige nach dem Vorliegen einer nachteiligen Disposition seitens der Beschwerdeführerin - offen gelassen werden. Denn selbst wenn es sich vorliegend um eine vorbehaltlos abgegebene Zusicherung handeln würde und die Beschwerdeführerin gestützt darauf eine nachteilige Disposition getätigt hätte, mithin die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt wären, müsste eine Abwägung zwischen den auf dem Spiele stehenden privaten und öffentlichen Interessen vorgenommen werden. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird (unten E. 3b/cc), ist das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung in jedem Fall als das gewichtigere zu bezeichnen.

cc. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 117 Ia 290 E. 3e, BGE 101 Ia 331 E. 6c) muss bei einem Konflikt zwischen zu schützendem Vertrauen und entgegenstehenden anderen Interessen jeweils eine Abwägung vorgenommen werden;

auch berührte private Drittinteressen müssen unter Umständen zurückweichen. Eine Verletzung des Vertrauensschutzes bewirkt keine Abänderung des angefochtenen Entscheides, wenn das öffentliche Interesse dessen Aufrechterhaltung verlangt. In diesem Fall können die Betroffenen den Ersatz des ihnen zugefügten Schadens auf dem ordentlichen Rechtswege verlangen. Vorliegend hätte eine Vergabe im freihändigen Verfahren die übrigen Anbieter jeglicher Möglichkeiten, am Vergabeverfahren teilzunehmen, beraubt. Zudem ist das Interesse der Beschwerdeführerin an einem freihändigen Vergabeverfahren nicht allzu hoch einzuschätzen, wäre es ihr doch unbenommen gewesen, auch am offenen Verfahren teilzunehmen und eine (unter Umständen modifizierte) Offerte einzureichen. Die Chancen, den Auftrag zu erhalten, werden somit nicht zunichte gemacht, sondern - infolge der nunmehr bestehenden Konkurrenzsituation - lediglich vermindert. Somit besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an richtiger

Rechtsanwendung, zumal dadurch auch die betroffenen Drittinteressen geschützt werden.

Somit führte eine Verletzung des Vertrauensprinzips selbst dann nicht zu einer Aufhebung der Ausschreibungsverfügung und Wiederaufnahme des freihändigen Vergabeverfahrens wenn - was vorliegend offen gelassen werden kann - sämtliche Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt wären. Diesfalls käme höchstens ein nicht in diesem Verfahren zu beurteilender Verantwortlichkeitsanspruch in Betracht. Der Abbruch des freihändigen Vergabeverfahrens erfolgte mithin zu Recht.

4.a. Ferner ist in keiner Weise dargetan und auch nicht ersichtlich, inwiefern das BFS gegen das Anbieter-Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB hätte verstossen haben sollen. Schliesslich geht die Berufung auf ein Schadenersatzbegehren, das die Beschwerdeführerin gemäss Art. 35 Abs. 1 BoeB bei der Auftraggeberin eingereicht habe, von vornherein fehl. Denn Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Begehrens ist, dass die BRK vorgängig in einem Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 oder Art. 33 BoeB die Rechtswidrigkeit einer Verfügung einer Vergabebehörde festgestellt hat, was hier offensichtlich nicht der Fall ist. Ob und inwieweit der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 34 Abs. 3 BoeB allgemeine Schadenersatzansprüche aus dem Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März

1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32) zustehen, ist ebenso wenig im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

b. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos. Für eine superprovisorische Gewährung von Rechtsschutz bestand umso weniger Anlass, als es beim gegebenen Stand des Vergabeverfahrens ohnehin (noch) nicht um einen Vertragsabschluss des BFS mit Dritten bzw. dessen Verhinderung durch eine vorsorgliche Massnahme gehen konnte.

[1] Vgl. VPB 65.41 E. 4a, S. 494.

[2] Vgl. VPB 65.41 E. 4a und b.

Dokumente der BRK