

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001 i.S. B. AG [BRK 2001-005])

Öffentliches Beschaffungswesen. Voraussetzungen für den Abbruch des Vergabeverfahrens. Definitiver Verzicht auf das ins Auge gefasste Projekt. Feststellung der Verletzung von Bundesrecht bei rechtswidrigem Abbruch des Verfahrens und im Hinblick auf ein Schadenersatzbegehren.

Art. 32 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BoeB. Art. 30 Abs. 1 VoeB. Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB.

- Nach Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB muss der Beschluss der Vergabestelle, keinen Auftrag zu vergeben, im öffentlichen Interesse liegen. Dieses öffentliche Interesse muss das Interesse der Submittenten an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegen (E. 2a).

- Das einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigende öffentliche Interesse darf für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar gewesen sein. Wenn die Vergabebehörde mit dem selektiven Verfahren ein zweistufiges Verfahren gewählt hat, darf der Grund für den Verfahrensabbruch auch im Zeitpunkt der Einladung zur Offertstellung nicht vorhersehbar gewesen sein (E. 2e).

- Das Bundesrecht enthält keine Regelung für den Fall, dass die Vergabestelle ein Verfahren gestützt auf Art. 30 Abs. 1 VoeB abgebrochen hat und sich dieser Abbruch als rechtswidrig erweist. Indes liegt die analoge Anwendung von Art. 32 Abs. 2 BoeB nahe. Nach dieser Bestimmung wird bezüglich der Rechtswidrigkeit einer fehlerhaften Verfügung ein Feststellungsentscheid getroffen. Diesbezüglich nicht einschlägig ist der Verweis auf das Verantwortlichkeitsrecht gemäss Art. 34 Abs. 3 BoeB (E. 3).

Marchés publics. Conditions pour l'interruption de la procédure d'adjudication. Abandon définitif du projet envisagé. Constatation de la violation du droit fédéral due à l'interruption illicite d'une procédure d'adjudication, eu égard à une prétention en dommages-intérêts.

Art. 32 al. 2 et art. 34 al. 3 LMP. Art. 30 al. 1 OMP. Art. XIII ch. 4 let. b AMP.

- Aux termes de l'art. XIII ch. 4 let. b AMP, la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas passer le marché doit être fondée sur un intérêt public. Il doit s'agir d'un intérêt public qui l'emporte sur l'intérêt du soumissionnaire à poursuivre la procédure (consid. 2a).

- L'intérêt public justifiant l'interruption de la procédure d'adjudication ne doit pas être prévisible pour le mandant lors de l'ouverture de la procédure. Lorsque le pouvoir adjudicateur choisit une procédure sélective en deux étapes, la raison de l'interruption de la procédure ne doit pas non plus être prévisible au moment de l'invitation à présenter une offre (consid. 2e).

- Le droit fédéral ne réglemente pas le cas où le pouvoir adjudicateur a interrompu une procédure selon l'art. 30 al. 1 OMP et que cette interruption se révèle illicite. Dans ce cas, une application par analogie de l'art. 32 al. 2 LMP s'impose. Conformément à cette norme, l'illicéité de la décision viciée est établie dans une décision de constatation. A cet égard, le renvoi de l'art. 34 al. 3 LMP à la loi sur la responsabilité n'est donc pas pertinent (consid. 3).

Acquisti pubblici. Condizioni per l'interruzione della procedura di aggiudicazione. Rinuncia definitiva al progetto previsto. Constatazione della violazione del diritto federale a causa dell'interruzione illegale della procedura, nel contesto di una pretesa di risarcimento dei danni.

Art. 32 cpv. 2 e art. 34 cpv. 3 LAPub. Art. 30 cpv. 1 OAPub. Art. XIII n. 4 lett. b AAP.

- Secondo l'art. XIII n. 4 lett. b AAP la decisione dell'autorità di aggiudicazione di non attribuire mandati deve fondarsi sull'interesse pubblico. Questo interesse pubblico deve essere preponderante rispetto all'interesse degli offerenti alla continuazione della procedura (consid. 2a).

- L'interesse pubblico che giustifica l'interruzione di una procedura d'aggiudicazione non deve essere prevedibile per il mandante al momento dell'apertura della procedura. Se l'autorità di aggiudicazione sceglie una procedura selettiva in due tappe, il motivo per l'interruzione della procedura non deve essere prevedibile nemmeno al momento dell'invito alla presentazione delle offerte (consid. 2e).

- Il diritto federale non contiene alcuna regola per il caso in cui l'autorità di aggiudicazione abbia interrotto una procedura sulla base dell'art. 30 cpv. 1 OAPub e tale interruzione risulti illegale. In questo caso si impone un'applicazione per analogia dell'art. 32 cpv. 2 LAPub. Secondo questa disposizione, viene presa una decisione d'accertamento relativa all'illegalità di una decisione errata. A tale proposito, il rinvio al diritto sulla responsabilità sulla base dell'art. 34 cpv. 3 LAPub non è pertinente (consid. 3).

Das Bundesamt für Energie (BFE) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 2. Juli 2000 das Mandat zur Förderung folgerichtiger (integraler) Gebäudesanierungen im selektiven Verfahren zur Vergabe aus. Die genannten Aufgaben im Sektor «Anlagemarkt Wohnbau» sollten im Rahmen des Nachfolgeprogramms von Energie 2000 an ein privates Unternehmen delegiert werden. Aufgrund der Präqualifikation wurden zwei von sechs Anbietern als geeignet beurteilt. Dies wurde den Anbietern am 31. Oktober 2000 mitgeteilt. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2000 wurden die selektionierten Anbieter zur Offertstellung eingeladen. Die B. AG reichte ihre Offerte am 9. Januar 2001 ein. Mit elektronischer Mitteilung vom 30. Januar 2001 wurde die B. AG aufgefordert, im Sinne eines Nachtrags zur Offerte vier Ergänzungsfragen zu beantworten. Am 2. Februar 2001 wurde ihr hierzu Frist gesetzt bis zum 6. Februar 2001. Die gewünschte Offertergänzung wurde fristgerecht nachgereicht. Mit Verfügung vom 23. März 2001 teilte das BFE den Anbietern mit, das Vergabeverfahren werde abgebrochen.

Aus den Erwägungen:

1.a.-b. (...)

c. Nach Art. 48 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) sind all jene zur Beschwerde berechtigt, die durch die angefochtene Verfügung berührt sind und ein schutzwürdiges

Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben (Entscheid der Rekurskommission vom 16. August 1999, veröffentlicht in VPB 64.29, E. 1b; André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.23 und 2.26; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 535; zur Legitimation bei der staatsrechtlichen Beschwerde vgl. BGE 125 II 95 E. 4). Von einer Verfügung betreffend definitiven Abbruch eines Vergabeverfahrens sind alle Bewerber oder Submittenten betroffen; sie haben ein praktisches Interesse an der Beschwerdeführung, da sie mit dem Abbruch des Verfahrens jeder Chance auf den Zuschlag beraubt werden.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin im Rahmen der Ausschreibung des BFE vom 3. Juli 2000 aufgrund der Einladung zur Offertstellung vom 1. Dezember 2000 ein mit erheblichen Aufwendungen verbundenes Angebot eingereicht. Durch den endgültigen Abbruch des Vergabeverfahrens ist sie der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, beraubt worden. Die Beschwerdeführerin behält ein aktuelles, schützenswertes Interesse an der Beschwerdeführung, selbst wenn sie mit ihrem Hauptbegehren lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Abbruchverfügung verlangt.

2. Die Beschwerdeführerin bestreitet im Wesentlichen die Rechtmässigkeit des vom BFE verfügten definitiven Abbruchs des Vergabeverfahrens.

a. Für das Vergaberecht des Bundes wird diesbezüglich in Art. 30 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) festgehalten, dass die Auftraggeberin das Verfahren abbricht, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht. Im Gegensatz zu diesem endgültigen Abbruch des Verfahrens folgt bei den Sachverhalten gemäss Abs. 2 und 3 von Art. 30 VoeB dem Abbruch des Vergabeverfahrens ein neues Verfahren. Das BoeB enthält keine materielle Bestimmung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein endgültiger Abbruch des Verfahrens statthaft ist, sondern lässt es dabei bewenden, den Abbruch des Vergabeverfahrens als selbständig anfechtbare Verfügung zu bezeichnen (Art. 29 Bst. a BoeB). Nach Art. XIII Ziff. 4 Bst. b des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) muss der Beschluss der Beschaffungsstelle, keinen Auftrag zu vergeben, im öffentlichen Interesse liegen («in the public interest», «raisons d'intérêts public»). Einen Katalog von zulässigen Gründen für den Abbruch des Vergabeverfahrens beinhaltet das Abkommen nicht. Das Erfordernis eines öffentlichen Interesses stellt ein verfassungsmässiges Prinzip dar, das ausdrücklich

in Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) festgehalten ist. Zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses im Einzelfall bedarf es dabei einer Abwägung der in Betracht zu ziehenden Interessen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 473 ff.). Für den Fall des Abbruchs eines Vergabeverfahrens heisst dies eine Abwägung zwischen dem von der Vergabebehörde geltend gemachten öffentlichen Interesse am Abbruch und dem Interesse der Submittenten vorab an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Das öffentliche Interesse, das einen Abbruch des Vergabeverfahrens zu rechtfertigen vermag, hängt dabei stark von den Umständen des Einzelfalles ab, so dass eine allgemeine, abstrakte Aufzählung kaum zuverlässig vorgenommen werden kann. Es muss sich aber jedenfalls um ein das Interesse der Submittenten an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegendes öffentliches Interesse handeln.

Auch der in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verankerte Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gebietet, dass der Abbruch eines Vergabeverfahrens durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein muss (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 26. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.77 E. 3a mit Hinweisen). Denn bei einem definitiven Abbruch des Vergabeverfahrens werden die Offerenten endgültig der Möglichkeit beraubt, den Auftrag zu erhalten, und die von ihnen im Rahmen des Vergabeverfahrens bereits gemachten Aufwendungen erweisen sich als nutzlos. Zu einem gleichen Ergebnis gelangt man unter Beizug der sich aus dem Bundeszivilrecht ergebenden Treuepflichten. In diesem Sinne verbieten es dem Auftraggeber schon die vorvertraglichen Treuepflichten nach Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), dem einzelnen Submittenten seine Chance auf den Zuschlag durch grundlosen Verfahrensabbruch zu entziehen oder durch eine Wiederholung des Verfahrens zu verschlechtern bzw. auch bloss möglicherweise zu verschlechtern (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 453).

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) und das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuGI) haben ihrerseits zu Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Baukoordinierungsrichtlinie; Amtsblatt [ABl] 1993 L 199/54, zuletzt geändert durch ABl 1997 L 328/1) und zu Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungsrichtlinie; ABl 1992 L 209/1, zuletzt geändert durch ABl 1997 L 328/1) festgehalten, die Ausübung der dem Auftraggeber stillschweigend verliehenen Befugnis, auf die Vergabe eines Auftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten oder das Vergabeverfahren von neuem einzuleiten, würden gemäss diesen Richtlinien nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder aussergewöhnlicher Umstände abhängig gemacht. Das EuGI hat zudem ausgeführt, dass ein öffentlicher Auftraggeber in dieser Frage über ein weites Ermessen verfüge (Urteil vom 16. September 1999 in Sachen Metalmeccanica Fracasso und Leitschutz, C-27/98, Sammlung der Rechtssprechung [Slg.] 1999, I-5697, Randnr. 21-25; Urteil vom 17. Dezember 1998 in Sachen Embassy Limousines & Services gegen Europäisches Parlament, T-203/96, Slg. 1998, II-4239, Randnr. 54-61; Urteil vom 24. Februar 2000 in Sachen ADT Projekt Gesellschaft der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Tierzüchter mbH gegen Kommission, Slg. 2000, II-387, Randnr. 164-167).

Dass ein endgültiger Abbruch des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen geschehen darf, sagen die für das Vergaberecht des Bundes massgebenden Vorschriften nicht (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 458; vgl. demgegenüber für das kantonale Beschaffungswesen Art. 13 Bst. i der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB], SR 172.056.4). Die Vergabestelle verfügt mit Bezug auf den Entscheid, ein Verfahren nicht zu Ende zu führen, über ein weites Ermessen. Sie muss insofern aber ein ausreichendes öffentliches Interesse dartun können und darf ein Verfahren nicht grundlos abbrechen.

b. Im vorliegenden Fall führte die Vergabestelle zur Begründung der angefochtenen Verfügung vom 23. März 2001 zunächst Folgendes aus:

«Nachdem am 24. September 2000 alle drei Energievorlagen vom Volk verworfen wurden und nachdem der nachträgliche Antrag des Bundesamtes für Energie für Krediterhöhungen zu Gunsten des Programmes EnergieSchweiz nicht gutgeheissen wurde, ist die Programmleitung EnergieSchweiz gezwungen, beträchtliche Kürzungen in den ursprünglich geplanten Vorhaben vorzunehmen. Darunter fallen auch die Mittel für die externe Ressortleitung Anlagemarkt Wohnbauten. Zudem hat die

Programmleitung aufgrund von Gesprächen mit der Branche und Kantonen und aufgrund der Vorgaben des Energie- und des CO₂-Gesetzes betreffend Agenturen und Zielvereinbarungen entschieden, das Geschäftsfeld Anlagemarkt Wohnbauten neu auszurichten.»

Die Beschwerdeführerin wies mit Schreiben vom 30. März 2001 darauf hin, dass die Argumentation der Vergabestelle für sie nicht nachvollziehbar sei, indem als Hauptgrund der Verfügung der Abstimmungsausgang vom 24. September 2000 über die Energievorlagen genannt werde, während der Entscheid über die Ausschreibung (gemeint ist die Selektion der zur Offertstellung einzuladenden Anbieter) erst am 31. Oktober 2000 gefällt worden sei. Daraufhin räumte das BFE mit Schreiben vom 9. April 2001 ein, dass der Grund für den Abbruch des Verfahrens nicht in der Ablehnung der Energievorlagen vom 24. September 2000 liegen könne. Massgeblich für den Abbruch des Verfahrens sei vielmehr die gestützt auf Gespräche mit den Kantonen und der Branche zwischenzeitlich notwendig gewordene Neuausrichtung im Bereich des Anlagemarktes Wohnbauten. Neu sei eine vermehrte Übernahme von Aufgaben durch die Kantone und Agenturen der Wirtschaft vorgesehen.

Die Vergabestelle beruft sich auf Äusserungen der Kantone, wonach das Mandat Anlagemarkt Wohnbauten nicht fortzusetzen sei. Die Mehrheit der Kantone habe sich aufgrund der bisherigen Erfahrungen für eine Aufhebung des Ressorts Wohnbauten ausgesprochen. Dazu verweist sie zunächst auf das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung der Konferenz kantonalen Energiefachstellen vom 19. Januar 2001. Dort sprach sich in der Tat eine Vertreterin eines Kantons für die Auflösung des Ressorts «Anlagemarkt Wohnbauten» aus. Ein leitender Mitarbeiter des BFE wies anlässlich dieser Generalversammlung darauf hin, dass die Weiterführung dieses Ressorts kritisch überprüft werde. Anlässlich der Vorstandssitzung der Konferenz kantonalen Energiefachstellen vom 9. Februar 2001 wurden die Meinungen der Kantone im Protokoll dahingehend zusammengefasst, dass die Statements der Vorstandsmitglieder zeigen, dass die Meinungen in den Regionalkonferenzen betreffend Fortführung des Ressorts Wohnbauten nicht ganz einheitlich seien, überwiegend aber zu dessen Aufhebung tendieren. Zur Haltung der Vergabestelle zu diesem Punkt wird ausgeführt, es seien weitere Sitzungen zum Thema abzuwarten. Eine Übernahme des Ressorts durch die Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW) könne eine valable Option zur Fortführung dieser Stossrichtung bilden. Es stelle sich jedoch die Frage, ob die EnAW diese Aufgabe ohne Beizug externer Unterstützung beispielsweise durch eine Firma wie die B. AG überhaupt erfüllen könne und wie die Zusammenarbeit mit den Kantonen geregelt werde.

Das BFE beruft sich zudem auf Äusserungen von Vertretern der Wirtschaft. Diese hätten sich klar für den Abschluss von Zielvereinbarungen ausgesprochen (Erreichung der Ziele des CO₂-Gesetzes mit freiwilligen Massnahmen), um die Ziele des Energie- und CO₂-Gesetzes zu erreichen und die Einführung einer CO₂-Abgabe zu vermeiden. Die Branche solle die Phase der Freiwilligkeit des CO₂-Gesetzes nutzen und aktiv mitgestalten. Am 23. Februar 2001 fand eine Sitzung der Gebäudegruppe (Vertreter des Bundes, der Kantone und der Wirtschaft) zum Thema «Möglichkeiten und Grenzen von Zielvereinbarungen im Gebäudebereich im Rahmen des CO₂-Gesetzes» statt. Als Sitzungsziel wurde unter anderem die «Definition möglicher Effizienz-Strategien im Gebäudebereich (Anlagemarkt Wohnbauten) mit einer gegenüber E2000 verstärkten Wirkung» festgelegt. Zur Perspektive des Ressorts Wohnbauten wurde Folgendes festgehalten:

«Der energiepolitisch wichtige private Gebäudebereich wurde bis anhin durch das Ressort Wohnbauten bearbeitet. Dabei konzentrierte sich das Ressort auf Renditeobjekte (MFH, gemischte Nutzungen). Bevor entschieden werden kann, wie das Ressort Wohnbauten weiterzuführen ist, finden Gespräche mit den Kantonen und der Wirtschaft statt. Eine Umfrage bei den 120 Ressort-Partnern soll ebenfalls weitere Erkenntnisse bringen. Branchenbeiträge HEV, SMV, SVIT u.a. werden erwartet.»

Zusammenfassend hält die Vergabestelle dafür, die Gespräche mit den Kantonen und der betroffenen Branche hätten die Notwendigkeit einer Neuausrichtung der Tätigkeiten im Bereich Anlagemarkt Wohnbauten gezeigt. Diese Tatsachen seien nicht vorausehbar gewesen. In dieser Situation sei es für das BFE zwecklos und daher nicht mehr zumutbar gewesen, das Vergabeverfahren weiterzuführen. Es könne deshalb festgehalten werden, dass das BFE das Verfahren nicht rechtswidrig abgebrochen habe.

c. Art. 9 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG, SR 730.0; Stand am 19. Januar 1999) erklärt im Bereich Gebäude primär die Kantone für zuständig. Diese schaffen im Rahmen ihrer Gesetzgebung günstige Rahmenbedingungen für die sparsame und rationelle Energienutzung sowie die Nutzung erneuerbarer Energien (Art. 9 Abs. 1 EnG). Sie erlassen Vorschriften über die sparsame und rationelle Energienutzung in Neubauten und bestehenden Gebäuden. Dabei berücksichtigen sie den Stand der Technik und vermeiden ungerechtfertigte technische Handelshemmnisse (Art. 9 Abs. 2 EnG). In Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EnG wird dazu ergänzend Folgendes ausgeführt: «Die Kantone vollziehen die Art. 6, 7 und 9; sie werden dabei vom Bund unterstützt.» Damit entspricht die gesetzgeberische Lösung dem Konzept von Art. 2 Abs. 1 EnG, wonach Bund und Kantone ihre Energiepolitik koordinieren und die Anstrengungen der Wirtschaft berücksichtigen. Der Bundesrat kann in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Organisationen Massnahmen zur Zielerreichung festlegen. In der Botschaft des Bundesrates zum Energiegesetz vom 21. August 1996 (hiernach: Botschaft EnG, BBl 1996 IV 1005 ff.) wird zu Art. 2 EnG ausgeführt, die rechtliche Bedeutung dieser

Bestimmung trete hinter der politischen zurück; die das ganze Gesetz prägenden Prinzipien der Zusammenarbeit und Subsidiarität sollen bereits am Anfang genannt werden. Damit solle der grosse Stellenwert dieser Grundsätze im Energiegesetz zum Ausdruck gebracht werden (a.a.O., BBl 1996 IV 1086). Dies wiederum entspricht der Zielsetzung des Energieprogramms 2000. Wesentliches Element dieses Programms ist die breite Unterstützung durch alle Betroffenen. Energie 2000 soll nicht von oben verordnet werden, sondern mit Bund, Kantonen, Gemeinden, Wirtschaft und Privaten alle verantwortlichen Kräfte einbinden (Botschaft EnG, BBl 1996 IV 1027 f.). Entsprechend wurde für die Vergabe des in Frage stehenden Mandats unter anderem auf folgende «Sektor-Schwerpunkte» hingewiesen:

«- die verstärkte Zusammenarbeit (Informationsaustausch) mit den Kantonen als politische Umsetzer von Minergie in anderen Gebäudesegmenten

- Institutionalisieren der Kontakte zu den 4 Regionalkonferenzen der Kantone

- der Einbezug der kantonalen und regionalen Energieberatungsstellen wo sinnvoll in die operativen Sektoraktivitäten (fachtechn. Beratung).»

Nach den Ausführungen der Vergabestelle zeigen diese Anforderungen (vgl. auch das einschlägige Zuschlagskriterium «Zusammenarbeit mit andern Organisationen und Kantonen sowie Synergien bzw. Einbezug von anderen EnergieSchweiz Aktionen»), was für eine wichtige Position die Kantone im Gebäudebereich einnehmen sollten.

Die Subsidiarität im hier verstandenen Sinne gilt auch bezüglich staatlicher Massnahmen im Verhältnis zu eigenen Massnahmen der Wirtschaft im Rahmen des Kooperationsprinzips (Botschaft EnG, BBl 1996 IV 1124). Der geplante Art. 18 EnG, wonach der Bundesrat vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften zu den Art. 8 und 9 EnG Massnahmen der Wirtschaft, insbesondere privater Organisationen nach Art. 19 EnG, prüfen sollte (Botschaft EnG, BBl 1996 IV 1161), ist indessen nicht Gesetz geworden. Entsprechend der so verstandenen Subsidiarität räumt auch das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz, SR 641.71) der Wirtschaft die Möglichkeit ein, mit freiwilligen Massnahmen einen gewichtigen Beitrag zur Zielerreichung zu leisten und ermöglicht auch die Befreiung von der Abgabe durch eine Verpflichtung zur Begrenzung der CO₂-Emissionen. Vor der Einführung einer CO₂-Abgabe haben die Betroffenen die Möglichkeit, die CO₂-Emissionen mit Massnahmen auf freiwilliger Basis zu reduzieren (u.a. im Rahmen des Aktionsprogramms ENERGIE 2000; Botschaft zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 17. März 1997, BBl 1997 III 410 ff., insbesondere 455).

d. Die Rekurskommission stellt fest, dass aufgrund der negativen Resultate der Volksabstimmung zu den Energievorlagen die Verwaltung ihre Planung und die Projekte, zu denen auch das vorliegende Beschaffungsgeschäft gehörte, einer neuen Beurteilung unterzog. In der Folge hat sich die negative Volkshaltung auch im Widerstand der Kantone, die auf diesem Gebiet der Energie hauptsächlich verantwortlich sind, geäussert. Ferner haben sich Vertreter der Wirtschaft dem Vorhaben des Bundes ebenfalls widersetzt. Dies alles führte auch zu entsprechenden Budgetkürzungen. Bei diesem Stand der Dinge stand es im Ermessensbereich der Vergabebehörde, auf die Weiterführung des vorliegenden Beschaffungsgeschäfts zu verzichten. Die vorliegenden Umstände stellen demnach ein ausreichendes öffentliches Interesse dar, das Vergabeverfahren abubrechen.

e. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gebietet auch, dass das einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigende öffentliche Interesse für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar war (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 456; Evelynne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 492). Konkret dürfen die Anbietenden beispielsweise damit rechnen, dass die Vergabestelle mit der gebotenen und ihr möglichen Sorgfalt prüft, ob die Finanzierung auch unter Berücksichtigung der erkennbaren Eventualitäten für das in Aussicht genommene Vorhaben ausreicht (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs [BGH] vom 8. September 1998 [X ZR 99/96], veröffentlicht in Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1998, S. 3641). Sinngemäss Gleiches hat zu gelten, wenn die Vergabebehörde mit dem selektiven Verfahren ein zweistufiges Verfahren wählt und vorerst ein Präqualifikationsverfahren durchführt. In einem solchen Fall darf der im öffentlichen Interesse liegende Grund für den (späteren) Verfahrensabbruch auch nicht bei der Einladung zur Offertstellung vorhersehbar gewesen sein.

Nach der Abstimmung vom 24. September 2000 war gemäss der Verfügung vom 23. März 2001 eine Neuorientierung notwendig. Auch konnte der Bundesrat mit Rücksicht auf diese Volksabstimmung entgegen der ursprünglichen Planung das Programm EnergieSchweiz nicht mehr im Jahre 2000 verabschieden (Bericht des Bundesrats über seine Geschäftsführung 2000, S. 30). Hätte die Vergabestelle die ihr obliegende Sorgfalt angewendet, so hätte sie beispielsweise die später unternommenen Schritte - Gespräche mit den Kantonen und der Wirtschaft sowie allenfalls eine Umfrage bei den 120 Ressort-Partnern - zeitlich vorgezogen oder die Fortsetzung des Vergabeverfahrens, d. h. die Einleitung des zweiten Teils mit der Einladung der beiden präqualifizierten Anbieter zur Offertstellung, ausgesetzt. Dies rechtfertigte sich umso mehr, als aufgrund der politischen Ausgangslage, die der einschlägigen Gesetzgebung - wie gesehen (E. c. hiuvor) - zugrunde liegt, ohne weiteres erkennbar war, dass das Gelingen dieses Teils des Programms EnergieSchweiz von der erfolgreichen Integration aller Beteiligten, namentlich der Kantone und der Wirtschaft, abhängen würde. Auch die Auswertung der bisherigen Erfahrungen hätte so frühzeitig erfolgen sollen, dass

voraussehbare politische Klippen durch eine Kursänderung beispielsweise mittels des von der Vergabestelle gewählten Vorgehens zu einem früheren Zeitpunkt hätten umschifft werden können. Es kann demnach offen bleiben, ob die Vergabestelle zum Zeitpunkt des Erstellens der Ausschreibungsunterlagen zum in Frage stehenden Auftrag nicht bereits wusste, dass beim Vorgängermandat bezüglich der Kooperation mit den Kantonen Defizite zu verzeichnen waren. Darauf deuten indessen die folgenden Sätze hin: «Erfahrungen aus Energie 2000 zeigten, dass sich das Anliegen losgelöst nicht kommunizieren lässt. Bei der Einführung des Minergie-Standards bei den Zielgruppen ist diesem Umstand Rechnung zu tragen. Das beauftragte Unternehmen hat das Vorgehen und die Erfahrung bezüglich der Umsetzung von Gebäudestandards wie z. B. Minergie mit dem Auftraggeber abzusprechen.» Jedenfalls hätte das BFE bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt wissen können, dass sich die Frage, ob das Ressort weiterzuführen sei, stellen werde. Damit war der für das Vorliegen eines den Abbruch rechtfertigenden öffentlichen Interesses geltend gemachte Problembereich für die Vergabestelle in dem Moment, als sie die beiden selektionierten Anbieter zur Offertstellung

einlud, d. h. am 1. Dezember 2000, voraussehbar. Dasselbe gilt auch mit Bezug auf den seitens der einschlägigen Wirtschaftsverbände geäusserten Wunsch, im in Frage stehenden Bereich mehr Verantwortung zu übernehmen. Auch dieses Anliegen entspricht ganz der Konzeption des Gesetzgebers und hätte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt rechtzeitig in die Planung einbezogen werden können. Das BFE hätte nur früher mit der entsprechenden Frage an die später tatsächlich angesprochenen Wirtschaftsvertreter gelangen müssen. Damit war aber auch dieser Umstand für die Vergabestelle grundsätzlich vorhersehbar und sie hätte sich ohne unzumutbaren Aufwand Klarheit verschaffen können. Zudem erforderte die Neuorientierung nach der Abstimmung vom 24. September 2000 ohnehin Gespräche mit allen Beteiligten. Ein Handeln nach Treu und Glauben hätte geboten, die beiden präqualifizierten Anbieter nicht ohne die erforderlichen Abklärungen zur Offertstellung einzuladen. Die Vergabestelle hat demnach dadurch, dass sie am 1. Dezember 2000 die beiden präqualifizierten Anbieter zur Offertstellung eingeladen hat, den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt. Damit erweist sich der vom BFE am 23. März 2001 verfügte definitive Abbruch des

Vergabeverfahrens als rechtswidrig. Bei diesem Stand der Dinge erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob und inwiefern das BFE mit seinem Verhalten von Ende Januar/anfangs Februar 2001 zusätzlich gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sowie allenfalls auch gegen das Transparenzgebot verstossen hat.

3. Gemäss Art. 29 Bst. a BoeB sind sowohl die Abbruch- als auch die Zuschlagsverfügung selbständig mit Beschwerde anfechtbar.

a. Nach Art. 32 Abs. 2 BoeB wird ein Feststellungsentscheid bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung getroffen, wenn der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger bereits abgeschlossen ist. Der Gesetzgeber hat bezüglich der Zuschlagsverfügung nach erfolgtem Vertragsschluss dabei ein zweistufiges Verfahren vorgesehen (Art. 32 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 35 BoeB). In einem ersten Schritt soll die Rekurskommission im Beschwerdeverfahren nach Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich feststellen, ob der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist. Erst nach dieser Feststellung ist das Verfahren gemäss Art. 35 BoeB einzuleiten. Nach Art. 35 Abs. 1 BoeB ist ein Schadenersatzbegehren bei der Auftraggeberin einzureichen. Dieselbe Vorschrift sieht vor, dass der Bundesrat eine für den Entscheid zuständige Stelle bezeichnet, was in Art. 64 Abs. 1 VoEB geschehen ist. Dieser Vorschrift zufolge ist das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) zuständig für den Erlass von Verfügungen nach Art. 35 Abs. 1, wenn eine Einheit der allgemeinen Bundesverwaltung einen Schaden im Sinne von Art. 34 Abs. 1 BoeB verursacht hat.

Gegen die Verfügung des EFD ist die Beschwerde an die Rekurskommission zulässig, welche endgültig entscheidet (Art. 35 Abs. 2 BoeB).

In der Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 950 ff.) wird dazu ausgeführt, die Zuständigkeit der Rekurskommission für das Schadenersatzbegehren rechtfertige sich, weil diese schon im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mit dem Dossier befasst sei, so dass der Sachverhalt für sie nicht neu sei und sie rascher einen Entscheid fällen können (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1203). Diese Regelung des BoeB ist *lex specialis* im Verhältnis zum Verantwortlichkeitsgesetz (vgl. GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1202; Clerc, a.a.O., S. 589).

b. Im Gegensatz zu der in E. a dargestellten Situation, was bei rechtswidrigem Zuschlag und - mit dem Zuschlagsempfänger - bereits abgeschlossenem Vertrag gilt, enthält das Bundesrecht keine Regelung für den Fall, dass die Vergabestelle ein Verfahren gestützt auf Art. 30 Abs. 1 VoeB abgebrochen hat und sich dieser Abbruch als rechtswidrig erweist. Nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 32 Abs. 1 BoeB entscheidet die Rekurskommission in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück, d. h. bei Gutheissung einer Beschwerde hebt die Rekurskommission die angefochtene Verfügung auf und erlässt einen reformatorischen oder einen kassatorischen Entscheid. Im vorliegend zur Beurteilung stehenden Fall von Art. 30 Abs. 1 VoeB, in dem die Auftraggeberin auf das Projekt definitiv verzichtet und die ausgeschriebenen Arbeiten, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr ausführen lassen will, kann eine Aufhebung der - rechtswidrigen - Abbruchverfügung indessen nicht in Betracht kommen. So kann es nicht angehen, die Vergabestelle beispielsweise zum Bau eines Gebäudes zu zwingen, auf dessen Erstellung sie entgegen der Ausschreibung nachträglich verzichten möchte (vgl. dazu den Beschluss des

Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. März 2000, veröffentlicht in *Wirtschaft und Wettbewerb* [WuW] 2000, S. 823 ff., sowie den Beschluss der [deutschen] Vergabekammer des Bundes vom 9. April 2001 [1-7/01], S. 9). Fällt ein reformatorischer bzw. kassatorischer Entscheid vorliegend somit ausser Betracht, ist des Weiteren zu prüfen, ob stattdessen ein Feststellungsentscheid zu treffen und auf welchem Weg ein allfälliges Schadenersatzbegehren geltend zu machen ist. Als Lösungsmöglichkeiten kommen diesbezüglich in Frage entweder eine Anwendung der Bestimmungen von Art. 32 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 34 und Art. 35 BoeB auf dem Wege der Lückenfüllung oder der in Art. 34 Abs. 3 BoeB als Auffangtatbestand genannte Weg über das Verantwortlichkeitsgesetz.

Auf kantonaler Ebene hat das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt festgehalten, Art. 13 Abs. 2 des kantonalen Vergabegesetzes (*loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics*), wonach die Rekursinstanz die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids feststelle, wenn der Vertrag bereits geschlossen ist und sich die Beschwerde als begründet erweist, sei im Falle eines definitiven Abbruchs des Vergabeverfahrens analog anzuwenden. Dies bedeute, dass wenn im Falle eines unzulässigen Abbruchs des Vergabeverfahrens bereits ein Vertrag mit einem Dritten, der sich nicht am abgebrochenen Verfahren beteiligt hat, zustande gekommen sei, nur noch ein Feststellungsentscheid möglich sei (Entscheid vom 2. Juli 1999, veröffentlicht in *Revue de droit administratif et de droit fiscal* [RDAF] 2000, S. 123 ff., insbesondere S. 130 f., E. 3a; vgl. auch die auszugsweise Veröffentlichung in *Baurecht* 2000, S. 59 f.).

Nichts deutet darauf hin, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung mit Bezug auf einen definitiven Abbruch des Vergabeverfahrens eine bewusst negative Antwort des BoeB bedeutet, d. h. dass ein so genannt qualifiziertes Schweigen vorliegt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 192). Die Materialien sowie die Gesetzessystematik legen vielmehr den Schluss nahe, Art. 32 Abs. 2 BoeB bei definitivem Abbruch des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30 Abs. 1 VoeB auf dem Wege der Lückenfüllung anzuwenden. Gemäss GATT-Botschaft 2 (Erläuterungen zu Art. 35 Abs. 3 BoeB) wird für den Regress auf Beamte und widerrechtliche Handlungen, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen, im Übrigen auf das Verantwortlichkeitsgesetz verwiesen (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1203). Es ist also im Sinne einer Ausnahmelücke zum Verweis auf das Verantwortlichkeitsgesetz davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei allen Varianten der Haftung der Vergabestelle für fehlerhafte Verfügungen grundsätzlich dasselbe Verfahren angewendet wissen wollte. Damit ist der Verweis auf das Verantwortlichkeitsgesetz teleologisch zu reduzieren (vgl. Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, S. 161 ff.). Diese Auslegung wird auch der *ratio* von

Art. 29 Bst. a BoeB am ehesten gerecht, wonach die Abbruchverfügung bei der Rekurskommission anfechtbar ist (vgl. zur Kritik an einer kantonalen Regelung, welche die Abbruchverfügung als nicht anfechtbar bezeichnet, Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 462 mit Fn. 8). Zudem kann mit Bezug auf die Systematik festgehalten werden, dass der Zuschlag und der Abbruch des Vergabeverfahrens gleichzeitig in ein und derselben Bestimmung unter den anfechtbaren Verfügungen erwähnt werden (Bst. a von Art. 29 BoeB). Demnach ist im vorliegenden Fall analog zu Art. 32 Abs. 2 BoeB eine Feststellung betreffend die Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügung des BFE zu treffen. Damit ist auch gewährleistet, dass (später) gegen eine in Anwendung von Art. 35 BoeB erlassene Verfügung des EFD betreffend Schadenersatz der Rechtsweg an die Rekurskommission (für das öffentliche Beschaffungswesen) offen steht, was zweckmässig ist, da sich diese schon im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die Abbruchverfügung mit dem Dossier befasst hat (vgl. GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1203).

4.a. Insgesamt ergibt sich somit, dass die Beschwerde in ihrem Hauptantrag gutzuheissen ist. Es ist festzustellen, dass die Verfügung vom 23. März 2001, mit welcher die Vergabestelle das Vergabeverfahren abgebrochen hat, rechtswidrig ist. Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptbegehren durchgedrungen ist, werden ihre Eventualbegehren gegenstandslos. Beigefügt sei, dass die Rekurskommission auf diese ohnehin nicht hätte eintreten können, nachdem sich ergeben hat, dass auch bei einem definitiven Abbruch eines Vergabeverfahrens im Sinne von Art. 30 Abs. 1 VoeB das in Art. 32 Abs. 2 und Art. 35 BoeB vorgesehene zweistufige Verfahren auf dem Wege der Lückenfüllung anzuwenden ist.

(...)

Dokumente der BRK