



Urteil vom 29. Mai 2013

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Said Huber.

Parteien

C._____,
c/o A._____, und B._____,
(...),
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Güngerich
und Rechtsanwältin Anita Buri, Kellerhals Anwälte,
(...),
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
(...),
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen:
Abbruchverfügung vom (...) 2013
(betreffend das Projekt [...] X._____, Lieferauftrag/IT-
Dienste
[...]).

Sachverhalt:**A.**

A.a Am (...) 2012 schrieb die Vergabestelle im offenen Verfahren den Lieferauftrag "Projekt X._____" (Meldungsnummer [...] – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, [...]) aus. Als "Bedarfsstelle" wurde das Bundesamt für O._____. (nachfolgend: O._____.) aufgeführt. Dieses will in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für P._____. (nachfolgend: P._____.) einen webbasierten (...Projektdeskription...) entwickeln und einführen (...).

A.b Nach dem Evaluationsbericht von O._____. erreichte die Z._____. SA mit 9'793 Punkten einen knappen Vorsprung von 146 vor der Beschwerdeführerin, obschon diese ein um (... Betrag zwischen 20'000.– und Fr. 100'000.–...) günstigeres Angebot eingereicht hatte, jedoch bei der mündlichen Präsentation schlechter bewertet worden war. Gestützt auf diesen Bericht erteilte die Vergabekommission des Bundes am (...) 2012 der Z._____. SA den Zuschlag, der am (...) 2012 auf www.simap.ch publiziert wurde.

A.c Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am (...) 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 Neuurteilung 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 im Wesentlichen 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 (...) 2013 publizierte die Vergabestelle auf www.simap.ch 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 (...) 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 (...) 2013 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren B-4852/2012, nachdem die Beschwerdeführerin eine allfällige Anfechtung des Abbruchs angekündigt hatte.

B.

Am (...) 2013 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde (Eingang am ...) mit folgenden Anträgen:

- "1. Die am (...) 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Verfügung betreffend das Vergabeverfahren 'Projekt X._____' sei, soweit sie den Abbruch des Vergabeverfahrens betrifft, aufzuheben.

2. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren 'Projekt X._____' rechtskonform weiterzuführen und mit Zuschlag zugunsten der Beschwerdeführerin abzuschliessen.
3. Eventualiter zu Ziff. 1 und 2: Es sei festzustellen, dass die am (...) 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Abbruchverfügung betreffend das Vergabeverfahren 'Projekt X._____' 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.

– unter Kosten und Entschädigungsfolge –"

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, indem der Abbruch nicht einmal ansatzweise begründet worden sei. 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.

C.

Mit Zwischenverfügung vom (...) 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle superprovisorisch an, bis zum Entscheid über den gestellten Antrag betreffend "die Erteilung der aufschiebenden Wirkung"

alle den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizierenden Vollzugsvorkehrungen (wie insbesondere eine freihändige Vergabe oder eine Neuausschreibung) zu unterlassen.

D.

D.a Mit Zwischenverfügung vom (...) 2013 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, die Z._____ SA habe den Abbruch nicht angefochten, weshalb ihr (als Zuschlagsempfängerin im Verfahren B-4852/2012) in diesem Beschwerdeverfahren keine Parteirechte zustünden.

D.b In der Folge beantragte die Z._____ SA am (...) 2013 in einer un-aufgefordert eingereichten Eingabe, es seien die zwischen den gleichen Parteien hängigen Beschwerdeverfahren B-4852/2012 und B-536/2013 zu vereinigen, eventualiter sei ihr Akteneinsicht zu gewähren.

D.c Am (...) 2013 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Z._____ SA auf, ihre im vorliegenden Verfahren implizit geltend gemachte Parteistellung eingehender zu substantzieren.

D.d Am (...) 2013 präziserte die Z._____ SA ihren Antrag insoweit, als ihr doch zumindest die Stellung einer "anderen Beteiligten" im Sinne von Art. 57 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) einzuräumen und ihr dementsprechend auch rechtliches Gehör zu gewähren sei.

D.e Mit Stellungnahme vom (...) 2013 bestritt die Vergabestelle die Legitimation der "Zuschlagsempfängerin" im vorliegenden Beschwerdeverfahren und beantragte, dieser sei Akteneinsicht zu gewähren, aber das Gesuch um Verfahrensvereinigung abzuweisen.

D.f Demgegenüber ersuchte die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht am (...) 2013, von einer Verfahrensbeteiligung der Z._____ SA nach Art. 57 Abs. 1 VwVG sowie von einer Vereinigung der Verfahren B-4852/2012 und B-536/2013 abzusehen.

D.g Mit Teilurteil B-536/2013 vom 4. März 2013 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Z._____ SA im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zukomme, und trat insofern auf die Anträge auf Verfahrensvereinigung und auf Gewährung von Akteneinsicht nicht ein. Von einer Beiladung der Z._____ SA sah es ebenfalls ab.

D.h Dieses Teilurteil erwuchs in der Folge unangefochten in Rechtskraft.

E.

E.a Mit Vernehmlassung vom (...) 2013 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde nicht einzutreten beziehungsweise diese abzuweisen, ihr aber zuvor – wegen Aussichtslosigkeit und Dringlichkeit der Sache – die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen und zwar nach richterlichem Ermessen entweder vorab in einem Zwischenentscheid oder auch erst im Endurteil.

In formeller Hinsicht bezweifelt die Vergabestelle die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Diese habe kein materielles Anfechtungsinteresse, da eine Neuausschreibung nicht geplant sei und ihr dadurch kein nicht wieder gut zu machender Nachteil erwachse. Auch sei das rechtliche Gehör nicht verletzt worden, da insbesondere während den Vergleichsverhandlungen der weitere Weg der Projektrealisierung nicht klar gewesen sei und deshalb darüber nicht habe informiert werden können. Aber selbst wenn eine Gehörsverletzung anzunehmen wäre, müsste diese als geheilt gelten.

Zum Materiellen führt die Vergabestelle aus, das Vergabeverfahren sei gesetzeskonform durchgeführt worden, weil die Vermutung der Befangenheit für widerlegbar gehalten worden sei, wenn bewiesen werde, dass sich das Resultat unabhängig von der Stimme der vom Anschein der Befangenheit betroffenen Person nicht verändert hätte. Allerdings könne nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Personen des Evaluationsteams die Vermutung des Anscheins von Befangenheit nicht umgestossen werden. Daher sei der Abbruch wegen dieses Anscheins unumgänglich gewesen, da das ganze Verfahren davon betroffen gewesen sei, nachdem der Fachspezialist, bei dem dieser Anschein vorliege, auch an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und am technischen Teil des Pflichtenheftes mitgewirkt habe. Dieser Umstand verunmögliche auch einen direkten Zuschlag an die Beschwerdeführerin.

Nicht zuletzt wegen der wachsenden Dringlichkeit hätten die involvierten Bundesämter entschieden, auf eine Neuausschreibung zu verzichten und eine In-House-Lösung durch O._____ zu realisieren, was keinen Marktteilnehmer diskriminiere. Vergaberechtlicher Schadenersatz sei ausgeschlossen, da der Abbruch rechtmässig sei. Auch Schadenersatz-

ansprüche kämen nicht in Frage, da das Verfahren weder treuwidrig eingeleitet noch dessen Abbruch treuwidrig hinausgezögert worden sei. Unter diesen Umständen sei auch kein vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren und das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen.

E.b Mit Instruktionsverfügung vom (...) 2013 brachte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin diese Stellungnahme zur Kenntnis und lud sie ein, sich dazu vernehmen zu lassen. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle aufgefordert, die Gründe für die von ihr ins Auge gefasste In-House-Beschaffung durch O._____ sowie die dafür vorgesehenen Modalitäten eingehender darzulegen.

In dieser Verfügung hielt das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich fest, dass die am (...) 2013 superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen einstweilen weiterhin Bestand hätten.

E.c Am (...) 2013 erklärte die Vergabestelle, die beabsichtigte In-House-Beschaffung sei aus folgenden Gründen dringlich:

Das Projekt X._____ habe nach wie vor grosse Priorität. Beim überschaubaren (...) -Markt (...) könne bei einer Neuausschreibung wegen der dort herrschenden engen persönlichen Kontakte der unberechtigte Vorwurf der Befangenheit wieder auftauchen. Eine Ausschreibung lasse sich nur mit Personen von O._____ realisieren, die Kontakte zu (...) -Anbietern pflegten. Alleine für die Erarbeitung des Pflichtenhefts, auf das hier nicht zurückgegriffen werden könne, fehle das Know-How. Angesichts der eingetretenen Verzögerungen erlaube nur noch eine In-House-Beschaffung die rechtzeitige Projektrealisierung. Neben wachsenden Kosten drohe dem Bund ein grosser Imageschaden gegenüber (...). Bei der Neuurteilung von X._____ habe der inzwischen bei O._____ erfolgte Know-How-Zuwachs für eine In-House-Beschaffung gesprochen. Laut Bundesgericht dürfe ein Vergabeverfahren zugunsten einer In-House-Beschaffung abgebrochen werden, sofern die Leistungen tatsächlich "internalisiert" werden. Entsprechenden Auflagen des Bundesverwaltungsgerichts würde sie "sich nicht widersetzen". Dieses Vorgehen diskriminiere weder die Beschwerdeführerin noch die Zuschlagsempfängerin. Die geplanten Ausschreibungen zweier, auf zwei Jahre befristeter Stellen für "GIS – Spezialist/in FH im Prozess (...)" stellten die verfahrenre Situation auf eine neue, neutrale Basis. Allenfalls zusätzlich notwendige Kapazitäten könne O._____ mit dem "bisherigen" Personal abdecken.

E.d Mit Zwischenverfügung vom (...) 2013 wurde der Beschwerdeführerin diese Eingabe vorab zur Kenntnis gebracht und den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass sie – nach Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Frage der aufschiebenden Wirkung – noch Gelegenheit erhalten würden, zur Sache insgesamt Stellung zu nehmen.

E.e Die Beschwerdeführerin hält mit Stellungnahme vom (...) 2013 an ihren Beschwerdebegehren fest, soweit diese noch aktuell sind, und erachtet die Darlegungen der Vergabestelle für irreführend, soweit diese gegen die aufschiebende Wirkung vorbringt, die Sache sei dringlich, die Beschwerde prima facie aussichtslos und die Interessenabwägung klar. Im Rahmen einer Interessenabwägung sei ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag mit einem Auftragsvolumen von rund (... Betrag zwischen 800'000.– und Fr. 1'800'000.–...) zu erhalten, gewichtig. Angesichts der verfahrensrechtlichen Konsequenzen bei Nichterteilung des Suspensiveffekts, sei effektiver Rechtsschutz nur bei einer Zuerkennung der beantragten aufschiebenden Wirkung gewährleistet.

E.f Am (...) 2013 lud das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensbeteiligten ein, sich bis zum (...) 2013 noch einmal eingehend zur Sache insgesamt zu äussern. In diesem Zusammenhang wurde die Vergabestelle ebenfalls eingeladen, sich innert dieser Frist zu gewissen, in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom (...) 2013 aufgeworfenen Fragen vertieft vernehmen zu lassen.

E.g Mit Eingabe vom (...) 2013 (Eingang am ...) liess sich die Vergabestelle zur Sache und zu den vom Bundesverwaltungsgericht als besonders interessant bezeichneten Punkten vernehmen (mit dem Hinweis, die Stellungnahme erfolge wegen der zeitlichen Dringlichkeit lange vor Ablauf der Frist).

E.h Mit Schreiben vom (...) 2013 (Eingang am ...) nahm die Beschwerdeführerin zur Sache Stellung und reichte ihre Kostennote ein.

E.i Am (...) 2013 stellte das Bundesverwaltungsgericht diese beiden Stellungnahmen den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis mit dem Hinweis, dass sich kein weiterer Schriftenwechsel aufdränge.

E.j Zur Eingabe der Vergabestelle vom (...) 2013 reichte die Beschwerdeführerin am (...) 2013 unaufgefordert ihre Anmerkungen ein. Diese wurden der Vorinstanz am (...) 2013 zur Kenntnis gebracht.

E.k Am (...) 2013 liess die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht unaufgefordert eine Stellungnahme zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom (...) 2013 zukommen, in welcher sie den Entwurf einer Projektvereinbarung zwischen O._____ und P._____ einreichte.

Nachdem die Vergabestelle am (...) 2013 dem Bundesverwaltungsgericht mitgeteilt hatte, der Entwurf sei fehlerhaft, weil unter den Rubriken zur Leistungsverrechnung (für 2013 und 2014) fälschlicherweise "Personalverleih" statt richtig "Personalbudget" vermerkt worden sei, reichte die Vergabestelle am (...) 2013 einen bereinigten Entwurf der Projektvereinbarung ein, der zusammen mit der entsprechenden Stellungnahme der Vergabestelle am (...) 2013 der Beschwerdeführerin (zu einer allfälligen Stellungnahme bis zum [...] 2013) zugestellt wurde.

E.I Mit Eingabe vom (...) 2013 liess sich die Beschwerdeführerin zum oberwähnten Entwurf der Projektvereinbarung kritisch vernehmen (unter Einreichung einer Kostennote). Diese Stellungnahme wurde der Vergabestelle mit Zwischenverfügung vom (...) 2013 zur Kenntnis gebracht.

F.

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.

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).

1.2 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).

1.3

1.3.1 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), 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.

1.3.2 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 eines Beschaffungsverfahrens, für welches das Bundesverwaltungsgericht im Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 (E. 1.2.2 f.) die Unterstellung der im Verfahren B-4852/2012 angefochtenen Vergabe unter das BöB festgehalten hatte. Diese Beurteilung ist auch hier massgebend (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2449/2012 vom 6. September 2012 E. 1.5).

1.4

1.4.1 Eine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation fehlt, weshalb sich diese nach Art. 37 VGG i.V. m. Art. 48 VwVG richtet (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 850; vgl. im Zusammenhang mit Widerruf und Abbruch: MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2774, 2833 f.; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, Rz. 380; vgl. dazu auch BGE 137 II 313 E. 3.3.1 f.).

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).

1.4.2

1.4.2.1 Die Vergabestelle beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Sie stellt die Legitimation der Beschwerdeführerin mit der Begründung in Abrede, diese habe im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 eine Verletzung von Ausstandspflichten gerügt und damit "implizit" den Abbruch des Verfahrens gefordert. Mangels Anfechtung des bundesverwaltungsgerichtlichen Zwischenentscheidendes B-4852/2012 vom 15. November 2012 sei ihr materielles Interesse an einer Anfechtung des Abbruchs zweifelhaft, zumal fraglich sei, ob jetzt überhaupt noch ein Anfechtungsobjekt vorliege. Denn das gesamte Vergabeverfahren sei von Anfang an wegen der Ausstandproblematik mit einem nicht wieder gutzumachenden formellen Mangel "kontaminiert" gewesen. Deshalb hätten die involvierten Bundesämter entschieden, das im Verfahren B-4852/2012 strittige Projekt " X._____" durch "bundesinterne Leistungen ('In-House') zu realisieren". Dementsprechend sei der Zuschlag widerrufen und das Verfahren abgebrochen worden. Weil damit der strittige Beschaffungsgegenstand entfalle und insofern auch eine Diskriminierung von Marktteilnehmern ausgeschlossen sei, verfüge die Beschwerdeführerin über kein "materielles" Anfechtungsinteresse.

In diesem Zusammenhang sei insbesondere der Ansicht der Beschwerdeführerin zu den Ausschreibungsunterlagen nicht zu folgen. Diese seien mit demselben "Makel" des Anscheins von Befangenheit behaftet, wie bereits die Evaluation und das Evaluationsteam. Der vom Anschein der Befangenheit betroffene Kadermitarbeiter von O._____ habe die technischen Aspekte der Beschaffung mit redigiert und "hätte entsprechend die Möglichkeit gehabt, die Kriterien auf einen bestimmten Anbieter – sprich seinen ehemaligen Arbeitgeber – zuzuschneiden". Selbst wenn er dies nicht getan habe, läge bereits bei Verfahrensbeginn ein Anschein von Befangenheit vor. Der Nachweis, dass bei der Erstellung des Pflichtenheftes kein Marktteilnehmer tatsächlich bevorteilt worden sei, wäre nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unzulässig. Insofern verkenne die Beschwerdeführerin die Tragweite der entscheidenden Mitwirkung des erwähnten Kadermitarbeiters bei der Ausarbeitung des Pflichtenheftes, das dieser mit einem ihm unterstellten Mitarbeiter und seinem Dienstchef zusammen erstellt habe. Innerhalb von O._____ sei das Fachwissen zum im Pflichtenheft definierten SOLL-System nur beim besagten Kadermitarbeiter und seinem Team vorhanden. Nach Absprache mit P._____ müsse O._____ als Fachleistungserbringer X._____ auf der Basis der (...) entwickeln und betreiben, weshalb in

der Ausschreibung zu X._____ eine zur (...) architektur- und betriebskonforme Lösung verlangt werde. Die Entwicklung und der Betrieb von X._____ sei Aufgabe dieses Kadermitarbeiters.

1.4.2.2 Die Beschwerdeführerin hält diese Überlegungen für nicht nachvollziehbar und wendet dagegen ein, mangels Beschwer wäre sie gar nicht legitimiert gewesen, die vom Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 antragsgemäss gewährte aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde anzufechten. Ferner habe sie – entgegen der fälschlichen Unterstellung der Vergabestelle – im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 keinesfalls, wenn auch nur "implizit", den Abbruch der Beschaffung gefordert, sondern die Fortführung des Vergabeverfahrens mit Zuschlagserteilung an sich selbst. Unter diesen Umständen habe sie sehr wohl ein schützenswertes Interesse daran, die Rechtmässigkeit des erfolgten Abbruches überprüfen zu lassen, umso mehr als dieser in krasser Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht einmal ansatzweise begründet worden sei.

Hinzu komme, dass hier entgegen der Auffassung der Vergabestelle ein Verfahrensabbruch nicht bereits aus formellen Gründen unumgänglich gewesen sei. Denn in Frage stünde nur die Wiederholung des Evaluationsprozesses unter Ausschluss aller ausstandspflichtigen Personen (inkl. der Z._____ SA wegen Vorbefassung). Daher wäre auch eine Neuevaluation verzichtbar, da nur noch sie für einen Zuschlag in Frage komme. Die Verletzung von Ausstandsregeln erlaube einen Abbruch nicht. Nachdem die Ausschreibungsunterlagen unangefochten geblieben seien, liege entgegen der Meinung der Vergabestelle auch keine "Kontamination" des gesamten Verfahrens vor. Das wisse die Vergabestelle, weshalb sie bei einer In-House-Beschaffung Zuflucht suche.

1.4.3

1.4.3.1 Ausgangspunkt für die Beurteilung der vorab strittigen Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist der Umstand, dass diese am Vergabeverfahren zum Projekt " X._____ " (SIMAP-Meldungsnummer [...]) teilgenommen und als unterlegene Anbieterin den an die Z._____ SA erfolgten Zuschlag im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 angefochten hat. In der Folge erteilte das Bundesverwaltungsgericht dieser Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung (vgl. Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012), wobei das entsprechende

Verfahren B-4852/2012 wegen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sistiert werden musste (vgl. im Sachverhalt unter A.c ff.).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass unterdessen der am (...) 2013 – *zulässigerweise gleichzeitig* (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6136/2007 und B-6137/2007 vom 30. Januar 2008 E. 2.3 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2609, 2727 f., 2766 f.) mit dem Abbruch – verfügte "Widerruf" (des im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 angefochtenen Zuschlags) mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen ist. Damit ist bereits im jetzigen Zeitpunkt der Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens B-4852/2012 weggefallen, was das "Beschaffungsverfahren X. _____" wieder ins Evaluationsstadium zurückversetzen würde (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2722, 2728, 2731, 2766, 2782 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 397), sollte in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde der angefochtene Abbruch als rechtswidrig aufgehoben werden. Diese Möglichkeit bereits könnte der Beschwerdeführerin, wie nachfolgend noch zu zeigen ist, nach einer allfälligen Neu-evaluation ihrer Offerte grundsätzlich den Weg zu einem allfälligen Vertragsabschluss eröffnen.

1.4.3.2 Vor diesem Hintergrund sind die Beschwerdeführerin und insbesondere ihr Interesse, in einem rechtsstaatlich einwandfrei durchgeführten Vergabeverfahren allenfalls doch noch zum erwünschten Vertragsabschluss zu kommen, durch den hier angefochtenen Abbruch insoweit direkt betroffen, als die Vergabestelle nach Eintritt der Rechtskraft des verfüzten Abbruchs auf die (im Verfahren B-4852/2012 strittige) Fremdbeschaffung verzichten und wegen angeblicher Dringlichkeit und "Unausweichlichkeit" eine (nicht mehr ausschreibungspflichtige, d.h. "vergaberechtsfreie" [vgl. dazu BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1139 ff.]) In-House-Beschaffung vornehmen möchte.

Unter diesen Umständen ist die Beschwerdeführerin vom angefochtenen Abbruch besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an einer allfälligen Aufhebung der angefochtenen Verfügung, sollte sich der Abbruch und die damit verbundene In-House-Beschaffung – jedenfalls auf Grund der zur Zeit bestehenden Faktenlage – als rechtswidrig erweisen. Diesfalls hätte die Vergabestelle nach Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung des Umstandes, dass im Zeitpunkt des Abbruchs (und danach) das weitere Vorgehen unklar war, über den Zuschlag erneut zu entscheiden. Angesichts des hier zu beurteilenden Streitgegenstandes (vgl. E. 3) kann offenbleiben, ob dann allenfalls – in

Abweichung vom Urteil B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 (E. 4 zum "verbleibenden" Anbieterkreis bei Zuschlagsaufhebung und Rückweisung) – auch die Zuschlagsempfängerin, die aufgrund der Umstände des Abbruchs mit einer bald erfolgenden *Neuausschreibung* rechnete und daher auf eine Anfechtung verzichtete (vgl. Stellungnahme der Z. _____ SA vom [...] 2013, Rz. 21), mit einzubeziehen wäre.

1.4.3.3 Abgesehen von der nachfolgend (vgl. E. 3.2.3 f.) zu überprüfenden angeblichen Notwendigkeit und Dringlichkeit der In-House-Beschaffung (und der Frage der Rechtmässigkeit des damit verbundenen Verzichts auf eine "Fremdbeschaffung") sind keine weiteren Umstände ersichtlich, die bereits heute die Möglichkeiten der Beschwerdeführerin *a priori* ausschliessen könnten, den Zuschlag nach einem korrekt durchgeführten Verfahren doch noch zu bekommen (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 383).

Dem steht insbesondere der von der Vergabestelle mit Nachdruck betonte Einwand nicht entgegen, wonach ein direkter Zuschlag an die Beschwerdeführerin nicht erfolgen dürfe, weil der Abbruch allein aus formellen Gründen unumgänglich gewesen sei, nachdem der (im Evaluationsverfahren vom Befangenheitsanschein betroffene) Kadermitarbeiter von O. _____ auch an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und am technischen Teil des Pflichtenheftes mitgewirkt habe, weshalb der Anschein von Befangenheit das ganze Verfahren "kontaminiere".

1.4.3.3.1 Dem ist entgegen zu halten, dass das Bundesverwaltungsgericht im Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 gestützt auf eine eingehende Analyse der jüngsten Lehre und Rechtsprechung einzig die Mitwirkung des früher bei der Zuschlagsempfängerin angestellten Kadermitglieds (als verantwortlicher Projektleiter der Bedarfsstelle) bei der *Projektpräsentation und -evaluation* als – *prima facie* betrachtet – unzulässig eingeschätzt hatte. Wie die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zu Recht rügt, hat sie weder Anlass gehabt, die Ausschreibung als solche anzufechten noch im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 inhaltliche Kritik an den Ausschreibungsunterlagen anzubringen.

Insofern geht der Hinweis der Vergabestelle fehl, wonach der erwähnte Kadermitarbeiter bei der Festlegung der technischen Aspekte der Beschaffung die Möglichkeit gehabt hätte, "die Kriterien auf einen bestimmten Anbieter – sprich seinen ehemaligen Arbeitgeber – zuzuschneiden". Dass das besagte Kadermitglied die Ausschreibung in diskriminierender

Weise zu Gunsten seiner früheren Arbeitgeberin gestaltet haben könnte (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2011 f. [insbes. Fn. 1901, 1907], 2014 f., 2416; SUTER, a.a.O., Rz. 165 [Fn. 345]), wurde im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 nie beanstandet, insbesondere nachdem die Beschwerdeführerin im Stande war, im vom Pflichtenheft abgesteckten Rahmen eine Offerte einzureichen, die – trotz eines formell fehlerhaft durchgeführten *Bewertungsverfahrens* – ein Evaluationsergebnis erzielte, das prozentual gewichtet dem Angebot der Zuschlagsempfängerin (im Verfahren B-4852/2012) praktisch ebenbürtig war (vgl. im Sachverhalt unter A.b).

1.4.3.3.2 Dazu ist als Vorbemerkung anzumerken, dass Ausschreibungsunterlagen in der *Planungs-* bzw. *Vorbereitungsphase* ausgearbeitet werden (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 10 f.) und zwar *vor* der eigentlichen *Vergabephase*. Diese folgt der Ausschreibung (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2661), wenn die Vergabestelle mit der Marktgegenseite Kontakt sucht, um den für die nachgefragte Leistung geeigneten Anbieter zu finden und dazu mit ihrer Willensäußerung zur Beschaffung zwischen sich und interessierten Anbietern ein vom Beschaffungsrecht geregeltes Verhandlungsverhältnis entstehen lässt (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2425, 2435 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 136).

Unter den besonderen Umständen dieses Falles erwies sich, wie das Bundesverwaltungsgericht im Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 erkannte, unter Wettbewerbsgesichtspunkten insbesondere das *Evaluationsverfahren* als äusserst kritisch, als ein vom Anschein der Befangenheit betroffener Kadermitarbeiter der Bedarfsstelle in massgeblicher Stellung sowohl bei der (punktemässig zu gewichtenden) Präsentation als auch bei der sonstigen Bewertung der Offerte teilnahm. Indessen beziehen sich die im Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 dargelegten Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Anschein der Befangenheit *nicht* auf die Planungs- und Vorbereitungsphase, in welcher der besagte Mitarbeiter wegen seiner besonderen Fachkenntnisse und Kompetenzen die Ausschreibungsunterlagen massgeblich mitgestaltete, weil nur bei ihm und seinem Team das nötige fachtechnische Know-How vorhanden ist, sondern einzig auf die als wettbewerblich besonders kritische Phase der *Offertbewertung*.

1.4.3.3.3 Dass unter diesen Umständen, wie die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom (...) 2013 meint, auf das bisherige Pflichtenheft – wegen des (nunmehr auch von der Vergabestelle zugestandenen) An-

scheins von Befangenheit des besagten Kadermitarbeiters im Rahmen der *Evaluation* des Projekts – nicht zurückgegriffen werden könnte, trifft nicht zu, nachdem weder die Ausschreibung (unter Befangenheitsgesichtspunkten) angefochten worden ist noch die inhaltliche Qualität der Ausschreibungsunterlagen (im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 von der Beschwerdeführerin) wegen eines angeblichen Diskriminierungspotenzials beanstandet worden ist (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1957, insbes. Fn. 1852 mit Verweis auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 5.1 und B-1177/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2, B-8061/2010 vom 25. Januar 2011 E. 4.1).

1.4.3.4 Diesen Überlegungen, welche für die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin sprechen, steht auch der Umstand nicht entgegen, dass das bundesrechtliche Vergaberecht grundsätzlich *keine Kontrahierungspflicht* vorsieht (BGE 134 II 192 E. 1.4 sowie Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6136/2007 und B-6137/2007 vom 30. Januar 2008 E. 6.1.1., je mit Hinweisen; vgl. dazu E. 3.2.1; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2839 ff.).

Denn, wie selbst die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom (...) 2013 mit Recht einräumt, überwiegt hier das öffentliche Interesse an einem rechtsstaatlich einwandfreien Vergabeverfahren. Insofern ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht fordert, im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes sicherzustellen, dass insbesondere – bei einem Abbruch wegen einer angeblich dringlichen und unumgänglichen In-House-Beschaffung – im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGE 134 II 192 E. 2.3) keine gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt wird (vgl. dazu im Einzelnen die nachfolgenden E. 3.2.3 f.).

1.4.4 Soweit die Beschwerdeführerin indes in der Ziff. 2 ihrer Beschwerdebegehren beantragt, die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren 'Projekt X._____' rechtskonform weiterzuführen und mit einem Zuschlag zu ihren Gunsten abzuschliessen, sprengt dieser Antrag – mit Blick auf das zur Zeit hängige, jedoch noch sistierte Beschwerdeverfahren B-4852/2012 (vgl. vorne unter A.g) – den vorliegend eng zu umschreibenden Streitgegenstand, der sich nur auf die Zulässigkeit der definitiven Beendigung des Beschaffungsverfahrens X._____. durch Abbruch und (vergaberechtsfreie) In-House-Beschaffung bezieht (vgl. E. 3).

Nicht einschlägig ist in diesem Zusammenhang das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2449/2012 vom 6. September 2012, das eine nicht vergleichbare Situation betrifft. In diesem Verfahren ordnete das Bundesverwaltungsgericht im Urteilsdispositiv explizit die Weiterführung des Beschwerdeverfahrens an.

Somit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit Weisungen an die Vergabestelle hinsichtlich der Weiterführung des Beschwerdeverfahrens B-4852/2012 beantragt werden.

1.5 Die Anfechtung der am (...) 2013 auf 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).

1.6 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit die Rechtmässigkeit des angefochtenen definitiven Abbruchs des Vergabeverfahrens zum Projekt X. _____ strittig ist.

2.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

2.1

2.1.1 In der Beschwerde wird dazu festgehalten, die Vergabestelle habe die Abbruchverfügung in Missachtung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht einmal ansatzweise begründet. Der blosser Hinweis auf Art. 30 VöB lasse nicht erkennen, ob der Abbruch definitiv sei oder das Verfahren wiederholt werden solle.

2.1.2 Dem entgegnet die Vergabestelle, im Vergaberecht müsse das rechtliche Gehör vor einem Abbruch nicht gewährt werden. Trotzdem habe sie die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin bereits zuvor kontaktiert. Dabei sei zwar nicht praxisgemäss vorgegangen worden, als die Beschwerdeführerin (wegen der Abwesenheit ihres Rechtsvertreters) direkt telefonisch kontaktiert worden sei. Später sei der übergangene Rechtsvertreter "nachinformiert" worden. Indes rechtfertige ein solches Vorgehen nicht die Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

Im Zeitpunkt des Abbruchs des Beschaffungsverfahrens am (...) 2013 sei der "Managemententscheid" noch nicht festgestanden, weshalb eine aus-

föhrliche Begründung des Abbruchs noch nicht habe mitgeteilt werden können. Indessen habe die Beschwerdeföhrerin bereits nach dem Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 (und der darin festgehaltenen Befangenheitsproblematik) den absehbaren Abbruch erkennen können. Da eine Neuausschreibung nicht geplant sei, erwachse der Beschwerdeföhrerin auch kein nicht wieder gut zu machender Nachteil. Die wegen der Unnachgiebigkeit der Beschwerdeföhrerin gescheiterten Vergleichsverhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin zeigten, dass ein Interesse an einer schnellstmöglichen Realisierung des Projektes bestehe. Aber selbst wenn eine Gehörsverletzung anzunehmen wäre, müsste diese im vorliegenden Verfahren als geheilt gelten.

2.1.3 Dem entgegnet die Beschwerdeföhrerin in ihrer Stellungnahme vom 15. März 2013, die Vergabestelle habe durch den unberechtigten Verzicht auf Schriftlichkeit und eine direkte – ihren Rechtsvertreter übergewende – telefonische Kontaktnahme (eines ihrer Mitgesellschafters) ihr rechtliches Gehör "in eklatanter Weise" verletzt, was bereits zur Gutheissung der Beschwerde föhren müsse. Abenteuerlich sei die Behauptung, wonach sie, die Beschwerdeföhrerin, angesichts der Ausstandsproblematik mit dem Abbruch habe rechnen müssen. Ein rechtswidriger Zuschlag föhre nicht zum Abbruch eines Vergabeverfahrens, sondern zur Aufhebung des Zuschlags mit dessen direkten Erteilung oder allenfalls Rückweisung der Sache. Wäre ein Abbruch in jedem Fall angezeigt, verkäme der Rechtsschutz gegen Zuschlagsverfügungen zur Farce.

2.2

2.2.1 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 Be-

gründung 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; GALLI ET AL. , a.a.O., Rz. 810).

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-2429/2012 vom 6. September 2012 E. 3.5.4, mit zahlreichen Hinweisen).

2.2.2 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).

2.2.3

2.2.3.1 Vorliegend ist unbestritten, dass im publizierten Abbruch vom (...) 2013 auf www.simap.ch lediglich auf Art. 11 BöB und Art. 30 VöB verwiesen wird und sich insofern der angefochtenen Abbruchverfügung keinerlei konkrete Gründe entnehmen lassen, die zeigen würden, ob das Verfahren definitiv abgebrochen oder neu ausgeschrieben werden würde. Dazu räumt die Vergabestelle freimütig ein, beim Abbruch des Beschaffungsverfahrens am (...) 2013 hätten die im Beschaffungsprojekt involvierten Bundesämter zum weiteren Vorgehen noch keinen Beschluss gefasst gehabt. In der Folge rechnete die Z._____ SA auf Grund der Umstände mit einer Neuausschreibung und verzichtete deshalb auf eine Anfechtung (vgl. Stellungnahme der Z._____ SA vom [...] 2013, Rz. 21). Auch die Beschwerdeführerin ging von einer, ihrer Meinung nach unzulässigen Neuausschreibung aus (vgl. Beschwerde Rz.30), befürchtete jedoch gar eine mit Dringlichkeitsargumenten begründete, letztlich aber mit Diskriminierungsabsicht durchgeführte Freihandvergabe (vgl. Beschwerde Rz.31).

Wenn aber, wie die Vergabestelle ausführt, mit dem Abbruch zugewartet wurde, weil das weitere Vorgehen lange Zeit unklar gewesen war und auch im Zeitpunkt des Abbruchs die betroffenen Bundesämter sich noch nicht über das weitere Vorgehen geeinigt hatten, kann entgegen der Auffassung der Vergabestelle jedenfalls der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, sie hätte bereits unmittelbar nach dem Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 den erfolgten Abbruch vorhersehen können. Denn wie die Beschwerdeführerin zu Recht annimmt, durfte sie nach dem Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 durchaus davon ausgehen, dass eine allfällige Rechtswidrigkeit des im Beschwerdeverfahrens B-4852/2012 angefochtenen Zuschlags zu dessen Aufhebung mit einer allenfalls direkten Erteilung, sofern sich die erhobene, bisher nicht überprüfte Vorbefassungsrüge als stichhaltig erwiesen hätte (vgl. E. 1.4.3.2), oder gegebenenfalls Rückweisung der Sache an die Vergabestelle führen könnte.

2.2.3.2 Was die Vergabestelle sonst zur Rechtfertigung ihres Vorgehens vorbringt, ist unbehelflich. Insbesondere die telefonischen Kontaktnahmen der Vergabestelle vor dem Abbruch, mit denen angeblich auf die Möglichkeit eines Abbruchs hingewiesen worden sei, sind für die Beurteilung unmassgeblich, zumal hier trotz der erhöhten Anforderungen an die

Begründung von Abbrüchen (vgl. E. 2.2.1) die angefochtene Abbruchverfügung vom (...) 2013 allzu mangelhaft begründet worden war.

Indessen ist hier, wie die Vergabestelle zu Recht fordert, ausnahmsweise eine Heilung der an sich schwer wiegenden Gehörsverletzung zuzulassen, da 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. 2.2.2).

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich damit grundlegend von derjenigen, die in BVGE 2012/28 (E. 4.3 ff.) zu prüfen war, als in jenem Fall die Schwere der Gehörsverletzung für nicht heilbar erachtet worden war, weil neben der fehlenden Dringlichkeit auch rechtswidrig keine Eröffnung des Abbruchs durch eine individuelle Verfügung erfolgt war.

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 im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 angefochtene Beschaffungsverfahren zum Projekt X. _____ durch den – auf eine vergaberechtsfreie In-House-Beschaffung zielenden – Abbruch definitiv beenden durfte.

3.1

3.1.1 Die Beschwerdeführerin bezeichnet den angefochtenen Abbruch in ihrer Beschwerde als rechtswidrig und führt dazu aus, die Vergabestelle dürfe zwar nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein bundesrechtliches Vergabeverfahren aus sachlichen Gründen definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projekts abrechnen und selbst einen bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn keine gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt sei. Jedoch bestünden keinerlei Anhaltspunkte, dass das Projekt nicht verwirklicht oder wesentlich geändert werden solle. Der gesetzliche Auftrag, (...), sei unverändert. Die Vergabestelle sei nicht ermächtigt, auf die Verwirklichung des Projekts zu ver-

zichten oder dieses wesentlich zu ändern. Der Beschaffungsbedarf sei unbestritten, zumal selbst die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 dessen Wichtigkeit und Dringlichkeit betont habe. Da die Vergabestelle trotz mangelhaftem Evaluationsverfahren über geeignete Angebote verfüge und deshalb das Verfahren durch Zuschlag rasch beenden könnte, wäre eine freihändige Vergabe wegen angeblicher Dringlichkeit unzulässig. Inzwischen hätten sich weder die Rahmenbedingungen noch die Wettbewerbsverhältnisse geändert, was einem Abbruch ebenfalls entgegenstehe. Somit sei keiner der in Art. 30 VöB für einen Abbruch vorgesehenen Gründe gegeben, weshalb das Vergabeverfahren willkürlich abgebrochen worden sei. Der Verdacht läge nahe, dass mit dem Verfahrensabbruch und einer allfälligen erneuten Ausschreibung die gezielte Diskriminierung ihrer Person beabsichtigt werde.

3.1.2 Dazu räumt die Vergabestelle ein, zwar überwiege das öffentliche Interesse an einem "rechtsstaatlich korrekten" Vergabeverfahren. Ein solches sei hier "absolut gesetzeskonform" durchgeführt worden, weil die Vermutung der Befangenheit für widerlegbar gehalten worden sei, wenn bewiesen werde, dass sich das Resultat unabhängig von der Stimme der befangenen Person nicht verändert hätte. Allerdings habe das Bundesverwaltungsgericht im Zwischenentscheid B-4852/2012 vom 15. November 2012 die bisherige Rechtsprechung der BRK dahingehend präzisiert, dass bei Personen des Evaluationsteams die Vermutung des Anscheins der Befangenheit nicht umgestossen werden könne. Daher habe das Verfahren abgebrochen werden müssen, weil dieser Anschein das gesamte Vergabeverfahren betreffe, nachdem der Fachspezialist, bei dem der Anschein vorliege, auch an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und am technischen Teil des Pflichtenheftes mitgewirkt habe.

Im Vorfeld von Beschaffungen werde anhand von "Kosten-Nutzen-Risiken-Überlegungen" entschieden, ob benötigte Leistungen intern oder extern zu beschaffen seien. Intern sei eine Leistung zu beziehen, wenn eine interne Stelle diese korrekt erbringen könne (sog. "In-House"-Geschäft), was die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts ausschliesse. Nicht zuletzt wegen der wachsenden Dringlichkeit hätten die involvierten Bundesämter beschlossen, auf eine Neuausschreibung zu verzichten und eine In-House-Lösung durch O._____ zu realisieren, was keinen Marktteilnehmer diskriminiere. Die In-House-Beschaffung sei aus folgenden Gründen dringlich:

Angesichts des überschaubaren (...) -Marktes von (...) und der engen Kontakte der auf diesem Markte tätigen Personen könnte selbst bei einer Neuausschreibung der unberechtigte Vorwurf der Befangenheit wieder auftauchen. Ohne Personen, die bei O._____ Kontakte zu entsprechenden Anbietern pflegten, sei eine WTO-Ausschreibung nicht realisierbar. Alleine für die Erstellung des Pflichtenheftes fehle das notwendige Know-How und auf das bisherige Pflichtenheft könne nicht zurückgegriffen werden.

Angesichts der eingetretenen Verzögerungen erlaube nur eine In-House-Beschaffung eine zeitgerechte Projektrealisierung. Neben den wachsenden Kosten drohe dem Bund ein grosser Imageschaden gegenüber (...).

Das Know-How aus dem Projekt X._____ wachse bei O._____ an und werde nicht extern beim Zuschlagsempfänger vorhanden sein. Dieser bereits vor der Ausschreibung erkannte Punkt hätte eine In-House-Beschaffung nicht begründen können. Bei der Neubeurteilung habe jedoch dieser Know-How-Zuwachs für eine In-House-Beschaffung gesprochen.

Der Abbruch eines Vergabeverfahrens zugunsten einer In-House-Beschaffung sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zulässig, wenn die "Internalisierung" der Leistungen auch tatsächlich effektiv umgesetzt werde (BGE 2C_388/2012 vom 30. August 2012); entsprechenden Auflagen würde sie sich "nicht widersetzen".

Mit diesem Vorgehen werde weder die Beschwerdeführerin noch die Zuschlagsempfängerin einseitig benachteiligt. Die geplante Ausschreibung zweier, auf zwei Jahre befristeter Stellen für "GIS – Spezialist/in FH im Prozess (...)" stelle die verfahrenre Situation im Beschwerdeverfahren auf eine neue, neutrale Basis. Allenfalls zusätzlich notwendige Kapazitäten könne O._____ mit dem "bisherigen" Personal abdecken.

3.1.3 Diesen Darlegungen entgegnet die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom (...) 2013, die von der Vergabestelle neu vorgebrachten Gründe für die angebliche Dringlichkeit einer internen Beschaffung seien unglaubwürdig:

Nach der Rechtsprechung dürfe die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren aus sachlichen Gründen definitiv oder zur Neuauflage eines geänderten Projekts abbrechen und einen Zuschlag widerrufen, wenn keine gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt werde.

Hier liege keiner der in Art. 30 VöB normierten Abbruchgründe vor: Was die Vergabestelle für eine In-House-Beschaffung vorbringe, sei nicht stichhaltig, weshalb eine gezielte Diskriminierung ihrer Person beabsichtigt werde. Denn Dringlichkeit liege nicht vor und selbst wenn, dann wäre diese selbst verschuldet.

So treffe die im Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 zur Dringlichkeit der Beschaffung festgehaltene Begründung nach wie vor zu. Es sei die Vergabestelle, die in jenem Verfahren eine Fristerstreckung bis zum (...) 2013 beantragt und damit das Verfahren verzögert habe. Deshalb sei die angebliche Dringlichkeit zweifelhaft und dies umso mehr, als einige Präsentationsfolien, die am (...) 2013 (...) gezeigt worden seien, vermuten liessen, dass die Vergabestelle (...) entschlossen gewesen sei, den Zuschlag zu widerrufen, den Beschaffungsvorgang abzubrechen und das Projekt erneut auszuschreiben. Trotzdem habe die Vergabestelle bis zum letzten Tag der erstreckten Frist mit dem Zuschlagswiderruf und dem Abbruch zugewartet. Insofern könne von einer beachtlichen, von der Vergabestelle nicht selbst herbeigeführten Dringlichkeit keine Rede sein.

Mittlerweile anerkenne selbst die Vergabestelle – angesichts der missachteten Ausstandsvorschriften – die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids. Da die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens B-4852/2012 nicht angefochten worden seien, erweise sich eine Neuausschreibung rechtlich nicht als zulässig. Wiederholt werden müsste lediglich die Offertevaluation unter Ausschluss der vormaligen Zuschlagsempfängerin (d.h. der Z._____ SA wegen Vorbefassung). Insofern könne der Zuschlag nur noch an sie erteilt werden, nachdem die dritte Anbieterin rechtsprechungsgemäss nicht mehr ins Verfahren einzu beziehen sei. Wäre die Vergabestelle ernsthaft an einer raschen Beschaffung interessiert, hätte sie nicht den Abbruch verfügt, sondern ein Urteil im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 abgewartet. Daher müsse davon ausgegangen werden, dass ein zu ihren Ungunsten "vorgefasster" Vergabeentscheid vorliege.

Durch den Abbruch und die beabsichtigte In-House-Beschaffung liesse sich weder Zeit gewinnen noch die behauptete Beschleunigung erreichen. O._____ sei unbestrittenermassen nicht in der Lage, den Auftrag mit eigenen Ressourcen auszuführen. Vielmehr müssten in einem langwierigen Rekrutierungsprozess zwei Personen mit einem Pensum von 80-100% angestellt werden. Dieses Vorgehen, das von der Vergabestelle

selbst verschuldet und daher unbeachtlich sei, stehe im Widerspruch zur behaupteten Dringlichkeit der Beschaffung. Bereits im Vorfeld der Ausschreibung hätten sich O._____ und P._____ mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob der Bedarf durch interne oder externe IT-Dienstleister gedeckt werden könne. Damals sei entschieden worden, die benötigten IT-Dienstleistungen – angesichts der beschränkten Ressourcen von O._____ – extern zu beschaffen. Denn der Grundauftrag umfasse einen Arbeitsaufwand von zweieinhalb bis drei Personenjahren, der Gesamtauftrag erfordere rund fünf Personenjahre. Bisher habe O._____ auch weit geringere Softwareentwicklungen immer extern vergeben, das heisst oftmals an die Z._____ SA und die W._____ KG, wie die Stellungnahme der Vergabestelle vom (...) 2012 zeige. Daher sei eine in-House Software-Entwicklung allein durch O._____, wie hier im Auftrag anderer Bundesstellen, äusserst ungewöhnlich. Dazu sollen neu angeblich zwei Software-Entwickler angestellt werden. Da O._____ nicht selber Software entwickle, müssten diese neuen Mitarbeiter "allein auf weiter Flur" handeln. Auf diese Weise werde die Softwareentwicklung weit mehr Zeit in Anspruch nehmen, als wenn dies durch ein fachkundiges Team erfolgte. Bei ihrer ursprünglichen Projektplanung sei eine Entwicklung bis (...) angenommen worden. Vor diesem Hintergrund falle die Behauptung der Dringlichkeit in sich zusammen. Aber auch mit Blick auf einen wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel sei das geplante Vorgehen abwegig. Bereits jetzt sei absehbar, dass sich ein derart komplexes und umfangreiches Softwareprojekt allein oder durch zwei Mitarbeiter bei O._____ ohne jeglichen Beizug Dritter nicht realisieren lasse. Es liege auf der Hand, dass O._____ deshalb Aufträge an Dritte vergeben müsste, vermutlich erneut an "Z._____ und/oder W._____". Dieser Schluss dränge sich bereits auch deshalb auf, weil nach den Entwürfen (der von der Vergabestelle eingereichten Stellenausschreibung) von den potenziellen Mitarbeitern Erfahrungen in "(...)" (...) gefordert werde. Laut O._____ sei der erste Release aber erst Mitte 2013 verfügbar. Zudem werde (...) von "Z._____, (...).org und W._____" entwickelt. Daher erlaubten die neusten Entwicklungen auf dem (...) Markt den Schluss, dass die Rekrutierung des Personals – trotz der angeblich grossen Dringlichkeit entweder nicht vor dem Vorliegen von (...) stattfinden werde, oder dass der Rekrutierungsprozess abgebrochen werden müsste, sollten keine geeigneten Mitarbeiter gefunden werden.

In diesem Zusammenhang sei insbesondere der Einwand der Vergabestelle haltlos, wonach ohne eine In-House-Beschaffung sofort erneut der Vorwurf der Befangenheit auftauchen würde. Ganz im Gegenteil lasse

sich ein Beschaffungsverfahren durchaus rechtskonform durchführen. Hier beispielsweise hätte einzig der ausstandspflichtige Kadermitarbeiter bei der Evaluation in den Ausstand treten müssen. Auch könnte sich die Vergabestelle im Beschaffungsverfahren fachkundig beraten und Offerten evaluieren lassen. Es bestünden viele Möglichkeiten, um zu einer Vergabeentscheidung zu kommen, ohne dass dabei ein Mitarbeiter von O._____ mit engen Beziehungen zu einer Offerentin mitwirkt.

Zwar könnten bei einer In-House-Beschaffung keine aussenstehenden Anbieter diskriminiert werden. Von der Vergabestelle seien diskriminierungsfreie Beschaffungsverfahren auch zu fordern. Für den hier plötzlich und völlig überraschend eingetretenen Sinneswandel der Bedarfsstelle, In-House zu beschaffen, lägen keine sachlichen Gründe vor. Vielmehr wolle die Vergabestelle offenbar einen ihr unliebsamen Verfahrensausgang im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 verhindern und nicht zulassen, dass der Auftrag von ihr, der Beschwerdeführerin, ausgeführt werde. Es entstehe der Verdacht, dass der Auftrag, wie bereits von Anfang an vorbestimmt, "Z._____ und W._____" erteilt werden solle, mit denen der ausstandspflichtige Kadermitarbeiter von O._____ nach wie vor engste Beziehungen unterhalte.

3.1.4 Zu diesen Einwänden hält die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom (...) 2013 fest, (...Projektbezug...) habe für die Bundesverwaltung Priorität und die stete Verschärfung der Dringlichkeit sei angesichts des Auftrages "bis (...)" offensichtlich. Bei X._____ gehe es um ein Bundesprojekt "mit direkten, enormen Auswirkungen auf (...)". Mittlerweile stecke sie bereits in einem zweiten Rechtsmittelverfahren, was aussergewöhnlich sei und deshalb nicht in dieser Tragweite in die Planung habe einfließen können. Die im Beschwerdeverfahren B-4852/2012 beantragte Fristerstreckung um knapp drei Wochen hätte der Verfahrensbeschleunigung dienen sollen, weil die Zuschlagsempfängerin eine einvernehmliche Lösung mit der Beschwerdeführerin gesucht habe, was "der zeitlichen Dringlichkeit am besten gedient" hätte. Mit dem Abbruch sei zugewartet worden, weil das weitere Vorgehen lange Zeit unklar gewesen sei. Der verfügte Abbruch trage der Dringlichkeit am besten Rechnung. Anders vorzugehen, würde zu "weitreichenden Zeitverlusten" führen.

Die Beschwerdeführerin verkenne, dass bei O._____ in Zusammenarbeit mit P._____ das Know-How für das Projekt X._____ bereits vorhanden sei. O._____ habe bereits elf Applikationen (mit-)entwickelt, davon sieben mit- und vier selbstentwickelt. Im – vom Anschein der Be-

fangenheit betroffenen Kadermitarbeiter – stehe ab sofort ein äusserst kompetenter Chefentwickler zur Verfügung nebst den zwei zusätzlich benötigten, zeitlich befristeten Zusatzstellen. Diese seien mittlerweile auf www.stelle.admin.ch ausgeschrieben, was die Dringlichkeit unterstreiche. Dies verstosse jedoch nicht gegen das am (...) 2013 vom Bundesverwaltungsgericht verfügte Verbot präjudizierender Vollzugsvorkehren. Diese Neuanstellungen würden "nicht direkt" im Projekt X._____ eingesetzt, sondern "in anderen Projekten (nicht X._____)", um so die für X._____ benötigten internen Ressourcen frei zu machen. Zudem würden die Zusatzstellen erst nach dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung wirklich besetzt werden.

"Vehement bestritten" werde der Vorwurf, es werde eine gezielte Diskriminierung der Beschwerdeführerin beabsichtigt. Dies sei schon deswegen nicht der Fall, weil mit der erbetenen Fristverlängerung Vergleichsverhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin zugelassen worden seien. Die Bedarfsstelle habe vor der Ausschreibung vom (...) 2012 den ersten Entscheid "Make or Buy" unter ganz anderen Rahmenbedingungen gefällt. Der Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 2012 im Verfahren B-4852/2012 habe dieses sowie künftige Beschaffungen massgeblich beeinflusst und entsprechend auch zum Rückkommen auf den Entscheid "Make or Buy" geführt. Wegen der Mitwirkung des besagten Kadermitarbeiters bei den Ausschreibungsunterlagen blieben kaum Alternativen. Die beabsichtigte In-House-Beschaffung sei sachlich begründet, weil sie wegen der Dringlichkeit die schnellstmögliche Realisierungschance biete. Der Abbruch des Verfahrens und die In-House-Lösung sei der einzige Ausweg, um die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin gleich zu behandeln, indem keine von beiden berücksichtigt werde. Eine Zusammenarbeit mit " Z._____ und/oder W._____ " sei nicht vorgesehen. Sie habe sich bereits in ihrer Eingabe vom (...) 2013 (recte: [...] 2013) bereit erklärt, entsprechende Auflagen des Bundesverwaltungsgerichts umzusetzen.

3.1.5 Als Antwort auf den Vorwurf der gezielten Diskriminierung und zum Nachweis, dass die In-House-Lösung tatsächlich realisiert werden könne, reichte die Vergabestelle am (...) 2013 einen Entwurf einer unterschriftsreifen Projektvereinbarung (zwischen O._____ und P._____) ein. Darin wird der Projektausschuss, das Projektteam, der Zeitplan sowie die Einzelheiten der Leistungsverrechnung für die Jahre 2013 bis 2015 definiert. Es wird auch vereinbart, dass O._____ die Entwicklung von

X._____ gemäss Pflichtenheft im Auftrag von P._____ "in-house" realisiere. Dazu führt die Vergabestelle aus, ein Teil des Projektteams bei O._____ bestehe bereits, wobei die aufgeführten Personen ein Teilpensum ihrer gesamten Arbeitszeit für das Projekt X._____ arbeiten würden. Mit den heute bei O._____ vorhandenen Ressourcen könne mit der Ausarbeitung der Detailspezifikation, der "use-cases", der Entwicklungskonzepte und mit einem Teil der Entwicklung begonnen werden. Der technische Projektleiter von O._____ sei eingearbeitet und stehe auf Abruf bereit. Es sei vorgesehen, bei O._____ noch weitere Ressourcen im Umfang von mindestens zwei Entwicklerstellen frei zu bekommen. Weitere Anstellungen und der Start des Projektes würden aber erst nach einem rechtskräftigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erfolgen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass technische Veränderungen ("[...] anstelle [...]") das Pflichtenheft gegenüber der WTO-Ausschreibung wesentlich verändert hätten.

Mit Eingabe vom (...) 2013 bestätigte die Vergabestelle, dass die Projektvereinbarung gegenüber der Beschwerdeführerin vollumfänglich offengelegt werden könne. Gleichzeitig reichte die Vergabestelle eine korrigierte Version der Projektvereinbarung ein, in welcher in der Rubrik "Leistungsverrechnung" der Begriff "Personalverleih" durch den Begriff "Personalbudget" ersetzt wird (vgl. im Sachverhalt unter E.k).

3.1.6 Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom (...) 2013 vorab entgegen, allfällige Aktivitäten, wie die Anstellung von Personal, um bei O._____ bestehende Ressourcen für X._____ frei zu machen, würden, sofern sie vor einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts realisiert würden, die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom (...) 2013 verletzen.

Die geltend gemachten Gründe der Vergabestelle für eine In-House-Beschaffung seien nachgeschoben. Im Moment des Abbruchs sei der Entscheid zugunsten einer In-House-Beschaffung nicht gefällt gewesen, weshalb eine nachgeschobene Begründung die früher ergangene Abbruchverfügung nicht sachlich rechtfertigen könne. Obschon vom Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom (...) 2013 dazu aufgefordert, habe die Vergabestelle bis am (...) 2013 nur oberflächliche, unzureichende und widersprüchliche Informationen geliefert. Problematisch sei vor diesem Hintergrund die jetzt neu eingereichte, in einem sensiblen Bereich nachgebesserte Projektvereinbarung. In der ersten Version sei in den Kostenpositionen der Begriff "Personalverleih" enthalten. Dies zeige,

wie die angebliche In-House-Beschaffung tatsächlich erfolgen sollte, nämlich nicht mit In-House-Mitarbeitern, sondern mit externen Arbeitskräften auf der Basis von Personalleihverträgen. Genau diese Vermutung, wonach das Projekt nicht "in-house" realisiert werden könne, habe sie bereits in früheren Eingaben geäußert. Der neu verwendete Begriff "Personalbudget" sei "nichtssagend" und stelle in keiner Weise sicher, dass nicht in Umgehung des Vergaberechts wiederum Mitarbeiter der präferierten Leistungserbringerin "Z._____ und/oder W._____" hinzugezogen werden sollen. Das Organigramm des Projektteams X._____ verliere vor diesem Hintergrund an Glaubwürdigkeit, ohne dass nachprüfbar wäre, ob es sich bei den erwähnten Personen effektiv um interne Mitarbeiter handelt, die technisch und fachlich überhaupt befähigt wären, das gewünschte Anwendungssystem zu realisieren. Genau eine solche Sicherheit müsste aber zwingend gegeben sein, damit eine In-House-Beschaffung überhaupt als zulässiger Abbruchgrund gelten könnte. Nach den Angaben der Vergabestelle sollte die Softwareentwicklung mit zahlreichen Teilzeitmitarbeitern erfolgen. Ein derartiges Vorgehen, das eine längere Realisierungszeit beanspruchen würde, sei nicht effizient und mache die angebliche Dringlichkeit unplausibel. Zudem sei das geplante Vorgehen unwirtschaftlich. Die Projektvereinbarung gehe von einem geschätzten Personalbudget von (... Betrag zwischen 700'000.– und Fr. 1'500'000.–...) (+/-10% für die Phase Realisierung) aus. Dieser Realisierungsaufwand sei Fr. [...] (bzw. 49 %) höher als der von ihr offerierte Aufwand von Fr. [...] für diese Projektphase. Noch eindrücklicher sei das Kostenverhältnis für die Wartung der Anwendung. Während sie für Wartung und Weiterentwicklung einen Aufwand von Fr. [...] offeriert habe, belaufe sich die Schätzung von O._____ auf Fr. [...], was einen um über 134% höheren Aufwand ausmache. Bei solchen Verhältnissen würden öffentliche Mittel in beträchtlicher Höhe verschleudert, weshalb die angebliche In-House-Beschaffung keinen Sinn mache. Eine solche dürfe auch nicht erfolgen, wenn dem Grundsatz Nachachtung verschafft werden soll, dass das wirtschaftlich günstigste Vorgehen zu wählen ist.

Angesichts der wirtschaftlichen Unsinnigkeit und des fehlenden öffentlichen Interesses sei die Realisierung der behaupteten In-House-Beschaffung höchst zweifelhaft. Angesichts der gesamten Argumentation der Vergabestelle dränge sich der Schluss auf, dass vorliegend eine gezielte Diskriminierung ihrer Person vorliege. Es werde nach Möglichkeiten gesucht, um mit Mitarbeitern der gewünschten Leistungserbringerin "Z._____ und/oder W._____" die Arbeiten vornehmen zu können.

Schliesslich trafen auch die von der Vergabestelle neu behaupteten wesentlichen technischen Veränderungen nicht zu. Zu den fachlichen Anforderungen werde im Entwurf der Projektvereinbarung auf das ursprüngliche Pflichtenheft verwiesen. Zu Änderungen der technischen Umgebung fänden sich keine Hinweise. Dass neue Versionen der eingesetzten Software-Komponenten entstünden, liege in der Natur der Sache. Daher sei die Behauptung falsch, dass eine neue Version einer einzelnen Software-Komponente (aus einer grossen Menge an vorgegebenen Technologien) eine wesentliche Veränderung des zu erstellenden Anwendungssystems darstellen würde. Neue Versionen änderten an der ursprünglichen Anforderungsdefinition nichts. Da bei IT-Projekten zwangsläufig neue Versionen einzusetzender Basiskomponenten entstünden, hätten Vergabestellen es in der Hand, durch eine Verschleppung von Beschwerdeverfahren (bis zum Vorliegen einer neuen Softwareversion) treuwidrig einen Abbruchgrund herbeizuführen.

3.2

3.2.1 Ein Vergabeverfahren kann nur mit dessen Abbruch oder einem Zuschlag enden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 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 ex-

terne 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).

3.2.2 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, wie bereits in E. 1.4.3.4 erwähnt, 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, wie die Vergabestelle zu Recht festhält, 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.).

3.2.3 Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht erkannt, dass Vergabestellen ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder

zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abrechnen und einen allfälligen 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).

3.2.3.1 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.).

3.2.3.2 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).

3.2.3.3 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 (vgl. nachfolgend E. 3.2.4.2).

Vorab könnte man sich zu Recht die Frage stellen, ob der Abbruch hier nicht bereits deshalb als unzulässig zu erachten wäre, weil sich die Vergabestelle, wie sie selber einräumt, im Zeitpunkt der Abbruchverfügung über das weitere Vorgehen noch nicht im Klaren war und gewissermassen mal "ins Blaue hinaus" einen Abbruch verfügte, der auf Grund der Umstände von der Beschwerdeführerin wie auch der Zuschlagsempfängerin teilweise unterschiedlich interpretiert wurde (vgl. E. 2.2.3.1). Die Frage kann jedoch offen gelassen werden, da sich der Abbruch, wie nachfolgend zu zeigen ist, selbst wenn im Zeitpunkt des Abbruchs anders vorgegangen worden wäre, als unzulässig erweisen wird.

3.2.4 Die gesetzlichen Abbruchgründe sind in Art. 30 VöB geregelt. Dieser Artikel sieht unter dem Titel "Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens" Folgendes vor:

" ¹ Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht.

² Die Auftraggeberin kann das Vergabeverfahren abrechnen und wiederholen, wenn:

a. kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind;

- b. günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen.

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

3.2.4.1 Wie den zutreffenden Ausführungen der Beschwerdeführerin entnommen werden kann, worauf zu verweisen ist und was auch die Vergabestelle zu Recht nicht bestreitet, liegt hier keiner der in Art. 30 VöB vorgesehenen Gründe für einen Abbruch vor:

Weder macht die Vergabestelle eine wesentliche Projektänderung geltend noch stellt sie eine Wiederholung des Vergabeverfahrens (wegen veränderter Rahmenbedingungen oder weggefallener Wettbewerbsverzerrungen) in Aussicht (Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB). Vielmehr will die Vergabestelle, aber *nicht* wie Art. 30 Abs. 1 VöB es vorsieht, das Projekt X. _____ "nicht verwirklichen", sondern im Gegenteil immer noch realisieren und zwar mit Hilfe einer In-House-Beschaffung durch O. _____ (sog. Eigenbeschaffung), jedoch unter definitivem Verzicht auf den Bezug der im (abgebrochenen) Beschaffungsverfahren eingeholten Offerten für Fremdleistungen.

3.2.4.2 Damit stellt sich die Frage, ob die Liste von Art. 30 VöB als abschliessend zu verstehen beziehungsweise restriktiv auszulegen ist, wie die Beschwerdeführerin im Ergebnis nahe legt:

Das Vergaberecht als flexibles Rahmenwerk für Beschaffungen ist darauf ausgelegt, den Auftraggeberinnen grosse Freiheiten zu bieten für die Anpassung der Vergabeverfahren an eigene Bedürfnisse (vgl. E. 3.2.3.3 sowie im Zusammenhang mit In-House-Beschaffungen: BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1155, 1158, 1181, 1208, 2571; SUTER, a.a.O., Rz. 145, 164, 174, 176, 202 sowie 229 ff.). So vertritt SUTER die (etwas paradox formulierte) Auffassung, der Gesetzgeber habe eine – "wenn auch weit gefasste" – abschliessende Regelung formuliert (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 90 und 145), die angesichts der beispielhaft aufgezählten und nicht restriktiv zu verstehenden Abbruchgründe dennoch "als nicht abschliessend" zu werten sei (SUTER, a.a.O., Rz. 92 und 147).

Dazu ist zu sagen, dass zweifellos ausserhalb der Aufzählung von Art. 30 VöB liegende, legitime Abbruchgründe denkbar sind und auch zulässig sein müssen, wenn Umstände beispielsweise einen Abbruch wegen äusserster Dringlichkeit unbedingt erfordern, weil z.B. eilige Sanierungsmassnahmen bei einer akut einsturzgefährdeten Brücke eine Frei-

handvergabe dringend notwendig machen (vgl. zur sog. "Dringlichkeits-Freihandvergabe" BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2517 [mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juni 2009 E. 7.2], Rz. 2601; SUTER, a.a.O., Rz. 82 und 92). Ob indessen die in Art. 30 VöB vorgesehene Liste – von dieser Notausnahme abgesehen – implizit auch Fälle wie den Vorliegenden erfasst, bei denen die Vergabestelle trotz Projektverwirklichungsabsicht lediglich auf den Bezug von Fremdleistungen verzichten will, kann aus den nachfolgenden Erwägungen letztlich offen gelassen werden.

Selbst wenn – wie hier – ein laufendes Vergabeverfahren auch bei einer Beibehaltung des Beschaffungsziels abgebrochen werden dürfte, weil die Vergabestelle die nachgefragte Leistung nachträglich durch (eine vergaberechtsfreie und damit nicht ausschreibungspflichtige) Eigenleistung beschaffen will (vgl. zu diesen sog. "In-House-Geschäften": BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1145 ff., 1158, 1163 ff. [insbes. Fn. 1319], 1180 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 229-237; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.]: Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, Art. 11 BöB N. 21), so müsste eine solche In-House-Beschaffung, will man diesen zusätzlichen Abbruchgrund anerkennen (in diesem Sinne für viele BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1168), durch *sachliche Gründe* gerechtfertigt sein (vgl. die von BEYELER postulierte Anforderungen [Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1168, 2760, 2771, 2773, 2812 wonach eine {nicht missbräuchliche} In-House-Vergabe einen "zwingenden" Abbruchgrund darstellt]; SUTER, a.a.O., Rz. 230).

Dabei wäre ein Abbruchgrund nur dann als "sachlich" anzuerkennen, wenn er gleichzeitig – gewissermassen als Kehrseite der Medaille – mit keiner gezielten Diskriminierungsabsicht gegenüber Anbietern in Verbindung gebracht werden kann (BGE 134 II 192 E.2.3). Selbstredend lässt sich das "Fehlen einer gezielten Diskriminierung" als "Negativum" nicht positiv beweisen; allerdings kann die Beweislast für deren allfälliges Vorliegen auch nicht ausschliesslich der sich für diskriminiert erachteten Partei überbunden werden.

Es drängt sich daher auf, bei der Beurteilung des "sachlichen Grundes" für einen Abbruch auch alle im konkreten Fall erheblichen Umstände einzubeziehen, die auf eine "gezielte Diskriminierungsabsicht" hindeuten (könnten).

3.2.4.2.1 Vorab fällt auf, dass die Vorinstanz keine Gründe persönlicher oder fachlich-technischer Natur (vgl. dazu sinngemäss die Ausführungen bei BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2739-2756) geltend macht, welche die Qualifikationen der Offerentinnen für eine anstandslose Erfüllung des Beschaffungsauftrages im Projekt X._____ (grundsätzlich oder in gewissen Punkten) in Frage stellen würden.

Hinzu kommt, dass, wie bereits in der Erwägung 1.4.3.3 erwähnt, ein Abbruch nicht bereits deshalb, wie die Vergabestelle meint, "allein aus formellen Gründen" notwendig ist, weil der im Evaluationsverfahren vom Befangenheitsanschein betroffene Kadermitarbeiter der Bedarfsstelle auch an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und am technischen Teil des Pflichtenheftes mitgewirkt hatte. Damit ist entgegen der Auffassung der Vergabestelle die von ihr für "alternativlos" gehaltene In-House-Beschaffung keinesfalls zwingend notwendig.

3.2.4.2.2 Diesem Aspekt kommt hier als Element eine besondere Bedeutung zu, zumal die Vergabestelle im Rahmen der Projektvereinbarung im Personalbereich unbestrittenermassen höhere Personalkosten in Kauf zu nehmen bereit ist, worin die Beschwerdeführerin einen Beleg dafür erblickt, dass die Vergabestelle sie gezielt diskriminieren wolle.

Diese Schlussfolgerung ist aber nicht zwingend. Denn die Inkaufnahme höherer Personalkosten (bei einer In-House-Beschaffung) liesse sich jedenfalls dann nicht beanstanden, wenn für eine zeitgerechte Realisierung des Projektes X._____ nur der Weg über eine In-House-Beschaffung offen stünde.

Dies ist jedoch, wie in der Erwägung 1.4.3.3 gezeigt wurde, nicht der Fall.

3.2.4.2.3 Nicht ersichtlich ist auch, inwiefern mit der von der Vergabestelle mit Nachdruck betonten Dringlichkeit hier eine In-House-Beschaffung gerechtfertigt werden könnte.

Dieses Argument könnte sich vorab im Kontext der eingangs in E. 3.2.4.2 erwähnten "Dringlichkeits-Freihandvergabe" zum Schutze hochrangiger Polizeigüter stellen oder wenn es ausnahmsweise gälte, sonst drohenden, ausserordentlich hohen finanziellen Schaden abzuwenden. Eine solche Konstellation macht die Vergabestelle jedoch nicht geltend. Im Übrigen behauptet selbst die Vergabestelle nicht, dass hier allein wegen der Projektverzögerungen aufgrund des Beschwerdeverfahrens von einer besonderen, einen Verfahrensabbruch rechtfertigenden Dringlichkeit auszu-

gehen wäre. Auch sonst sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, von der Regel abzuweichen, wonach in der Planung von Vergabeverfahren auch die Dauer möglicher Beschwerdeverfahren mit zu berücksichtigen ist (Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4, B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3).

Vor diesem Hintergrund kann – auch mit Blick auf die im Beschaffungsverfahren eingereichten, in fachlicher und technischer Hinsicht nie beanstandeten Offerten – die aufgeworfene Frage offengelassen werden, inwiefern sich nur durch die beabsichtigte In-House-Beschaffung die von der Vergabestelle behauptete notwendige Beschleunigung erreichen liesse.

3.2.4.3 Nach dem Gesagten ist bei einer gesamthaften Würdigung aller erheblichen Umstände kein legitimer Grund für einen Abbruch erkennbar, zumal die In-House-Beschaffung – entgegen den Darlegungen der Vergabestelle – zumindest weder als "unumgänglich" noch als alternativlos erscheint und auch keine Situation geltend gemacht wird, die eine "Dringlichkeits-Freihandvergabe" erlauben würde.

4.

Lässt sich somit der am (...) 2013 verfügte Abbruch des Beschaffungsverfahrens im Projekt X. _____ nicht rechtfertigen, ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Abbruchverfügung *aufzuheben* (im Unterschied zur Konstellation, welche die BRK in VPB 66.39 [E. 3] bei einem definitiven Abbruch [wegen vollständiger Projektaufgabe] zum Erlass eines Feststellungsentscheides bewog).

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. Februar 2013 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 Angesichts des überwiegenden Obsiegens der Beschwerdeführerin sind keine Verfahrenskosten zu erheben, nachdem solche Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden nicht auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Daher ist der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils der am (...) 2013 geleistete Kostenvorschuss von Fr. (...)– zurückzuerstatten.

6.2 Der überwiegend obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten dieses Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Dabei ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt (Art. 10 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter hat eine Kostennote eingereicht. Der darin geltend gemachte Aufwand (für die Periode vom [...] bis zum [...] 2013) von insgesamt Fr. (...) (zu einem Stundenansatz von Fr. 350.– für einen Arbeitsaufwand von [...] Stunden, inkl. Auslagen von Fr. [...] und Mehrwertsteuer von Fr. [...]) erscheint gemessen am erforderlichen Aufwand für das – hier freilich zahlreiche neue und heikle rechtliche Fragen aufwerfende Beschwerdeverfahren – als etwas zu hoch, zumal dieser Aufwand in der Kostennote nicht überprüfbar substantiiert worden ist. Daher ist die Parteientschädigung mangels einschlägiger Hinweise nach richterlichem Ermessen (ausgehend vom anerkanntswerten Stundenansatz von Fr. 350.–) auf insgesamt Fr. (...) (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Die Parteientschädigung ist der Vergabestelle zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Die Beschwerde vom (...) 2013 wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

1.2 Die am (...) 2013 auf www.simap.ch publizierte Abbruchverfügung zum Vergabeverfahren "Projekt X._____" wird aufgehoben.

2.

2.1 Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. (...) nach Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

2.2 Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. (...) (inkl. Auslagen und MWST) zugesprochen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP Projekt-[...]/Abbruch; Gerichtsurkunde)
- die Z._____ SA (auszugsweise; Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

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 Rechtschrift 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: 30. Mai 2013