

2020 IV/2

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. AG gegen Schweizerische Bundesbahnen
B-6295/2017 vom 25. Februar 2020

Öffentliches Beschaffungswesen. Unterscheidung zwischen primärem und sekundärem Rechtsschutz im Vergaberecht. Anspruch auf vergaberechtlichen Schadenersatz nach einem rechtmässig erfolgten Abbruch zwecks Neuausschreibung, nachdem es zu Unregelmässigkeiten gekommen ist, die möglicherweise unnötigen Offertaufwand generiert haben.

Art. 32 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 35 Abs. 1 BöB. Art. XX Ziff. 2 und Ziff. 7 Bst. a des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA).

- 1. Im Rahmen des primären Rechtsschutzes wird die Aufhebung der rechtsfehlerhaften Verfügung und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angestrebt. Erst wenn die Beschwerdeführerin keine Chance mehr auf den Zuschlag hat, greift subsidiär der sekundäre Rechtsschutz in Form von vergaberechtlichem Schadenersatz (E. 7.3).**
- 2. Nach einem rechtmässig erfolgten Abbruch des Verfahrens zwecks Neuausschreibung kann sich die Beschwerdeführerin an der Neuausschreibung beteiligen und gegebenenfalls den Zuschlag erhalten. Ein Anspruch auf vergaberechtlichen Schadenersatz ist deshalb ausgeschlossen, auch wenn es aufgrund von Unregelmässigkeiten zu unnötigem Offertaufwand gekommen sein sollte. Ob allenfalls ein zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch besteht, kann vor Bundesverwaltungsgericht nicht beurteilt werden und ist gegebenenfalls von einem Zivilgericht zu prüfen (E. 7.6 und 8.5).**

Marchés publics. Distinction entre protection juridique primaire et secondaire en droit des marchés publics. Droit à des dommages-intérêts selon le droit des marchés publics à la suite d'une interruption de la procédure conforme au droit, dans le but de répéter celle-ci, après que des irrégularités ayant pu occasionner des coûts inutiles pour l'établissement de l'offre ont été constatées.

Art. 32 al. 1 et al. 2, art. 35 al. 1 LMP. Art. XX ch. 2 et ch. 7 let. a de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP).

1. La protection juridique primaire vise l'annulation de la décision viciée et le rétablissement de l'état conforme au droit. La protection juridique secondaire, sous forme de dommages-intérêts au sens du droit des marchés publics, n'entre en ligne de compte que si la recourante n'a plus aucune chance d'obtenir le marché (consid. 7.3).
2. Après une interruption de la procédure conforme au droit, dans le but de répéter celle-ci, la recourante peut participer au nouvel appel d'offres et, le cas échéant, obtenir le marché. En conséquence, toute prétention à des dommages-intérêts au sens du droit des marchés public est exclue, même si les irrégularités constatées avaient entraîné des coûts inutiles pour l'établissement de l'offre devaient être avérés. Le Tribunal administratif fédéral n'est pas compétent pour connaître d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts au sens du droit privé; cette question doit, le cas échéant, être examinée par un tribunal civil (consid. 7.6 et 8.5).

Acquisti pubblici. Distinzione tra protezione giuridica primaria e secondaria nel diritto in materia di appalti pubblici. Diritto al risarcimento dei danni ai sensi della legislazione sugli appalti pubblici in seguito a un'interruzione lecita della procedura d'aggiudicazione per nuova pubblicazione del bando, a causa di irregolarità suscettibili di aver generato costi inutili per l'allestimento dell'offerta.

Art. 32 cpv. 1 e cpv. 2, art. 35 cpv. 1 LAPub. Art. XX cifra 2 e cifra 7 lett. a dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (AAP).

1. Nell'ambito della protezione giuridica primaria, l'obiettivo perseguito consiste nell'annullamento della decisione giuridicamente erronea e nel ripristino dello stato conforme al diritto. La protezione giuridica secondaria, sotto forma di risarcimento dei danni ai sensi della legislazione sugli appalti pubblici, interviene sussidiariamente soltanto al momento in cui la ricorrente non ha più alcuna possibilità di ottenere l'appalto (consid. 7.3).
2. Se la procedura viene correttamente interrotta in vista della ripubblicazione del bando, l'offerente può partecipare alla nuova gara e se del caso vedersi aggiudicare l'appalto. Di conseguenza, il diritto di ottenere un risarcimento dei danni ai sensi della legislazione

in materia di appalti pubblici è escluso, quand'anche siano state constatate irregolarità tali da causare inutili costi per l'allestimento dell'offerta. La questione di sapere se sussista un'eventuale pretesa in risarcimento danni fondata sul diritto privato non può essere giudicata dinanzi al Tribunale amministrativo federale e va, se del caso, sottoposta al giudice civile (consid. 7.6 e 8.5).

Am 22. April 2016 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Konzernverkauf Verbrauchsgüter (nachfolgend: Vergabestelle) einen Lieferauftrag für die Dauer von sieben Jahren mit dem Projekttitel « Aussenreinigung für Schienenfahrzeuge » im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 910347; Projekt-ID 138969).

Für die Prüfung und Bewertung der Angebote sahen die Ausschreibungsunterlagen ein mehrstufiges Verfahren mit einem Klein- und einem Grossversuch vor. Bis zum 1. Juli 2016 gingen fristgerecht zehn Angebote ein, darunter auch die Offerte der X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

Nach der ersten Runde der Kleinversuche erfüllte kein Angebot die technischen Voraussetzungen. Die Vergabestelle brach das Verfahren aber nicht ab. Stattdessen hielt sie fest, dass ein Teil der Anbieter die technischen Lieferbedingungen massgeblich nicht erfüllt hätte, weshalb diese Angebote nicht mehr weiter geprüft würden. Von den verbliebenen Anbietern, welche die Anforderungen laut Vergabestelle nur knapp nicht erfüllt hätten, forderte sie weitere Muster für die Grossversuche.

Nach Abschluss der Grossversuche gelangte die Vergabestelle mit Schreiben vom 4. Mai 2017 an die verbliebenen Anbieter und verlangte die Nachbesserung ihrer Produkte, um diese einer zweiten Reihe von Kleinversuchen zu unterziehen.

Mit dem Ergebnisbericht vom 14. September 2017 stellte die Vergabestelle jedoch fest, dass auch die überarbeiteten Produkte die technischen Anforderungen weiterhin nicht allesamt erfüllten, worauf das Verfahren am 17. Oktober 2017 abgebrochen wurde.

Zwischen den Verfahrensbeteiligten blieb im Beschwerdeverfahren unbestritten, dass es während der Evaluation zu Unregelmässigkeiten kam. Die Beschwerdeführerin führte dazu aus, durch diese Unregelmässigkeiten sei unnötiger Offertaufwand entstanden, welcher von der Vergabestelle zu ersetzen sei.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

7.

7.1 In ihrer Replik beantragt die Beschwerdeführerin eventualiter, es sei ihr der durch die fehlerhafte Kommunikation der Vergabestelle entstandene unnötige Offertaufwand vollständig zu ersetzen. Die Vergabestelle habe sich während der Evaluation treuwidrig verhalten, auch weil die Grossversuche nicht anonym und hinsichtlich des vierten Produkts auch nicht vollständig durchgeführt und die Kleinversuche nach Abschluss der Grossversuche entgegen den Ausschreibungsunterlagen wiederholt worden seien. Zudem habe die Vergabestelle für die Grossversuche eine grössere Menge von Produkten eingefordert, als in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen gewesen seien.

7.2 Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, der Abbruch vom 17. Oktober 2017 sei nicht rechtswidrig erfolgt. Eventualiter sei – sofern der Abbruch als nicht rechtskonform beurteilt werde – der Schadenersatzanspruch zu reduzieren. Die Vergabestelle habe in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass die Ausarbeitung des Angebots sowie die Musterungen für die Klein- und Grossversuche nicht entschädigt würden. Die Beschwerdeführerin habe die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten und somit akzeptiert. Die Vergabestelle sei in gutem Glauben davon ausgegangen, dass die Anbieter mit der Nachbesserung ihrer Offerten die technischen Lieferbedingungen erfüllen würden. Erst die intern und extern eingeholten Ergebnisse der zweiten Runde der Kleinversuche hätten aufgezeigt, dass die technischen Lieferbedingungen nach wie vor von keinem Anbieter erfüllt würden. Es sei nie die Absicht der Vergabestelle gewesen, die Anbieter vorsätzlich in Unkosten zu treiben. Die Vergabestelle habe auch nicht, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, für die Versuche grössere Mengen angefordert als in den Ausschreibungsunterlagen beschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen seien jeweils nur die Mindestmengen definiert gewesen.

7.3 Im Vergaberecht ist grundsätzlich zwischen dem primären und dem sekundären Rechtsschutz zu unterscheiden (Art. 32 Abs. 1 und 2 BöB [SR 172.056.1]; vgl. dazu HANS RUDOLF TRÜEB, in: Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 32 BöB N. 1 und 4, Art. 35 BöB N. 1, je m.H.; PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013,

Rz. 1414 ff.). Im primären Rechtsschutz strebt der Beschwerdeführer die Aufhebung der rechtsfehlerhaften Verfügung und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Dabei geht es ihm in erster Linie darum, mit seiner Beschwerde einem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der (vorläufigen) Zuschlagsempfängerin zuvorzukommen, um seinerseits die Chance auf den Erhalt des Zuschlags aufrechtzuerhalten (GALLI et al., a.a.O., Rz. 1325). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entspricht damit der Forderung nach dem « wirksamen » Beschwerdeverfahren gemäss Art. XX Ziff. 2 i.V.m. Ziff. 7 Bst. a des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422, nachfolgend: GPA). Ist die Gewährung des primären Rechtsschutzes und damit die Chance auf den Zuschlag jedoch nicht mehr möglich, beispielsweise dann, wenn nach einem widerrechtlich erfolgten Zuschlag bereits ein Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen wurde, greift subsidiär der sekundäre Rechtsschutz. Statt die Wiederherstellung der Rechte kann der Anbieter nur noch vergaberechtlichen Schadenersatz fordern (MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz*, 2004, S. 304 Rz. 386 f. und Fn. 867). Primärrechtsschutz im Vergaberecht bedeutet somit die Durchsetzungsmöglichkeit von Ansprüchen auf eine bestimmte Verhaltensweise der Vergabestelle im Gegensatz zum Sekundärrechtsschutz in Form von Schadenersatz nach nicht mehr rückgängig zu machender, wirksamer Zuschlagserteilung (vgl. dazu auch ALEXANDER KUS, in: *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl., Köln 2016, § 155 N. 20).

7.4

7.4.1 Das Verfahren zur Geltendmachung von Schadenersatz durchläuft nach Art. 32 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 1 BöB zwei unterschiedliche Stufen ([...]; de lege ferenda wird das zweistufige Verfahren in Art. 58 Abs. 3 des revidierten BöB vom 21. Juni 2019 aufgegeben, wobei der Beschwerdeführerin neu eine adhäsionsweise Beurteilung ihres Ersatzbegehrens zusteht; vgl. zum Ganzen: Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1985, nachfolgend: Botschaft zur Totalrevision BöB). Im Beschwerdeverfahren stellt das Bundesverwaltungsgericht lediglich fest, ob die angefochtene Verfügung rechtswidrig erfolgt ist. Erst nach dieser Feststellung ist das Verfahren gemäss Art. 35 BöB einzuleiten. Art. 32 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB, SR 172.056.15) sieht die Zuständigkeit des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) für den Erlass von Verfügungen nach Art. 35 Abs. 1 BöB

vor, wenn eine Einheit der allgemeinen Bundesverwaltung einen Schaden im Sinne von Art. 34 Abs. 1 BöB verursacht hat. Gegen die Verfügung des EFD ist wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 35 Abs. 2 BöB). Der Umfang des Schadenersatzes nach Art. 34 Abs. 2 BöB richtet sich dabei nach Art. XX Ziff. 7 Bst. c GPA, wonach sich die ersatzfähigen Kosten auf die Vorbereitung oder auf die Kosten der Beschwerde beschränken und den Ersatz des vollständigen negativen Interesses ausschliessen würden.

7.4.2 Ein Teil der Lehre geht beim vergaberechtlichen Schadenersatz von einer abschliessenden Haftungsregelung aus. Eine subjektiv-historische Auslegung mache deutlich, dass die vergaberechtliche Haftungsbestimmung eine *lex specialis* zum Verantwortlichkeitsgesetz darstelle. Der Gesetzgeber habe auch die Frage nach der privatrechtlichen « *culpa in contrahendo* » als konkurrierende Haftung diskutiert, dies jedoch verworfen (Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft II], BBl 1994 IV 950, 1201 zu Art. 32 Abs. 2 BöB; RENATE SCHERRER-JOST, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 1999, Kap. 13 Rz. 85). Ein anderer Teil der Lehre erkennt in Art. 34 BöB keine abschliessende Haftungsregelung. Demnach sei Schadenersatz aus dem Vergaberecht aber immer dann ausgeschlossen, wenn es beim Abbruch zu keiner Diskriminierung eines Anbieters komme und ein sachlicher Grund für den Abbruch vorliege. Gleichwohl bedeute die Rechtmässigkeit des Abbruchs längst nicht in jedem Fall auch eine Befreiung der Auftraggeberin von jeglicher Haftung. Der Anbieter habe aber sein Recht ausserhalb des verwaltungsrechtlichen Vergabeverfahrens im Rahmen einer Zivilklage geltend zu machen (MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005 Rz. 41 ff. S. 792 f.; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, S. 231 N. 511). Eine Haftung aus « *culpa in contrahendo* » sei beispielsweise dann gegeben, wenn die Vergabestelle zwar wisse, dass sie einen Anbieter ausschliessen werde, aber beim Betroffenen gleichwohl weiterhin Aufwand generiere (MARTIN BEYELER, Urteilsanmerkung S. 78 zum Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009, Baurecht 3/2009 S. 184; vgl. für eine Übersicht zu den verschiedenen Lehrmeinungen auch GALLI et al., a.a.O., Rz. 1415).

7.5 Das Bundesverwaltungsgericht und die frühere Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) haben sich mehrfach zu möglichen Schadenersatzforderungen im Rahmen von Vergabeverfahren geäußert.

7.5.1 Mit Entscheid vom 16. November 2001 stellte die BRK die Rechtswidrigkeit einer Abbruchverfügung fest, ohne diese jedoch aufzuheben. Zur Begründung führte sie aus, das Bundesrecht enthalte keine Schadenersatzregelung für den Fall, dass die Vergabestelle ein Verfahren gestützt auf Art. 30 Abs. 1 VöB (SR 172.056.11) definitiv abbreche. Da der Abbruch aber aufgrund der Vorausschbarkeit rechtswidrig erfolgt sei, liege die analoge Anwendung der Schadenersatzregelung nach Art. 32 Abs. 2 BöB nahe (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.39 E. 3; erwähnt in BGE 134 II 192 E. 2.3; kritisch: BEYELER, AJP 7/2005, a.a.O., Rz. 41 S. 792, wonach die Frage der Vergaberechtskonformität des Abbruchs, welche bei Vorliegen von sachlichen Gründen ohne Weiteres gegeben sei, von der Frage nach einer allfälligen Haftung der Vergabestelle für anlässlich des Verfahrens begangene Treuwidrigkeiten, die gegebenenfalls zu einem Schadenersatzanspruch nach « culpa in contrahendo » führen könnten, strikte zu trennen seien).

7.5.2 Mit Urteil B–998/2014 vom 8. Juli 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der in der Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillos 1.2 implizierte Ausschluss der Beschwerdeführerin unverhältnismässig und deshalb vergaberechtswidrig erfolgt sei. Das Bundesverwaltungsgericht hob die angefochtene Verfügung betreffend Teillos 1.2 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück (Urteil B–998/2014 E. 2.7 « Datentransport BIT I »). Weiter führte das Bundesverwaltungsgericht aus, als Folge des verfassungsmässigen Anspruchs von Treu und Glauben (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) könne ein Anspruch auf Entschädigung dann entstehen, wenn von einer begründeten Vertrauensgrundlage, wie beispielsweise den bekannt gegebenen Vergabekriterien, aufgrund überwiegend entgegenstehender öffentlicher Interessen abgewichen werde. Ein Abbruch könne deshalb – auch wenn er möglicherweise sachlich gerechtfertigt sei – nur unter Berücksichtigung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf die anlässlich der Ausschreibung bekannt gegebenen Eignungskriterien, beziehungsweise im Rahmen einer Lösung, die diesem Anspruch gebührend Rechnung trage, erfolgen (Urteil B–998/2014 E. 3.7, 3.8 und 6 « Datentransport BIT I »; vgl. aber

Botschaft zur Totalrevision BöB, BBl 2017 1851, 1960, wonach de lege ferenda mit Art. 43 Abs. 2 BöB eine lex specialis geschaffen wird, mit welcher die Zusprechung von vergaberechtlichem Schadenersatz bei einem gerechtfertigten Abbruch künftig ausgeschlossen wird; vgl. E. 7.3).

7.6 Die Vergabestelle brach das vorliegende Verfahren am 17. Oktober 2017 zwecks Neuausschreibung ab. Zur Begründung führte sie aus, auch nach der Wiederholung der Kleinversuche habe weiterhin kein Angebot sämtliche technischen Spezifikationen erfüllt. Zusätzlich litt die Ausschreibung an einer vergaberechtswidrigen Diskrepanz zwischen der in der Ausschreibung bekannt gegebenen und der « effektiven » Gewichtung der Qualität. Der Abbruch des Verfahrens zwecks Neuausschreibung ist somit rechtmässig erfolgt (...). Die Beschwerdeführerin hat weiterhin die Möglichkeit, sich an der neuen Ausschreibung zu beteiligen. Ihre Chancen, den Zuschlag zu erhalten, bleiben damit intakt. Einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf vergaberechtlichen Schadenersatz besteht bei dieser Ausgangslage – trotz möglicher Unregelmässigkeiten im Evaluationsverfahren – grundsätzlich nicht (Art. 32 Abs. 2 und Art. 35 BöB; vgl. auch BBl 1994 IV 950, 1201, wonach ein vergaberechtlicher Schadenersatz voraussetzt, dass der Vertrag mit einem anderen Anbieter abgeschlossen worden ist). Der Antrag der Beschwerdeführerin, es sei die Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügung vom 17. Oktober 2017 gemäss Art. 32 Abs. 2 BöB festzustellen, ist deshalb abzuweisen.

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin wies schliesslich auf mehrere Unregelmässigkeiten im Evaluationsverfahren hin, die unnötige Kosten verursacht hätten. (...)

8.2–8.4 (...)

8.5 Ob die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Unregelmässigkeiten ausserhalb des Vergaberechts einen Anspruch auf Schadensliquidation im Rahmen einer « culpa in contrahendo »-Haftung hat, kann vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht geprüft werden und ist gegebenenfalls von einem Zivilgericht zu beurteilen (vgl. mutatis mutandis MARTIN BEYELER, Zivilansprüche gehören vor Zivilgericht, Baurecht 4/2019 Ziff. 2 f. S. 203 f.).