

JAAC 67.67

Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für
das öffentliche Beschaffungswesen vom 6. März 2003
i.S. B. AG [BRK 2002-013]

***Marchés publics. Interruption et répétition de la procédure
d'adjudication. Intérêt public. Correction de distorsions de la
concurrence.***

Art. 30 al. 2 OMP. Art. XIII ch. 4 let. b AMP.

- 1. L'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider de ne pas terminer une procédure. Pour ce faire, elle doit cependant pouvoir démontrer un intérêt public suffisant et ne peut pas interrompre une procédure sans raison (consid. 2a).***
- 2. La question de savoir si un nombre (trop) restreint d'offres permet à lui seul déjà d'interrompre la procédure peut rester ouverte en l'espèce. Constitue en effet un argument déterminant supplémentaire pour une interruption le fait que les rares offres remises pour un forfait dépassent clairement les coûts évalués. On ne peut pas nier qu'il existe un intérêt public suffisant à l'interruption et à la répétition de la procédure, cette fois sur la base d'un appel d'offre traditionnel pour les prestations individuelles selon le genre de travail (consid. 2e-f).***
- 3. En l'espèce, l'intérêt public à une concurrence accrue grâce à un nombre de soumissionnaires prévisiblement plus élevé et, partant, à une adjudication aussi économique que possible l'emporte sur l'intérêt de la recourante à poursuivre la procédure, respectivement à préserver ses chances d'obtenir le marché. En décidant d'interrompre et de répéter la procédure d'appel d'offres, l'autorité adjudicatrice ne viole pas le droit fédéral et ne fait pas un usage excessif ou abusif de son pouvoir d'appréciation (consid. 2f).***

Öffentliches Beschaffungswesen. Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens. Öffentliches Interesse. Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen.

Art. 30 Abs. 2 VoeB. Art. XIII Ziff. 4 Bst. b AMP.

1. Die Vergabestelle verfügt mit Bezug auf den Entscheid, ein Verfahren nicht zu Ende zu führen, über ein weites Ermessen. Sie muss insofern aber ein ausreichendes öffentliches Interesse dartun können und darf ein Verfahren nicht grundlos abbrechen (E. 2a).

2. Ob eine (zu) geringe Anzahl von Angeboten allein bereits zum Abbruch des Verfahrens berechtigt, kann vorliegend offen bleiben. Als entscheidendes zusätzliches Argument für einen Abbruch kommt nämlich der Umstand hinzu, dass die wenigen eingereichten Angebote für ein Leistungspaket die geschätzten Kosten deutlich übersteigen. Beim Vorliegen einer ungenügenden Anzahl Angebote, die zudem die Kostenschätzung der Vergabebehörde massiv übersteigen, kann ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch und an der Wiederholung des Verfahrens, diesmal auf der Grundlage einer herkömmlichen Ausschreibung der Leistungen nach Arbeitsgattungen nicht verneint werden (E. 2e-f).

3. Das öffentliche Interesse an einem verstärkten Wettbewerb mit einer zu erwartenden grösseren Anbieterzahl und einer daraus resultierenden möglichst wirtschaftlichen Auftragsvergabe ist im vorliegenden Fall höher zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin an der Weiterführung des Verfahrens bzw. an der Wahrung ihrer Chancen auf den Zuschlag. Mit dem Entscheid, das ausgeschriebene Verfahren abubrechen und zu wiederholen, verletzt die Vergabebehörde weder Bundesrecht noch überschreitet oder missbraucht sie das ihr zukommende Ermessen (E. 2f).

Acquisti pubblici. Interruzione e ripetizione della procedura di aggiudicazione. Interesse pubblico. Correzione di distorsioni della concorrenza.

Art. 30 cpv. 2 OAPub. Art. XIII n. 4 lett. b AAP.

1. Per quanto riguarda la decisione di non portare a termine una procedura, l'ente aggiudicatore dispone di un ampio margine di apprezzamento. L'ente deve però poter dimostrare un interesse pubblico sufficiente e non può interrompere una procedura senza motivo (consid. 2a).

2. Nella fattispecie, può rimanere aperta la questione di sapere se un (troppo) limitato numero di offerte permette di per sé l'interruzione della procedura. In effetti, costituisce un argomento supplementare decisivo il fatto che le poche offerte presentate per un pacchetto di prestazioni superino chiaramente i costi stimati. Quando vi è un numero insufficiente di offerte, che oltretutto superano nettamente la stima dei costi effettuata dall'ente aggiudicatore, non si può negare

l'esistenza di un interesse pubblico all'interruzione e alla ripetizione della procedura, questa volta sulla base di un bando di concorso tradizionale per le prestazioni individuali secondo il genere di lavoro (consid. 2e-f).

3. In casu, l'interesse pubblico ad una concorrenza più efficace in virtù di un maggiore numero di offerenti e alla conseguente possibilità di un'aggiudicazione più economica prevale sull'interesse della ricorrente alla continuazione della procedura rispettivamente al mantenimento delle sue possibilità di ottenere l'aggiudicazione. Con la decisione di interrompere e ripetere la procedura, l'ente aggiudicatore non viola il diritto federale e non utilizza in modo eccessivo né abusivo il potere di apprezzamento di cui dispone (consid. 2f).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die X. saniert derzeit die (...) -Altbauten (...) und passt die beiden Gebäudekomplexe (...) einer neuen Nutzung an. Das Sanierungsvorhaben umfasst die beiden Teilprojekte CAB/CNB und CHN. Die Teilprojekte werden in je ein Primärsystem, Sekundärsystem und Tertiärsystem gegliedert, die zeitlich gestaffelt ausgeschrieben und ausgeführt werden. Das Primärsystem (Rohbau und Gebäudehülle) wurde bereits am 18. Juni 2001 öffentlich ausgeschrieben und anschliessend vergeben.

B. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom (...) schrieb die X. das Sekundärsystem für die beiden Teilprojekte, umfassend die Leistungspakete Nr. 07 Haustechnik HLKSE, Nr. 08 Ausbau 1 + 2 (Los 1: Brandschutz, Fugen, Gipser, Maler; Los 2: Boden-, Wandbeläge, Deckenverkleidungen; Los 3: Allgemeine Schlosserarbeiten; Los 4: Türen/Zargen, Schreinerarbeiten), Nr. 09 Laboreinrichtungen sowie die beiden Einzelsubmissionen Beleuchtungsapparate und Gebäudeautomation (GA), zur Vergabe im offenen Verfahren aus. Teilangebote waren, sofern sie mindestens ein Los umfassten, zulässig. Die B. AG reichte als Generalunternehmer (GU) fristgerecht ein Angebot für das Leistungspaket Nr. 08 (Lose 1-4; Teilprojekt CAB/CNB) sowie ein Teilangebot für das Los 4 (Teilprojekt CAB/CNB) des Leistungspakets Nr. 08 ein. Mit Publikation im SHAB vom (...) verfügte die X. den Abbruch des am (...) ausgeschrieben Vergabeverfahrens und kündigte die Wiederholung in Form von Einzelausschreibungen an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen auf nicht vorhersehbare Wettbewerbsverzerrungen verwiesen.

C. Die B. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) erhebt mit Eingabe vom 26. November 2002 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Sie beantragt, die im SHAB vom (...) publizierte Verfügung betreffend Abbruch der Ausschreibung sei vollumfänglich aufzuheben, und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die eingegangenen Angebote zu prüfen und die ausgeschrieben Arbeiten aufgrund dieser Angebote zu vergeben. Eventuell sei für den Fall, dass im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids

bereits ein Vertrag abgeschlossen sein sollte, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Der Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

D. Die X. schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 14. Januar 2003 auf Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

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

c. Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG). Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Bst. a VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat (Entscheid der Rekurskommission vom 16. August 1999, veröffentlicht in [VPB 64.29](#) E. 1b; *André Moser*, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.23 und 2.26; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 535; zur Legitimation bei der staatsrechtlichen Beschwerde vgl. [BGE 125 II 95](#) E. 4).

Die Beschwerdeführerin hat gestützt auf die Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens Aufwendungen erbracht, um ihre beiden Angebote (GU-Offerte für Leistungspaket Nr. 08 und Teilangebot für Los 4 [Türen/Zargen, Schreinerarbeiten], beide jeweils für das Teilprojekt CAB/CNB) auszuarbeiten. Infolge des Abbruchs sieht sie sich um ihre Chancen geprellt, im vorliegenden Submissionsverfahren für diese Leistungen den Auftrag zu erhalten. Daran ändert unter dem Gesichtspunkt der Legitimation auch die Tatsache nichts, dass die X. das Vergabeverfahren in Form von Einzelausschreibungen nach Arbeitsgattungen (und nicht mehr nach Werkgruppen) zu wiederholen beabsichtigt und die Beschwerdeführerin gegebenenfalls dort wieder neu offerieren kann (vgl. *Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 453). Die Beschwerdeführerin hat daher klarerweise ein schützenswertes eigenes Interesse an der Überprüfung der Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs in Bezug auf das Leistungspaket Nr. 08 bzw. die davon umfassten Lose 1-4, beschränkt auf das Teilprojekt CAB/CNB. In diesem Umfang ist auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 30 BoeB in Verbindung mit Art. 51 ff. VwVG) einzutreten. Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinausgehend (also insbesondere auch für die anderen Leistungspakete und die beiden mitausgeschriebenen

Einzelsubmissionen) die vollumfängliche Aufhebung des im SHAB vom (...) publizierten Abbruchs beantragt, ist auf die Beschwerde dagegen mangels Legitimation nicht einzutreten.

d. (...)

2. Strittig ist, ob die X. befugt war, das Vergabeverfahren in Bezug auf das Leistungspaket Nr. 08 (Ausbau 1 und 2, umfassend im Wesentlichen Brandschutz, Fugen, Gipser- und Malerarbeiten, Boden- und Wandbeläge, Deckenverkleidungen, Schlosser- und Schreinerarbeiten) abzubrechen, ohne einen Zuschlag an eine der Anbieterinnen zu erteilen.

a. Für das Vergaberecht des Bundes hält Art. 30 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) fest, dass die Auftraggeberin das Verfahren abbricht, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht. Im Gegensatz zu diesem endgültigen Abbruch des Verfahrens folgt bei den Sachverhalten gemäss Abs. 2 und 3 von Art. 30 VoeB dem Abbruch des Verfahrens ein neues Verfahren. Nach Art. 30 Abs. 2 VoeB kann die Auftraggeberin das Verfahren abbrechen und wiederholen, wenn kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind (Bst. a) oder wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen (Bst. b). Die Auftraggeberin kann sodann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert (Art. 30 Abs. 3 VoeB).

Art. 30 VoeB ist staatsvertragskonform auszulegen (Entscheid der Rekurskommission vom 26. Januar 2001, veröffentlicht in [VPB 65.77](#) E. 3a/aa). Nach Art. XIII Ziff. 4 Bst. b des WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb, SR 0.632.231.422) kann eine Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse («in the public interest», «pour des raisons d'intérêt public») beschliessen, keinen Auftrag zu vergeben. Einen Katalog von zulässigen Gründen für den Abbruch enthält das Abkommen nicht. Das Erfordernis eines öffentlichen Interesses stellt ein verfassungsmässiges Prinzip dar, das ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) festgehalten ist. Zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses im Einzelfall bedarf es dabei einer Abwägung der in Betracht zu ziehenden Interessen (vgl. *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 536 ff.). Für den Fall des Abbruchs eines Vergabeverfahrens heisst dies - wie die Rekurskommission im Zusammenhang mit einem endgültigen Abbruch ausgeführt hat (Entscheid der Rekurskommission vom 16. November 2001, veröffentlicht in [VPB 66.39](#) E. 2a) - eine Abwägung zwischen dem von der Vergabebehörde geltend gemachten öffentlichen Interesse am Abbruch und dem Interesse der Submittenten vorab an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Das öffentliche Interesse, das einen Abbruch des Vergabeverfahrens zu rechtfertigen vermag, hängt dabei stark von den Umständen des Einzelfalles ab, so dass eine allgemeine, abstrakte Aufzählung kaum zuverlässig vorgenommen werden kann. Es muss sich aber jedenfalls um ein das Interesse der Submittenten an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegendes öffentliches Interesse handeln.

Auch der in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verankerte Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gebietet, dass der Abbruch eines Vergabeverfahrens durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein muss (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 26. Januar 2001, veröffentlicht in [VPB 65.77](#) E. 3a mit Hinweisen). Zum gleichen Ergebnis gelangt man unter Beizug der sich aus dem Bundeszivilrecht ergebenden Treuepflichten. In diesem Sinne verbieten es dem Auftraggeber schon die vorvertraglichen Treuepflichten nach Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), dem einzelnen Submittenten seine Chancen auf den Zuschlag durch grundlosen Verfahrensabbruch zu entziehen oder durch eine Wiederholung des Verfahrens zu verschlechtern bzw. auch bloss möglicherweise zu verschlechtern (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 453; vgl. auch den Entscheid der Rekurskommission vom 16. November 2001, veröffentlicht in [VPB 66.39](#) E. 2a).

Die Vergabestelle verfügt mit Bezug auf den Entscheid, ein Verfahren nicht zu Ende zu führen, über ein weites Ermessen. Sie muss insofern aber ein ausreichendes öffentliches Interesse dartun können und darf ein Verfahren nicht grundlos abbrechen (Entscheid der Rekurskommission vom 16. November 2001, veröffentlicht in [VPB 66.39](#) E. 2a mit Hinweisen auf Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften [EuGH] und des Gerichtes erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften [EuG]).

b. Die X. stützt den Abbruch im vorliegenden Fall auf Art. 30 Abs. 2 Bst. b BoeB und begründet ihn damit, dass mit dem nunmehr (von ihr) abgebrochenen Verfahren branchenübergreifende Werkgruppen angesprochen worden seien. Die Resultate des Verfahrens zeigten, dass die Angebote des Leistungspaketes Nr. 08, Lose 1, 2, 3 und 4, preislich höher ausfielen als wenn Einzelausschreibungen erfolgen würden. Die Werkgruppenbildung habe zu nicht voraussehbaren Wettbewerbsverzerrungen geführt, da offenbar der Anbieterkreis für Werkgruppen zu klein sei. Mit der Wiederholung des Vergabeverfahrens in Form von Einzelausschreibungen würden Wettbewerbsverzerrungen wegfallen, insbesondere weil sich auch die Anzahl der Konkurrenten erhöhen werde (SHAB-Publikation vom [...]). Die X. erachtet den Abbruch des Vergabeverfahrens durch ein ausreichendes öffentliches Interesse begründet bzw. geradezu geboten. Hauptziele der neuen Beschaffungsgesetzgebung seien die Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbietern und Anbieterinnen (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BoeB) sowie der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB). Der im vorliegenden Fall mangelnde Wettbewerb und eine daraus resultierende erhebliche Wettbewerbsverzerrung sowie überhöhte Angebote hätten die gebotene wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel verunmöglicht. Die erneute Ausschreibung, diesmal nach Arbeitsgattungen, lasse demgegenüber zahlreichere und wirtschaftlich vorteilhaftere Angebote erwarten.

Die Beschwerdeführerin bestreitet demgegenüber das Vorhandensein von Wettbewerbsverzerrungen und verneint ein ausreichendes öffentliches Interesse am Verfahrensabbruch.

c. Zulässig waren Angebote (entweder nur für ein Teilprojekt oder für beide Teilprojekte) über *ein* Leistungspaket, über *mehrere* Leistungspakete, über (mindestens) *ein* Los aus dem Leistungspaket Nr. 08 (Ausbau) oder über eine *Einzelsubmission*. Angebote nach Arbeitsgattungen hingegen waren mit den Ausschreibungsbedingungen unvereinbar und wurden nicht berücksichtigt.

Bereits die publizierte Ausschreibung enthält eine Schätzung der zu erwartenden Kosten (in Mio. Franken), die sich in Bezug auf das hier relevante Leistungspaket Nr. 08 folgendermassen darstellt (die Zahlen beruhen auf einem Kostenvoranschlag der beteiligten Architekten vom November 2001):

Ausbau 1 +	CAB/CN	CH	Total
Los	4.	2.	6.6
Los	3.	2.	6.4
Los	0.	0.	1.1
Los	1.	3.	4.8
Total Ausbau 1 +	9.	9.	18.9

Für das Leistungspaket Nr. 08 wurden die folgenden gültigen Angebote und Teilangebote eingereicht:

Ausbau 1 + 2	Los 1	Los 2	Los 3	Los 4	Total Teilpro.	Total
	·5'854'820.49 ·1'180'596.24	·4'000'888.75 ·2'903'101.36			·9'855'709.24 ·4'083'697.60	13'939'406.84
	·6'925'534.65 ·1'489'966.40					8'415'501.05
				·2'696'621.70 ·3'128'582.00		5'825'203.70
			·1'283'716.40 ·Teilangebot			1'283'716.40
				·2'554'315.14 ·2'512'096.90		5'066'412.04
∞	·16'328'914.95 ·11'113'071.94	·6'828'442.66 ·1'542'815.30	·5'118'278.93 ·3'796'317.78	·1'578'499.31 ·2'440'923.85	·2'803'694.05 ·3'333'015.01	·27'441'986.89
	·10'000'336.85 ·1'494'723.65					11'495'080.50
	·15'610'437.36 · ---	·7'134'786.51 · ----	·4'402'710.56 · ---	·1'681'042.53 · ----	·2'391'897.76 · ----	
					2'381'536.00	
		2'946'901.80				

Offenbar versehentlich nicht in das Öffnungsprotokoll aufgenommen wurde die Teil-Offerte der Beschwerdeführerin für das Los 4. Die Angebotssumme beträgt hier Fr. 2'848'042.50 netto inklusive MWST.

d. Im vorliegenden Fall auffallend ist zunächst die für ein offenes Verfahren äusserst geringe Anzahl der eingegangenen Angebote, zumal es sich von der Art der zu vergebenden Arbeiten her betrachtet um herkömmliche Aufträge des Baunebengewerbes (Schreiner, Maler, Gipser, Schlosser usw.) und nicht um aussergewöhnliche Spezialleistungen handelt. Auch die derzeit angespannte Marktsituation im Bausektor hätte, wie die Vergabestelle zu Recht vorbringt, eine weitaus höhere Anzahl von Angeboten erwarten lassen. Für das gesamte Leistungspaket Nr. 08 wurde lediglich eine Offerte eingereicht; die GU-Offerte der Beschwerdeführerin beschlägt lediglich das Teilprojekt CAB/CNB. Auch die Zahl der für die einzelnen Lose eingereichten Angebote ist ungewöhnlich klein. Für keines der Lose sind mehr als drei Angebote eingegangen. Für das Los 2 liegen nur zwei Angebote und für das Los 3 sogar nur ein Angebot, welches sich überdies auf das Teilprojekt CAB/CNB beschränkt, vor. Die Vergabestelle sieht den Grund für die geringe Zahl von Angeboten in der neuartigen Art und Weise der Ausschreibung, die nicht nach Arbeitsgattungen, sondern nach Werkgruppen erfolgt ist (Vernehmlassung, S. 3, 8). Die Überlegung, dass das vorliegend gewählte neuartige und ungewohnte Ausschreibungskonzept mit der Arbeitsvergabe an arbeitsgattungsübergreifende Werkgruppen verschiedene Unternehmer davon abgehalten hat, ein Angebot einzureichen, ist ohne weiteres nachvollziehbar. Die Zusammensetzung des Leistungspakets, aber auch der einzelnen Lose setzte einen Zusammenschluss zu branchenübergreifenden Arbeitsgemeinschaften praktisch voraus (sofern nicht eine GU-Offerte eingereicht wird). Hinzu kommt das zum Teil beachtliche Auftragsvolumen, das zumindest kleinere Unternehmen ebenfalls zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften zwingt. Die Erwartung, dass sich die Anbieterzahl bei den vorliegend zu vergebenden Leistungen bei einer herkömmlichen, traditionellen Ausschreibung nach Arbeitsgattungen erheblich erhöhen wird, da sich ein grösserer Anbieterkreis angesprochen fühlt, erscheint jedenfalls nicht unbegründet. Insofern könnte wohl durchaus von einer zum Abbruch des Verfahrens berechtigenden Wettbewerbsverzerrung gesprochen werden, wobei diese allerdings durch die Vergabestelle selbst (und nicht etwa durch eine kartellistische Abrede der Anbietenden) verursacht worden wäre, indem sie eine ungewöhnliche und neuartige Vergabemethode gewählt hat. Indessen konnte und musste sie nicht zum Vornherein damit rechnen, dass deswegen nur eine ungenügende Anzahl Angebote (zumal mit überhöhten Preisen [vgl. E. e nachfolgend]) eingehen würde. In die Vorbereitung der Ausschreibung wurden auch Branchenvertreter einbezogen (Vernehmlassung, S. 3). Die X. hat zudem bereits das Primärsystem (Rohbau und Gebäudehülle) nach dem neuen Ausschreibungsverfahren vergeben und dort damit offensichtlich zufriedenstellende Ergebnisse erzielt. Dass bei der nachfolgenden Ausschreibung des Sekundärsystems nur sehr wenige gültige Angebote eingereicht würden, war für die Vergabebehörde nicht vorhersehbar.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug hat einen wichtigen Grund zum Abbruch des Verfahrens darin gesehen, dass in einem Einladungsverfahren, in welchem fünf Anbieter zur Offertstellung eingeladen worden waren,

nur eine Offerte einging, die erst noch einen rund doppelt so hohen Angebotspreis wie von der Vergabebehörde veranschlagt, auswies (vgl. *Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 389).

Das Bundesrecht bezweckt, im Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens einen wirksamen Wettbewerb zu entfalten (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB; Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV 1176). Dieser Zweck liegt auch Art. 15 Abs. 4 BoeB zu Grunde, wo festgehalten wird, dass die Auftraggeberin die Zahl der beim selektiven Verfahren zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken kann, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann, wobei indes stets ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein muss. Nach Art. 12 Abs. 1 VoeB muss die Auftraggeberin mindestens drei Anbieterinnen zur Angebotsabgabe einladen, sofern so viele für die Teilnahme qualifiziert sind. Schliesslich hat die Vergabebehörde den Zuschlag in der Regel auf Grund des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu erteilen (Art. 21 Abs. 1 BoeB). Daraus ergibt sich, dass das Bundesrecht im Interesse eines effizienten Wettbewerbs auf dem Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens die Vergabe der Aufträge so auszugestalten sucht, dass die Auftraggeberin in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen. Ist die Zahl eingegangener und den wesentlichen Kriterien der Ausschreibung entsprechender Offerten ungenügend, so ist die Vergabebehörde nicht in der Lage, diese miteinander zu vergleichen und entsprechend den Zuschlag an das mit Bezug auf die Zuschlagskriterien wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen (vgl. in gleichem Sinne für das europäische Recht das Urteil des EuGH vom 16. September 1999 in Sachen *Metalmeccanica Fracasso und Leitschutz*, C-27/98, Sammlung der Rechtsprechung [Slg.] 1999, I-5697, Randnr. 26-33).

e. Ob eine (zu) geringe Anzahl von Angeboten allein bereits zum Abbruch des Verfahrens berechtigt, kann letztlich offen bleiben. Als entscheidendes zusätzliches Argument für einen Abbruch kommt im vorliegenden Fall nämlich der Umstand hinzu, dass die wenigen eingereichten Angebote die geschätzten Kosten deutlich übersteigen.

aa. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat festgehalten, zeige sich aufgrund der eingegangenen Offerten, dass die vorgesehene Vergabe unerwartet hohe Kosten verursache, könne dies ein Grund für den Abbruch des Verfahrens sein. Dies treffe allerdings nur zu, wenn die Kosten erheblich über den von der Vergabestelle im Voraus ermittelten Kosten liegen würden; geringfügige Überschreitungen, wie sie sich häufig einstellen, rechtfertigten keinen Verfahrensabbruch. Von Bedeutung sei ferner, ob die Kostenerwartungen der Vergabestelle auf seriösen Abklärungen beruhten; seien die höheren Kosten bei realistischer Einschätzung vorhersehbar gewesen, komme ein Verfahrensabbruch nur unter strengeren Voraussetzungen in Betracht (Urteil vom 31. Januar 2002 [VB.2000.00403], E. 4, unter Hinweis auf *Galli/Lehmann/Rechsteiner*, a.a.O., Rz. 456). Im konkreten Fall, in dem das Verwaltungsgericht den Abbruch des Verfahrens als gerechtfertigt erachtete, lag das günstigste Angebot für ein grosses Bauvorhaben 40% über den Kosten, welche die Auftraggeberin aufgrund

seriöser Abklärungen erwarten durfte. Das Verwaltungsgericht wies aber darauf hin, dass wohl bereits Mehrkosten von gut 25% gegenüber der Kostenermittlung als ausreichender Grund für den Abbruch des Verfahrens anerkannt werden müssten. Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erachtete in zwei Fällen den Verfahrensabbruch bei massiven Kostenüberschreitungen als zulässig (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 391 f.).

Während Art. 13 Bst. i der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB, SR 172.056.4) ausdrücklich einen wichtigen Grund für den Abbruch bzw. die Wiederholung des Vergabeverfahrens fordert, ist aus der staatsvertragskonformen Auslegung (Art. XIII Ziff. 4 Bst. b ÜoeB, vgl. oben E. 2a) von Art. 30 VoeB zu schliessen, dass insofern jedenfalls ein öffentliches Interesse gegeben sein muss (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 382). Die für das interkantonale Recht gewählte Formulierung erscheint - zumindest dem Buchstaben nach - restriktiver als jene, die von der BRK auf das Vergaberecht des Bundes angewandt wird. Im vorliegenden Fall braucht indes nicht geprüft zu werden, ob auch Überschreitungen der geschätzten Kosten, die weniger gewichtig sind als jene, die bisher von den kantonalen Gerichten als ausreichend anerkannt worden sind, einen Abbruch bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens des Bundes zu rechtfertigen vermögen. Erhebliche Kostenüberschreitungen stellen auf alle Fälle ein ausreichendes öffentliches Interesse dar, das im Vergaberecht des Bundes zum Abbruch des Verfahrens und zu dessen Wiederholung berechtigt. Dass die Bundesvergabebehörden nicht zu jedem Preis zur Auftragsvergabe verpflichtet sein können, folgt schon aus Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB, wonach es u. a. ein Zweck des Gesetzes ist, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. Art. 30 Abs. 2 VoeB ist im Hinblick auf diese gesetzliche Zweckbestimmung auszulegen. Die Behörden sind in der Verwendung der öffentlichen Mittel nicht frei, sondern an Budgetvorgaben gebunden; dieser Bindung müssen sie auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Rechnung tragen (können).

bb. Im vorliegenden Fall liegen zweifellos Kostenüberschreitungen vor, die nicht mehr als nur geringfügig bezeichnet werden können. Dies gilt zunächst für die beiden Gesamtangebote. Die Kostenschätzung für das gesamte Leistungspaket Nr. 08 belief sich auf 18.9 Mio. Franken bzw. auf 9.7 Mio. Franken für das Teilprojekt CAB/CNB und 9.2 Mio. Franken für das Teilprojekt CHN. Das einzige Gesamtangebot für beide Teilprojekte weist eine Höhe von Fr. 27'441'986.- auf; für das Teilprojekt CAB/CNB beläuft sich der Betrag auf Fr. 16'328'914.95. Der GU-Angebotspreis der Beschwerdeführerin für das Teilprojekt CAB/CNB beträgt Fr. 15'610'437.35, was eine Kostenüberschreitung um 5.9 Mio. Franken oder 61% darstellt. Auch die Angebote für die einzelnen Lose liegen zum grossen Teil deutlich über den geschätzten Kosten. Dies betrifft namentlich auch das Los 4 in Bezug auf das Teilprojekt CAB/CNB. Hier liegt die Kostenschätzung bei 1.5 Mio. Franken; die dafür eingereichten Teilofferten nennen Beträge zwischen rund 2.3 und 2.8 Mio. Franken. Einzig bei den - im vorliegenden Verfahren nicht relevanten (vgl. vorne E. 1c) - Losen 1 CHN und 4 CHN wurden Offerten eingereicht, die sich in der Nähe der geschätzten Kosten bewegen. Sowohl bei den GU-Offerten als auch beim Los 4, Teilprojekt CAB/CNB, ist es somit zu massiven Kostenüberschreitungen gekommen.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin bildet der Umstand, dass die GU-Offerten teurer ausfielen als die Offerten für die einzelnen Lose die marktgerechte Konsequenz dafür, dass eine solche Offerte eine zusätzliche Leistung, nämlich das GU-Honorar, beinhaltet. Mit der Vergabebehörde ist diesbezüglich jedoch festzustellen, dass die Offerte der Beschwerdeführerin selbst nach Abzug des GU-Honorars von Fr. 650'000.- weit über den geschätzten Kosten liegt.

Die Vergabebehörde sieht die Ursache für das überhöhte Preisniveau in der unerwartet geringen Anbieter-Beteiligung (E. 2b vorne). Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Kostenüberschreitungen für die Vergabebehörde - bei objektiver Betrachtung - nicht voraussehbar waren (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 392). Anhaltspunkte für eine unseriöse, fehlerhafte Schätzung der zu erwartenden Kosten sind vorliegend keine ersichtlich. Eine solche Fehleinschätzung wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet.

f. Zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses im Einzelfall bedarf es einer Abwägung der in Betracht zu ziehenden Interessen. Für den Fall des Abbruchs eines Vergabeverfahrens heisst dies eine Abwägung zwischen dem von der Vergabebehörde geltend gemachten öffentlichen Interesse am Abbruch und dem Interesse der Submittenten vorab an der Fortsetzung des Verfahrens (Entscheid der Rekurskommission vom 16. November 2001, veröffentlicht in [VPB 66.39](#) E. 2a). Bei dieser Sachlage, d. h. dem Vorliegen einer ungenügenden Anzahl Angebote, die zudem die Kostenschätzung der Vergabebehörde massiv übersteigen, kann ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch und an der Wiederholung des Verfahrens, diesmal auf der Grundlage einer herkömmlichen Ausschreibung der Leistungen nach Arbeitsgattungen, nicht verneint werden. Die Erwartung der Vergabebehörde, dass es bei der Wiederholung zu einem verstärkten Wettbewerb kommt und deshalb wesentlich günstigere Angebote eingehen, kann jedenfalls nicht als unbegründet bezeichnet werden. Das öffentliche Interesse an einem verstärkten Wettbewerb mit einer zu erwartenden grösseren Anbieterzahl und einer daraus resultierenden möglichst wirtschaftlichen Auftragsvergabe ist im vorliegenden Fall höher zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin an der Weiterführung des Verfahrens bzw. an der Wahrung ihrer Chancen auf den Zuschlag. Zudem ist in Betracht zu ziehen, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit haben wird, sich am neuen Verfahren, das die Vergabebehörde für den gleichen Gegenstand, wenn diesmal auch in Form von Einzelausschreibungen nach Arbeitsgattungen, einleiten wird, zu beteiligen. Bei der Ausarbeitung ihrer neuen Angebote wird die Beschwerdeführerin dabei auf Überlegungen und Berechnungen zurückgreifen können, die sie bereits bei der Vorbereitung ihrer ersten Offerte angestellt hat, so dass zumindest ein Teil der diesbezüglichen Kosten nicht umsonst gewesen sein werden. Es ergibt sich somit, dass die Vergabebehörde für den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens ein das Interesse der Submittenten an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegendes öffentliches Interesse geltend machen kann. Mit dem Entscheid, das

ausgeschriebene Verfahren abubrechen und zu wiederholen, verletzt die Vergabebehörde weder Bundesrecht noch überschreitet oder missbraucht sie das ihr zukommende Ermessen.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der verfügte Abbruch des Verfahrens unter den gegebenen Umständen als rechtmässig erweist. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos. Für eine superprovisorische Gewährung von Rechtsschutz bestand kein Anlass, zumal es vorliegend ohnehin nicht um einen Vertragsschluss mit Dritten bzw. dessen Verhinderung durch eine vorsorgliche Massnahme gehen konnte.

JAAC 67.67 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 6. März 2003 i.S. B. AG [BRK 2002-013]

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2003
Année	
Anno	
Band	67
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 080

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.