

Wiedererwägung des Zuschlags im Rekursverfahren

Es ist der Vergabestelle nicht gestattet, während hängiger Zuschlagsbeschwerde via Wiedererwägung (Art. 58 VwVG) einen Abbruch zu verfügen (sofern die Beschwerdeführerin einen Abbruch nicht beantragt hat). Auch ein Zuschlagswiderruf (mit darauffolgendem Abbruch) ist nicht möglich. Die Vergabestelle kann der Beschwerdeinstanz einen Abbruch beantragen.

Il n'est pas permis à l'autorité adjudicatrice de prononcer une interruption de la procédure d'adjudication par le biais d'un nouvel examen de sa décision (art. 58 PA) alors qu'un recours est pendant contre elle (à moins que le recourant n'en ait fait la demande). Une révocation de l'adjudication (suivie d'une interruption) n'est pas non plus possible. L'autorité adjudicatrice peut en revanche conclure à l'interruption dans sa prise de position sur le recours.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. März 2024 (B-4028/2023)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(257) 1. Eine bei der Vergabe unberücksichtigt gebliebene Anbieterin erhob Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung und beantragte deren Reformation zu ihren Gunsten, eventualiter die Aufhebung und die Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zu neuem Entscheid sowie subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung.

2a. Noch vor der Einreichung einer Beschwerdeantwort teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin per E-Mail mit, dass sie die Zuschlagsverfügung widerrufen und das streitbetreffende Vergabeverfahren abbrechen würde, weil sie es unterlassen habe, ein aus ihrer Sicht wichtiges Ausschlusskriterium auszuschreiben, und dass sie dies nun nachholen wolle, um die erforderliche Qualität der Leistungen sicherzustellen (die Vergabestelle hatte dieses Kriterium während des streitbetreffenden Vergabeverfahrens ad hoc aufgestellt und zur Anwendung gebracht, was die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren als Verstoss gegen den Transparenzgrundsatz rügte).

b. Kurz darauf publizierte die Vergabestelle auf der Plattform simap.ch eine Entscheidung betreffend Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens.

3a. Die Beschwerdeführerin beantragte die Sistierung des Zuschlagsbeschwerdeverfahrens, bis über die gegen den Widerruf und den Abbruch gerichtete Beschwerde, die sie noch erheben wolle, entschieden sei.

b. Das BVGer wies das Sistierungsgesuch ab und begründete, der Widerruf sei als Wiedererwägung i.S.v. Art. 58 VwVG und der Abbruch als Antrag um ein entsprechendes Beschwerdeurteil zu verstehen.

c. Die Beschwerdeführerin verzichtete in der Folge auf die Erhebung einer weiteren Beschwerde und beantragte im Zuschlagsbeschwerdeverfahren unter Festhalten an den bisherigen Begehren neu auch die Feststellung der Nichtigkeit von Widerruf und Abbruch, eventualiter die Aufhebung dieser Entscheidungen.

4. In ihrer Beschwerdeantwort beantragte die Vergabestelle, dass die Beschwerde mit Nichteintreten behandelt werde, eventualiter, dass sie abgewiesen und der Zuschlag bestätigt werde, sowie subeventualiter, dass die Beschwerdeinstanz das Vergabeverfahren abbreche.

Der Entscheid

Das BVGer weist die Zuschlagsbeschwerde ab, stellt auf dem Weg dahin jedoch fest, dass die Vergabestelle das Vergabeverfahren nicht abgebrochen haben kann, und klärt dabei verschiedene grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit der Wiedererwägung von Verfügungen während des Beschwerdeverfahrens.

1. Das Gericht ruft zunächst in Erinnerung, dass die Anfechtung einer Verfügung dazu führt, dass die Zuständigkeit in der Streitsache auf die Beschwerdeinstanz übergeht und die Verfügungsinstanz in dieser Sache fortan nicht mehr entscheiden und auch sonst keine Dispositionen treffen kann (Devolutiveffekt; Art. 54 VwVG).

a. Durchbrochen wird dieser Grundsatz allerdings durch die Möglichkeit der Verfügungsinstanz, anstelle der Einreichung einer Beschwerdeantwort die Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung zu erklären und daraufhin eine neue Verfügung zu erlassen (Art. 58 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Soweit die neue Verfügung das Beschwerdeverfahren nicht gegenstandslos werden lässt, setzt die Beschwerdeinstanz das Beschwerdeverfahren fort (Art. 58 Abs. 3 VwVG). Gegenstandslos wird das Beschwerdeverfahren in dem Umfang, in dem die neue Verfügung im Ergebnis den Begehren der Beschwerdeführerin (die damit de facto als erledigt betrachtet werden können)

entspricht. Nicht gegenstandslos wird das Beschwerdeverfahren hingegen, soweit die neue Verfügung im Dispositiv der alten entspricht (allenfalls mit einer neuen Begründung). Falls die neue Verfügung in bestimmten Punkten den Beschwerdebegehren entspricht und in anderen nicht, hat die Beschwerdeinstanz das Beschwerdeverfahren in Bezug auf die letztgenannten Punkte weiterzuführen.

b. Nach der Rechtsprechung ist es der Verfügungsbehörde im Rahmen von Art. 58 VwVG nur erlaubt, die angefochtene Verfügung zu bestätigen oder sie teilweise oder vollumfänglich im Sinn der Beschwerdebegehren abzuändern. Nicht gestattet ist es ihr dagegen, die angefochtene Verfügung zuungunsten der Beschwerdeführerin zu ändern (und so gewissermassen eine *reformatio in peius* vorzunehmen) oder sie in einer Art anzupassen, welche sich weder zugunsten noch zulasten der Beschwerdeführerin auswirkt. Denn der Art. 58 VwVG durchbricht den Devolutiveffekt insoweit nicht, als durch die Beschwerdeerhebung die Befugnis zur Beurteilung, ob die Voraussetzungen für eine Erweiterung des (sich durch die angefochtene Verfügung und die Beschwerdebegehren bestimmenden) Streitgegenstands vorliegen, auf die Beschwerdeinstanz übergeht. Auch im Rahmen einer Wiedererwägung kann die Verfügungsbehörde den Streitgegenstand nicht erweitern.

c. Soweit die unter Anrufung von Art. 58 VwVG erlassene neue Verfügung eine im Sinn der dargestellten Regeln nicht gestattete Entscheidung beinhaltet, ist sie (als Verfügung) nichtig, und die entsprechende Willenserklärung der Verfügungsbehörde ist als an die Beschwerdeinstanz gerichteter Antrag zu verstehen (und entgegenzunehmen), ein entsprechendes Beschwerdeurteil zu fällen.

2. Das BVGer stellt im vorliegenden Fall fest, dass die Beschwerdeführerin weder principaliter noch eventualiter einen Abbruch des Vergabeverfahrens beantragt hatte und dass ein Abbruch die Beschwerdeführerin auch im Übrigen nicht begünstigt. Insoweit ist die neue Verfügung der Vergabestelle als Antrag an das Gericht zu deuten, es sei ein Abbruch zu entscheiden. Die Widerrufsentscheidung ihrerseits entspricht zwar insoweit den Anträgen der Beschwerdeführerin, als sie den angefochtenen Zuschlag beseitigt. Dies ist einer Wiedererwägung des Zuschlags jedoch inhärent und stellt für sich genommen noch keine neue Verfügung dar. Da nach dem Gesagten die Abbruchentscheidung als neue Verfügung ausser Frage steht, ist insgesamt nicht davon auszugehen, dass die Vergabestelle den Zuschlag wirksam in Wiedererwägung (i.S.v. Art. 58 VwVG) gezogen hätte.

3. Es bleibt zu prüfen, ob die Vergabestelle trotz des Devolutiveffekts der Beschwerde aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften des BöB dazu ermächtigt war, den Zuschlag zu widerrufen und das Verfahren abzubrechen.

a. Nach Art. 55 BöB gelten im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes für das Verfügungs- und für das Beschwerdeverfahren die Vorschriften des VwVG, soweit das BöB nichts anderes bestimmt. Dabei gehen nicht nur die expliziten, son-

dern auch die implizit im BöB enthaltenen Regeln dem VwVG vor. Allerdings sind implizite Abweichungen vom VwVG nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Die Botschaft BöB führt aus, dass das BöB mit «Rücksicht auf die Einheit des Verwaltungsverfahrens» nur insoweit vom VwVG abweicht, als das «unbedingt erforderlich» ist (BBl 2017 1851, 1982 f.).

b. Das BöB enthält (namentlich in den Art. 51 ff.) keine Regel, die sich explizit mit dem Devolutiveffekt der Beschwerde oder mit der Wiedererwägung einer angefochtenen Verfügung beschäftigt. Der Wortlaut des Gesetzes spricht demnach nicht für die Annahme, dass ein Widerruf des Zuschlags und ein Abbruch des Vergabeverfahrens ausserhalb des durch Art. 58 VwVG gesteckten Rahmens zulässig wären, wenn der Zuschlag mit Beschwerde angefochten ist.

c. Weiter stellt das BVGer fest, dass sich die Bestimmungen betreffend den Widerruf des Zuschlags (Art. 44 BöB) und den Abbruch des Verfahrens (Art. 43 BöB) nicht in dem das Beschwerdeverfahren betreffenden 8. Kapitel des BöB befinden, sondern in dem das Verfügungsverfahren regulierenden 6. Kapitel. Auch in systematischer Hinsicht ist demnach nicht zu vermuten, dass der Widerruf und der Abbruch Instrumente wären, mit denen der Devolutiveffekt (über den Art. 58 VwVG hinausgehend) durchbrochen werden könnte.

d. Der Zweck der den Abbruch regelnden Bestimmung des Art. 43 BöB wird nicht vereitelt, wenn es der Vergabestelle verwehrt ist, bei hängiger Beschwerde das Verfahren abubrechen, ohne die Vorschrift des Art. 58 VwVG zu beachten (was dazu führt, dass ein Abbruch in Fällen wie dem vorliegenden nicht zulässig ist, weil die Beschwerdeführerin keinen Abbruch beantragt hat). Denn ein Abbruch wird dadurch gleichwohl nicht verunmöglicht. Zwar liegt die Zuständigkeit, einen Abbruch allenfalls zu entscheiden, unter dem Vorbehalt von Art. 58 VwVG bei der Beschwerdeinstanz. Doch ist, wie ausgeführt (vgl. vorne Ziff. 2), der wiedererwägungsweise erklärte Abbruch, der gegen den Art. 58 VwVG verstösst, als Antrag an die Beschwerdeinstanz betreffend Abbruch des Vergabeverfahrens zu deuten und kann die Beschwerdeführerin auch abgesehen davon der Beschwerdeinstanz einen solchen Antrag unterbreiten. Sodann kann die Beschwerdeinstanz bei erfüllten Voraussetzungen einen Abbruch anordnen. Im Übrigen kann die Vergabestelle der Beschwerdeinstanz auch die Aufhebung des Zuschlags und die Rückweisung der Sache an sich selbst beantragen, damit sie in der Folge einen Abbruch des Vergabeverfahrens in Erwägung ziehen kann.

e. Insgesamt legt das BVGer das BöB dahin aus, dass dieses keine über den Art. 58 VwVG hinausgehende Möglichkeit vorsehen will, das Vergabeverfahren während hängiger (Zuschlags-)Beschwerde abzubrechen. Soweit die genannte Bestimmung einen Abbruch nicht zulässt, kann die Vergabestelle einen solchen nur direkt oder indirekt (via Zuschlagsaufhebung und Rückweisung der Sache an sie selbst) bei der Beschwerdeinstanz beantragen.

Die Anmerkungen

1. Hat die Beschwerdeführerin, anders als im vorliegenden Fall, in ihrer Beschwerde den Abbruch des Vergabeverfahrens beantragt, allenfalls im Rahmen eines Eventualbegehrens, kann die Vergabestelle auch nach der im rapportierten Urteil vertretenen Auslegung des Art. 58 VwVG die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen und als neue Verfügung einen Verfahrensabbruch beschliessen (und diesen allen Verfahrensteilnehmerinnen eröffnen).

a. In diesem Fall entspricht sie damit einem Beschwerdebegehren und entscheidet weder etwas anderes als beantragt noch zuungunsten der Beschwerdeführerin, die sich von dem durch sie beantragten Abbruch eine grundsätzliche Wiederherstellung ihrer Zuschlagschancen erhofft. Eine andere Frage ist es, was mit dem Beschwerdeverfahren geschieht.

b. Falls die Beschwerdeführerin den Abbruch principaliter beantragt hat, ist das Beschwerdeverfahren als vollständig gegenstandslos zu betrachten, zumal allfällige Eventualanträge nur für den Fall gestellt werden, dass dem Hauptantrag nicht entsprochen wird.

c. Hat die Beschwerdeführerin jedoch den Abbruch nur im Rahmen eines Eventualbegehrens beantragt, ist das Beschwerdeverfahren in Bezug auf die diesem Eventualbegehren vorgehenden Anträge nicht gegenstandslos geworden und muss insoweit weitergeführt werden. Nur wenn sich die vorgehenden Anträge (die z.B. auf Reformation des Zuschlags zugunsten der Beschwerdeführerin und subsidiär auf eine Aufhebung des Zuschlags und eine Rückweisung der Sache an die Vergabestelle lauten) als unbegründet erweisen, kann der wiedererwägungsweise verfügte und einem Eventualbegehren der Beschwerdeführerin entsprechende Abbruch Platz greifen (vorbehalten bleibt allerdings die Anfechtung des Abbruchs durch andere am betreffenden Vergabeverfahren beteiligten Anbieterinnen).

2. Soweit die Beschwerdeführerin den Abbruch des Vergabeverfahrens weder hauptsächlich noch eventualiter beantragt hat, kann die Vergabestelle gemäss dem rapportierten Urteil wiedererwägungsweise keinen Abbruch beschliessen, sondern lediglich einen solchen bei der Beschwerdeinstanz beantragen.

a. Diese kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Abbruch grundsätzlich nur dann anordnen, wenn besonders schwerwiegende Gründe vorliegen – demgegenüber kann die Vergabestelle bei Vorliegen von mittelschweren Abbruchgründen nach Ermessen entscheiden, ob sie abrechnen will oder nicht (BGE 141 II 353, E. 6.3 und E. 6.5). In dieses Ermessen darf die Beschwerdeinstanz nicht eingreifen und kann einen Abbruch bei Vorliegen von solchen Gründen nicht gegen den Willen der Vergabestelle anordnen (BGE 141 II 353, E. 6.3 und E. 6.5).

b. Soweit jedoch die Vergabestelle einen Abbruch beantragt (bzw. erfolglos via Art. 58 VwVG einen Abbruch zu verfügen versucht, was nach dem rapportierten Urteil als Antrag auf ein dahingehendes Urteil zu deuten ist) und ihren Ermessensent-

scheid so trifft, stellt es keinen Eingriff in ihr Ermessen und somit keine Verletzung von Art. 56 Abs. 3 BÖB dar, wenn die Beschwerdeinstanz nach Prüfung des infrage stehenden Abbruchgrunds einen Abbruch anordnet, selbst wenn dieser Grund lediglich mittelschwer ist und seine Würdigung im Ermessen der Vergabestelle liegt.

3. Die (restriktive) Auslegung des Art. 58 VwVG, die das BVGer im rapportierten Urteil vertritt, ist unabhängig von den den betroffenen öffentlichen Beschaffungen verbundenen öffentlichen Interessen (welche die Vergabestelle zu vertreten hat) und dem sich daraus allenfalls ergebenden Handlungsbedarf der Vergabestelle nicht als übermässig einschränkend zu betrachten.

a. Soweit die Vergabestelle im Fall einer Zuschlagsbeschwerde das Verfahren abrechnen will, dies aber gemäss der rapportierten Rechtsprechung während des Beschwerdeverfahrens nicht selbst (via Wiedererwägung) erreichen kann, ist ihr ein Abwarten des Beschwerdeurteils jedenfalls dann zuzumuten, wenn sie auf die betreffende Beschaffung zumindest auf absehbare Zeit überhaupt verzichten und das Verfahren in diesem Sinn definitiv abrechnen will. Der Aufschub eines solchen Abbruchs kann schwerlich dringend sein. Zudem ist zu beachten, dass die Vergabestelle nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens unabhängig davon, ob das Beschwerdeurteil den Zuschlag aufhebt (gegebenenfalls unter Neuerteilung an die Beschwerdeführerin) oder bestätigt, einen definitiven Abbruch in anfechtbarer Form verfügen kann (im Fall der gerichtlichen Bestätigung oder der Neuerteilung des Zuschlags nach bzw. zusammen mit einem entsprechend begründeten, anfechtbar eröffneten Zuschlagswiderruf; a.M. VGer SG B 2019/26, 1.7.2019, E. 3; vgl. dazu MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich 2020, Anmerkung zu Nr. 319).

b. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für einen provisorischen Abbruch, durch den die Vergabestelle den Weg zu einem neuen Vergabeverfahren betreffend denselben Beschaffungsbedarf öffnen will. Dieser kann durch die Beschwerdeinstanz oder nach dem Beschwerdeurteil in anfechtbarer Form verfügt werden (ggfs nach oder mit einem Zuschlagswiderruf).

c. Fürchtet die Vergabestelle, dass die Beschwerdeinstanz in ihrem Urteil zum Schluss kommt, dass das Vergabeverfahren abgebrochen werden muss (weil es für eine rechtskonforme Zuschlagserteilung keine Grundlage bilden kann oder weil eine wesentliche Änderung der Ausschreibung erforderlich ist) und dass eine erst nach diesem Zeitpunkt eingeleitete Neuausschreibung angesichts der mit der Beschaffung zu erfüllenden Aufgaben zu spät käme, kann sie in ihrer Beschwerdeantwort den Verfahrensabbruch und eventualiter die Anerkennung der Beschwerde (im Sinn einer Aufhebung des Zuschlags und einer Rückweisung der Sache an sie selbst) beantragen (oder, je nach Taktik, die Anerkennung und eventualiter den Verfahrensabbruch), auf entsprechende Bestreitungen der Beschwerdeführerin verzichten, allfällige gegenläufige Argumente der Zuschlagsempfängerin bestreiten und

so zu einer raschen Erledigung des Beschwerdeverfahrens erheblich beitragen.

d. Im Übrigen kann die Vergabestelle, wenn der Zuschlagsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin ungeachtet der Frage der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung abschliessen und ihren Beschaffungsbedarf so decken. Das ist allerdings dann nicht möglich, wenn sich herausgestellt hat, dass die Zuschlagsempfängerin für eine gehörige und rechtmässige Vertragserfüllung keine Gewähr leistet, etwa weil sie insolvent ist, weil ihr grobe Verstösse gegen Teilnahmebedingungen vorzuwerfen sind oder weil sie wesentliche Eignungskriterien nicht einmal im Ansatz erfüllt. In diesen Fällen kann die Vergabestelle bei Dringlichkeit des Beschaffungsbedarfs versuchen, ihre Interessen über vorsorgliche Massnahmen zu wahren. Solche Massnahmen können sich beispielsweise auf eine Interimsbeschaffung der während des Beschwerdeverfahrens unverzichtbaren und insoweit besonders dringlichen Leistungen beziehen. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Beschwerde aufschiebende Wirkung entfaltet, doch wird hier regelmässig davon auszugehen sein, dass die Beschaffung gemäss dem entsprechenden Zwischenentscheid des Gerichts nicht besonders dringlich ist. Tritt die Dringlichkeit im Übrigen erst nach der Gewährung der aufschiebenden Wirkung zutage, hat die Vergabestelle die Möglichkeit, einen Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung oder auf anderweitige vorsorgliche Massnahmen zur Überwindung der Dringlichkeit zu stellen.

e. Insgesamt sollte demnach die Unzulässigkeit des wiedererwägungsweise verfügten Abbruchs im Fall einer Zuschlagsbeschwerde, in der ein Abbruch nicht beantragt wird, nicht zu Zuständen führen, die die mit der betreffenden Beschaffung verbundenen öffentlichen Interessen ernsthaft gefährden.

4. Zieht die Vergabestelle einen Zuschlag angesichts einer erhobenen Beschwerde und der darin enthaltenen Rügen in Wiedererwägung und kommt sie im Rahmen einer Nachprüfung der anwendbaren Bedingungen, Spezifikationen und Kriterien zum Schluss, dass der Zuschlag weder der bisherigen Zuschlagsempfängerin noch der beschwerdeführenden Anbieterin zu erteilen ist, sondern einer nochmals anderen Anbieterin, stellt sich die Frage, ob im Sinn der rapportierten Rechtsprechung ein solcher neuer Zuschlag als neue Verfügung i.S.v. Art. 58 Abs. 2 und Abs. 3 VwVG zulässig ist oder ob sich die Vergabestelle in diesem Fall damit begnügen muss, der Beschwerdeinstanz einen entsprechenden Antrag zu unterbreiten.

a. Diese Konstellation kann sich in etlichen Fällen aus verschiedenen Gründen einstellen, namentlich, wenn die Vergabestelle mehrere Rechnungsfehler in der Angebotsbewertung findet, deren Korrektur dazu führt, dass der erste Rang neu durch eine dritte Anbieterin eingenommen wird, die weder die Zuschlagsempfängerin noch die Beschwerdeführerin ist. Auch die Überprüfung von Ausschlussgründen kann dazu führen, dass eine Drittanbieterin neu als richtige Zuschlagsempfängerin erscheint.

b. Die gestellte Frage ist nach dem hier vertretenen Verständnis der rapportierten Rechtsprechung dahingehend zu beantworten, dass die Vergabestelle einen Drittzuschlag nicht wiedererwägungsweise verfügen (sondern nur bei der Beschwerdeinstanz beantragen) darf.

c. Ein solcher Zuschlag stellt im Vergleich mit dem beschwerdegegenständlichen Zuschlag einen neuen Gegenstand dar beziehungsweise greift über den Streitgegenstand des hängigen Beschwerdeverfahrens hinaus. Das gilt unabhängig davon, dass es sich abermals um einen Zuschlag handelt. Der Drittzuschlag bestätigt weder den angefochtenen Zuschlag, noch entspricht er den Begehren der Zuschlagsbeschwerde (zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Beschwerdeführerin in einem konkreten Fall principaliter oder eventualiter die Zuschlagserteilung an eine Drittanbieterin beantragt, doch ist sie zur Stellung eines solchen Begehrens mangels persönlichen und praktischen Interesses von vornherein nicht legitimiert).

d. Ohne weiteres ist klar, dass ein Drittzuschlag nicht der Anerkennung eines reformatorischen Beschwerdebegehrens entsprechen kann (weil dieses auf eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin abzielt); das Gleiche gilt für ein Begehren betreffend Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Zuschlags (da vor dem wiedererwägungsweise verfügten Drittzuschlag kein förmliches Feststellungsurteil ergehen würde).

e. Auch einem rein kassatorischen Begehren um Zuschlagsaufhebung und Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabestelle zum Erlass eines neuen Entscheids würde die Vergabestelle nicht genügen, wenn sie einen Drittzuschlag erteilt. Die Zielrichtung dieses Begehrens richtet sich (in aller Regel) nicht auf die Zuschlagserteilung zugunsten einer Drittanbieterin (ansonsten die Legitimation der Beschwerdeführerin insoweit zu bezweifeln wäre), vielmehr stellt die Beschwerdeführerin dieses Begehren, um dadurch mittelbar (im Rahmen einer nach dem Beschwerdeurteil erlassenen neuen Verfügung) selbst den Zuschlag zu erhalten.

f. Nach dem Gesagten stellt der Drittzuschlag, der, wie hervorgehoben, keine Bestätigung des ursprünglichen Zuschlags sein kann, im Ergebnis in keinem Fall ein Entgegenkommen im Sinn der Beschwerdebegehren dar.

g. Aus dem Umstand, dass es sich nach der beschwerdeinstanzlichen Gutheissung eines rein kassatorischen Begehrens ergeben kann, dass der Zuschlag einer Drittanbieterin erteilt wird (dies nach Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabestelle oder, gestützt auf eine Erweiterung des Streitgegenstands, aufgrund direkter Zuschlagserteilung durch die Rekursinstanz; vgl. zum letzteren Fall etwa das in BGer 2D_5/2022, 13.2.2024, E. Sachverhalt lit. B, wiedergegebene Urteil des VGer TI 52.2021.228 vom 23.12.2021 [nicht publ.]), folgt im Übrigen nicht, dass ein wiedererwägungsweise verfügter Drittzuschlag eine Entsprechung (durch die Vergabestelle) eines rein kassatorischen Begehrens darstellen könnte. Zwar ist mit jedem kassatorischen Begehren einer Zuschlagsbeschwerde das Risiko eines Drittzuschlags unzertrennlich

verbunden (dasselbe gilt für das Risiko, dass der ursprüngliche Zuschlag nach der Aufhebung und der Rückweisung bestätigt wird). Das heisst aber nicht, dass die Beschwerdeführerin, die ein solches Begehren stellt, einen Drittzuschlag anstrebt. Demgemäss genügt ein solcher Zuschlag einem kassatorischen Beschwerdebegehren nicht.

h. Im Übrigen ist festzustellen, dass die durch einen Drittzuschlag geschaffene Situation in Art. 58 Abs. 3 VwVG nicht vorgesehen ist. Ein solcher Zuschlag macht die Beschwerde bzw. das Beschwerdeverfahren nicht gegenstandslos, weil er, wie weiter oben ausgeführt, den Beschwerdebegehren nicht entspricht. Insoweit müsste nach Art. 58 Abs. 3 VwVG nach einem wiedererwägungsweise beschlossenen Drittzuschlag das bisherige Beschwerdeverfahren an sich weitergeführt werden. Eine Verfahrensfortführung mit neuem Streitgegenstand liegt jedoch ausserhalb dieser Bestimmung, die einzig darauf abzielt, jene Teile der angefochtenen (alten) Verfügung zu überprüfen, die mangels vollständiger Entsprechung der Beschwerdebegehren durch die neue Verfügung immer noch als angefochten gelten und den Gegenstand des weiterzuführenden Verfahrens bilden. Der Zweck der Wiedererwägung ist es nicht, den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens zu ändern. Ein Drittzuschlag würde jedoch einen neuen Streitgegenstand darstellen, und eine Verfahrensfortführung müsste sich diesen zum Gegenstand machen (was die Integration der Dritt-Zuschlagsempfängerin als neue Verfahrenspartei und gegebenenfalls einen Parteirollenwechsel der ersten Zuschlagsempfängerin erforderlich werden liesse).

i. Damit ist festzuhalten, dass es der Art. 58 VwVG nicht zulässt, dass die Vergabestelle den Zuschlag im Rahmen einer Wiedererwägung einer Drittanbieterin erteilt. Kommt sie wiedererwägungsweise zum Schluss, dass ein solcher Drittzuschlag nötig ist, hat sie der Beschwerdeinstanz einen entsprechenden Antrag zu stellen (gerichtliche Erteilung des Drittzuschlags oder Aufhebung und Rückweisung zur Erteilung des Drittzuschlags).

5. Haben mehrere nicht berücksichtigte Anbieterinnen denselben Zuschlag angefochten, ist die Rekursinstanz zur materiellen Verfahrenskoordination verpflichtet, wenn sie die verschiedenen Zuschlagsbeschwerdeverfahren nicht vereinigt (BGE 148 I 53, E. 4.3).

a. Die Zuschlagsverfügung, die auch eine Nichtberücksichtigungs-Verfügung ist, stellt eine einzige, unteilbare Einheit dar (BGE 148 I 53, E. 4.1 und E. 4.3.3; BGE 141 II 14, E. 4.7). Wird diese Verfügung in Wiedererwägung gezogen, gilt dies unabhängig davon, ob die Beschwerdeverfahren vereinigt oder lediglich materiell koordiniert worden sind, unausweichlich gegenüber allen Beschwerdeführerinnen (sowie der Zuschlagsempfängerin). Es ist auch im Fall des Fortbestehens von mehreren Beschwerdeverfahren (Fall der materiellen

Koordination) nicht möglich, die Wiedererwägung in Bezug auf die eine, nicht jedoch in Bezug auf die andere Beschwerde (bzw. die anderen Beschwerden) zu erklären.

b. Das weiter oben zum Drittzuschlag Gesagte (vorne Ziff. 4) gilt *mutatis mutandis* auch im Fall der Mehrzahl von Zuschlagsbeschwerden, und dies sowohl bei Verfahrensvereinigung als auch bei lediglich materieller Koordination der Beschwerdeverfahren. Soll der Drittzuschlag zugunsten einer nicht beschwerdeführenden Anbieterin erteilt werden, wird keinem der Begehren der verschiedenen Beschwerden entsprochen, und es wird auch nicht der ursprüngliche Zuschlag bestätigt, so dass der Drittzuschlag wiedererwägungsweise nicht erteilt werden kann. Soll dagegen eine der (mehreren) Beschwerdeführerinnen den neuen Zuschlag erhalten, so wird dadurch zwar deren Begehren formell (im Fall eines reformatorischen Begehrens) oder zumindest materiell (im Fall von bloss kassatorischen Begehren) entsprochen (das gilt selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin allein den Abbruch des Verfahrens beantragt hat, da auch ein solcher Antrag in aller Regel mittelbar auf eine Zuschlagserteilung zu eigenen Gunsten abzielt). Zugleich jedoch stellt ein solcher neuer Zuschlag für die andere (immer noch nicht berücksichtigte) Beschwerdeführerin (bzw. für die anderen Beschwerdeführerinnen) keine Entsprechung ihrer Begehren dar, und er ist, wie gesagt, auch keine Bestätigung des angefochtenen Zuschlags.

c. Aus den gemachten Ausführungen folgt, dass die Vergabestelle weder in einem vereinigten Beschwerdeverfahren noch bei lediglich materieller Koordination einer Mehrzahl von Zuschlagsbeschwerdeverfahren den Zuschlag im Rahmen einer Wiedererwägung nach Art. 58 VwVG einer anderen Anbieterin (als erneut der Zuschlagsempfängerin) erteilen kann (dabei kommt es nicht darauf an, ob die neue Zuschlagsempfängerin eine der Beschwerdeführerinnen ist oder nicht). Es ist ihr nur möglich, dies bei der Rekursinstanz zu beantragen. Ohnehin wären die Beschwerdeverfahren derjenigen Beschwerdeführerinnen, die erneut nicht zum Zuge gekommen wären, nicht gegenstandslos geworden und müssten weitergeführt werden (vgl. Art. 58 Abs. 3 VwVG), wenn eine wiedererwägungsweise erfolgende Zuschlagserteilung an eine Beschwerdeführerin im Fall einer Mehrzahl von Zuschlagsbeschwerden möglich wäre. Im Übrigen ist zwar eine wiedererwägungsweise erfolgende Bestätigung des (mehrfach) angefochtenen Zuschlags möglich, doch vermag eine solche das Beschwerdeverfahren nicht zu beschleunigen, weil sie es nicht gegenstandslos werden lässt (vgl. Art. 58 Abs. 3 VwVG). Das bedeutet, dass das Institut der *lite pendente* erfolgenden Wiedererwägung zumindest *de facto* keine Bedeutung entfalten kann, falls und solange ein Zuschlag durch mehrere unberücksichtigte Anbieterinnen angefochten ist und soweit nicht alle Beschwerdeführerinnen den Abbruch des Verfahrens beantragen haben.

Schadenersatz nach rechtswidrigem Vertragsschluss

Beschafft eine öffentliche Auftraggeberin Leistungen, die zum Gegenstand eines mit Beschwerde angefochtenen Zuschlags gehören, entgegen der durch die Beschwerdeinstanz angeordneten aufschiebenden Wirkung, handelt sie widerrechtlich und kann sich dafür nach der allgemeinen Staatshaftungsnorm des Art. 3 Abs. 1 VG haftbar machen. Nach der Auffassung des BGer kann sich diese Haftung allerdings nie auf den Ersatz von entgangenem Gewinn (aus einem nicht geschlossenen Vertrag) beziehen, sondern höchstens auf das negative Interesse der betroffenen Anbieterin.

Si une autorité adjudicatrice acquiert des prestations qui font l'objet de la décision d'adjudication contestée par recours et en violation de l'effet suspensif que l'autorité de recours a octroyé, elle agit de manière illicite et peut être tenue responsable en vertu de la norme générale de responsabilité de l'Etat prévue à l'art. 3 al. 1 LRCF. Selon le Tribunal fédéral, cette responsabilité ne peut toutefois jamais concerner la compensation du gain manqué (qui résulterait d'un contrat non conclu), mais tout au plus l'intérêt négatif.

Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2024 (2C_176/2022); zur Publikation vorgesehen

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(258) 1. Die Vergabestelle hatte die Lose 1.1 und 1.2 ausgeschrieben, in deren Rahmen je eine bestimmte Menge von jeweils gleichartigen, sicherheitsempfindlichen Leistungen zu erbringen sein würden. Überdies hatte sie Optionen betreffend die Erweiterung dieser Lose mit zusätzlichen Leistungen vorgesehen. Sie plante, die beiden Lose an zwei verschiedene Zuschlagsempfängerinnen zu vergeben. Es gingen daraufhin zwei Offerten ein, nämlich jene der A. und jene der B., welche sich beide je über die Lose 1.1 und 1.2 erstreckten.

2. Die Vergabestelle erteilte der B. den Zuschlag für das Los 1.1 und teilte der A. mit, dass sie nicht berücksichtigt werden könne, sondern gemäss einer durch den Bundesrat während des Vergabeverfahrens zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Schweiz getroffenen dringlichen Anordnung vom Verfahren ausgeschlossen werden müsse. Da die B. das Los 1.1 erhalten hatte und nach dem Ausschluss der A. kein weiteres Angebot bezüglich des Loses 1.2 vorlag, sah die Vergabestelle für dieses Los von einer Zuschlagserteilung ab.

3. Die A. erhob Beschwerde gegen ihren Ausschluss und den Zuschlag. Sie verlangte, dass ihr der Zuschlag für das Los 1.1, eventualiter für das Los 1.2, erteilt werde. Das BVGer verbot der öffentlichen Auftraggeberin zunächst superprovisorisch jegliche Vorkehren betreffend Vertragsschluss. Daraufhin zog die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde im Umfang des Begehrens um Erteilung des Zuschlags des Loses 1.1 zurück, was das BVGer veranlasste, das superprovisorische Vertragsabschlussverbot insoweit aufzuheben. Die Auftraggeberin schloss daraufhin mit der B. einen Vertrag über das Los 1.1 ab.

4. Nach diesem Vertragsschluss erteilte das BVGer der Beschwerde der A. die aufschiebende Wirkung in Bezug auf das

Los 1.2 und sämtliche ausgeschriebenen Optionen. Die Vergabestelle verfügte einen (definitiven) Abbruch des Vergabeverfahrens betreffend das Los 1.2, doch auf separate Beschwerde der A. hob das BVGer diesen wieder auf. Die Vergabestelle informierte sodann im ersten Beschwerdeverfahren das Gericht und die Beschwerdeführerin A. darüber, dass sie das Los 1.1 (ohne Optionen) ausgeschöpft habe, dass sie weiterhin einen dringlichen Beschaffungsbedarf habe und dass sie die dem Los 1.2 zugeteilten Leistungen nun (bei der B.) beschaffen werde. Hieraufhin verbot das BVGer der Vergabestelle bei Strafandrohung nach Art. 292 StGB, Leistungen zu beschaffen, die zum Gegenstand des Loses 1.2 oder der Optionen gehörten. Wie sich später herausstellte, beschaffte die Vergabestelle in Verletzung dieses Verbots Leistungen bei der B.

5. Das BVGer hiess die Beschwerde der A. mit Urteil vom 8.7.2016 teilweise gut. Es hielt fest, dass es der Vergabestelle nicht erlaubt war, während des laufenden Vergabeverfahrens ein neues Eignungskriterium einzuführen und die A. darauf gestützt vom Zuschlag fernzuhalten. In diesem Sinn stellte es in Dispositiv Ziff. 1 des Urteils förmlich die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses der A. fest (vgl. BVGer B-998/2014, 8.7.2016). Zugleich hob es in derselben Ziffer des Dispositivs den Ausschluss der A. auf (vgl. BVGer B-998/2014, 8.7.2016) und wies die Sache an die Vergabestelle zur Fällung eines neuen Entscheids zurück. Nach dem Urteil sollte die Vergabestelle überprüfen, ob der A. der Zuschlag für das Los 1.2 erteilt werden könnte, ob, wenn aus überwiegenden öffentlichen Interessen auf ein neues Eignungskriterium nicht verzichtet werden könnte, ein Kriterium aufgestellt werden könnte, das weniger einschneidend wäre und das die A. allenfalls erfüllen könnte, oder ob das Vergabeverfahren unter Entschädigung der A. abgebrochen werden sollte.

6. Nach der Eröffnung des Urteils vom 8.7.2016 gelangte die A. an die Aufsichtsbehörde der Vergabestelle und ersuchte diese darum, es der Vergabestelle angesichts der Ausschöpfung des Loses 1.1 zu untersagen, weitere Leistungen von der B. zu be-

schaffen. Die Aufsichtsbehörde trat auf dieses Ersuchen nicht ein und teilte der Vergabestelle mit, sie sei berechtigt, gestützt auf den Zuschlag des Loses 1.1 beziehungsweise auf die mit ausgeschriebenen Optionen weitere Leistungen von der B. zu beziehen. Auf eine dagegen erhobene Beschwerde der A. trat das BVGer nicht ein, weil keine Verfügung vorlag. Die A. stellte sodann bei der Vergabestelle gestützt auf Art. 25a VwVG ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Vergabestelle reagierte darauf mit einer erneuten Verfügung über den definitiven Abbruch des Vergabeverfahrens betreffend das Los 1.2. Darin teilte sie unter anderem mit, sie tätige gestützt auf das streitbetroffene Projekt keine weiteren Leistungsbezüge und nehme die Vorbereitung eines neuen Vergabeverfahrens umgehend an die Hand, zumal sie nach wie vor einen dringenden Leistungsbedarf habe. Im Übrigen stehe es der A. frei, gestützt auf die im Urteil vom 8.7.2016 enthaltene förmliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses und auf Art. 34 f. aBöB Schadenersatz zu verlangen.

7. Die A. focht diesen Abbruch vor dem BVGer an, unterlag jedoch mit dieser Beschwerde, weil das Gericht annahm, es handle sich nicht um einen definitiven, sondern lediglich um einen provisorischen Abbruch, wie er im früheren Urteil als ein möglicher Umgang mit der bestehenden Situation bezeichnet wurde. Zwar hatte das BVGer damals ausgeführt, dass ein Abbruch mit einer Entschädigung der A. verbunden werden müsste, doch sei diese Entschädigung keine eigentliche Voraussetzung des Abbruchs, sondern könne auch nachher noch geleistet werden. Eine Entschädigungsgrundlage finde sich in der Ziff. 1 des Dispositivs des Urteils vom 8.7.2016, in dem die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses festgestellt wird. Auf die durch die A. gegen dieses neue Urteil des BVGer erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten trat das BGer mangels Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 83 lit. f. Ziff. 2 aBGG) nicht ein. Im Rahmen der Kostenverlegung liess das BGer indes erkennen, dass es den Abbruch wohl nicht als rechtmässig betrachtet hätte, wenn es ihn zu beurteilen gehabt hätte. Es hielt fest, dass «wesentliche Indizien für einen rechtsmissbräuchlichen Verfahrensabbruch» vorlägen, weil die Vergabestelle den Abbruch dadurch, dass sie entgegen der durch das BVGer angeordneten aufschiebenden Wirkung Leistungen bei der B. beschaffte, selbst erforderlich gemacht hatte (BGer 2C_639/2017, 21.12.2017, E. 2). In diesem Sinn auferlegte es die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens der Vergabestelle und verpflichtete diese zur Leistung einer Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin A.

8. In der Folge eröffnete die Vergabestelle kein neues Vergabeverfahren betreffend die streitgegenständlichen (oder ähnliche) Leistungen.

9. Noch während des bundesgerichtlichen Verfahrens betreffend den zweiten Verfahrensabbruch reichte die A. bei der zuständigen Stelle ein Schadenersatzgesuch ein, mit dem sie principaliter Ersatz für entgangenen Gewinn aus der (nicht erfolgten) Erfüllung des Vertrags betreffend das Los 1.2 und eventualiter Ersatz des negativen Interesses (Ersatz aller Auf-

wendungen im Zusammenhang mit dem Vergabe- und den diversen Rechtsmittelverfahren) beantragte. Sie stützte sich dabei auf Art. 3 Abs. 1 VG, Art. 34 f. aBöB und die allgemeinen Grundsätze des verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutzes. Sowohl die zuständige Stelle als auch, nach Beschwerdeerhebung der A., das BVGer wiesen das Gesuch vollumfänglich ab.

10. Gegen das das Schadenersatzgesuch abweisende Urteil des BVGer gelangte die A. mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das BGer und verlangte nach wie vor den Ersatz des entgangenen Gewinns, eventualiter jenen des negativen Interesses.

Der Entscheid

Das BGer heisst die Beschwerde im Umfang des Eventualbegehrens um Ersatz des negativen Interesses gut, weist sie in dem den entgangenen Gewinn betreffenden Hauptpunkt jedoch ab.

1. Die Beschwerde betrifft eine Streitigkeit über Staatshaftungsfragen (und nicht direkt über beschaffungsrechtliche Fragen), so dass im Rahmen der Eintretensprüfung nicht der Art. 83 lit. f BGG, sondern der Art. 85 BGG einschlägig ist. Die Beschwerdeführerin fordert sowohl principaliter als auch eventualiter deutlich mehr als CHF 30 000 an Schadenersatz. Damit ist die Streitwertgrenze des Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG erreicht, so dass offenbleiben kann, ob der konkrete Fall Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft (vgl. Art. 85 Abs. 2 BGG). Auch im Übrigen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Das BGer klärt zunächst das Verhältnis zwischen den Spezialbestimmungen, die die vergaberechtliche Haftung der öffentlichen Auftraggeberinnen regeln (Art. 34 f. aBöB), und der allgemeinen Staatshaftung (Art. 3 Abs. 1 VG).

a. Nach Art. 3 Abs. 2 VG ist die allgemeine Haftungsnorm des Art. 3 Abs. 1 VG nicht anzuwenden, soweit der infrage stehende Sachverhalt durch Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse erfasst wird.

b. Der Art. 34 Abs. 1 und Abs. 2 aBöB stellt eine spezialgesetzliche Haftpflichtbestimmung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 VG dar. Dementsprechend richtet sich die Haftung öffentlicher (Bundes-) Auftraggeberinnen, die sich aus rechtswidrigen Verfügungen (vgl. Art. 34 Abs. 1 aBöB) ergibt, nach Art. 34 Abs. 1 und Abs. 2 aBöB und nicht nach Art. 3 Abs. 1 VG. Das gilt aufgrund des Prinzips der Subsidiarität der Staatshaftung (vgl. Art. 12 Abs. 1 VG) auch für den Schaden, der durch jene rechtswidrigen Verfügungen verursacht worden ist, deren rechtzeitige Anfechtung die betreffende Anbieterin unterlassen hat (und für den die Anbieterin damit im Ergebnis keinen Ersatz mehr erlangen kann; vgl. immerhin Art. 33 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 aBöB).

c. Aus dem Gesagten folgt: «Soweit es um Schäden geht, die durch fehlerhafte Verfügungen der Auftraggeberin entstan-

den sind, regelt die spezialgesetzliche Bestimmung des Beschaffungsrechts die Haftung abweichend vom Verantwortlichkeitsgesetz und grundsätzlich abschliessend.» Allerdings verweist Art. 34 Abs. 3 aBöB «im Übrigen» auf das VG. Dieser Verweis gilt insbesondere für «widerrechtliche Handlungen, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen [...]». Entsprechend geht die herrschende Lehre zu Recht davon aus, dass der Weg über Art. 3 Abs. 1 VG als Auffangtatbestand für diejenigen Fälle offensteht, in denen anderweitig oder zusätzlich zu einer fehlerhaften Verfügung eine widerrechtliche und schädigende Handlung der Vergabestelle vorliegt.» In der Lehre wird als Beispiel für eine solche Handlung etwa der vergaberechtswidrig verfrüht erfolgende Vertragsschluss genannt.

3. Mit Bezug auf den konkreten Fall stellt das BGER in einem ersten Schritt fest, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 34 aBöB keinen Schadenersatz fordern kann.

a. Dafür fehlt es bereits an einem Feststellungsurteil i.S.v. Art. 34 Abs. 1 («Verfügung [...], deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Artikel 32 Absatz 2 [...] festgestellt worden ist») i.V.m. Art. 32 Abs. 2 aBöB.

b. Zwar hat das BVGer in Dispositiv Ziff. 1 des Urteils vom 8.7.2016 förmlich die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren festgestellt, doch hat es zugleich auch den Ausschluss aufgehoben und die Sache an die Vergabestelle zur Fällung eines neuen Entscheids zurückgewiesen. Im Ergebnis hat es der Beschwerdeführerin also durch Aufhebung der rechtswidrigen Verfügung Primärrechtsschutz (vgl. Art. 32 Abs. 1 aBöB) gewährt, womit für ein Feststellungsurteil nach Art. 32 Abs. 2 aBöB kein Raum bestand, gleichviel, was in der erwähnten Dispositivziffer ausgeführt wird. Denn aufgrund der Aufhebung gab es keine rechtswidrige Verfügung mehr. An dieser Rechtslage ändert auch der Umstand nichts, dass das BVGer in seinem späteren Urteil betreffend die Bestätigung des zweiten Abbruchs des Vergabeverfahrens betreffend das Los 1.2 annahm, das Urteil vom 8.7.2016 bilde eine Anspruchsgrundlage i.S.v. Art. 34 Abs. 1 aBöB.

c. Im Übrigen hat das BVGer (im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, das zum Urteil vom 8.7.2016 führte) zwar in jener Zwischenverfügung, in welcher es der Vergabestelle jegliche Beschaffung der durch die aufschiebende Wirkung erfassten Leistungen unter Strafandrohung verboten hatte, implizit darauf hingewiesen, dass die Vergabestelle zu jenem Zeitpunkt solche Leistungen bereits beschafft hatte, was einen Verstoss gegen die aufschiebende Wirkung bedeutete. Gleichwohl stellt diese Zwischenverfügung kein Feststellungsurteil nach Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 aBöB dar, und sie enthält überdies auch keine ausdrückliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Handelns der Vergabestelle.

d. Für eine vergaberechtliche Haftung der Auftraggeberin besteht nach diesen Feststellungen kein Raum. Dazu kommt, dass diese Haftung grundsätzlich von dem Fall ausgeht, in dem die Aufhebung der schadensstiftenden, rechtswidrigen Verfügung aufgrund eines erlaubterweise (in Abwesenheit von

aufschiebender Wirkung) erfolgten Vertragsschlusses nicht mehr möglich ist. In casu jedoch geht es um eine entgegen der aufschiebenden Wirkung und den entsprechenden bundesverwaltungsgerichtlichen Anordnungen getätigte Beschaffung.

4. Eine Haftung der Auftraggeberin nach Art. 3 Abs. 1 VG kann in Betracht kommen, soweit die Beschwerdeführerin im Sinn des Verhältnisses zwischen spezieller und allgemeiner Gesetzgebung (vgl. vorne Ziff. 2c) «widerrechtliche Handlungen vorbringt, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen».

a. Der vergaberechtswidrig verfrühte (insbesondere der entgegen einer gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung getätigte) Vertragsschluss stellt eine widerrechtliche Handlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VG dar. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich daraus, dass der Art. 22 Abs. 1 aBöB e contrario (nach ständiger Gerichtspraxis) den verfrühten (während der Beschwerdefrist oder entgegen der aufschiebenden Wirkung erfolgenden) Vertragsschluss verbietet und dass es einem der Zwecke dieser Norm entspricht, das Vermögen der Anbieterinnen im Vergabeverfahren zu schützen, so dass sie als Schutznorm im Sinn der Widerrechtlichkeitstheorie zu qualifizieren ist.

b. In diesem Sinn stellen die Beschaffungen, welche die Vergabestelle in casu entgegen der gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung sowie nach der gerichtlichen Rückweisung der Angelegenheit zur Fällung eines neuen Entscheids ohne solchen Entscheid bei der B. getätigt hat (und die nicht dem Los 1.1 ohne Optionen entsprachen), widerrechtliche Handlungen i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VG dar.

c. Im Übrigen erfolgt ein vergaberechtswidrig verfrühter Vertragsschluss nicht durch (förmliche) Verfügung und wird daher durch die spezialgesetzliche Haftungsbestimmung des Art. 34 aBöB nicht erfasst. Der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 VG steht daher bei Schäden, die durch einen solchen Vertragsschluss bewirkt werden, kein Spezialgesetz i.S.v. Art. 3 Abs. 2 VG entgegen.

d. Damit stellt sich die Frage, ob in casu die Beschwerdeführerin aufgrund der widerrechtlichen Beschaffungen der Auftraggeberin einen ersatzfähigen Schaden erlitten hat.

e. Die Beschwerdeführerin beantragt principaliter den Ersatz des Gewinns, den sie erzielt hätte, wenn sie die Leistungen des Loses 1.2 hätte erbringen können. Sie trägt vor, dass die widerrechtliche Beschaffung dieser Leistungen bei der B. sie um die Chance gebracht habe, den Zuschlag und den Vertrag betreffend das Los 1.2 zu erhalten, und dass der Umstand, dass ihr der entsprechende Gewinn entgangen sei, damit kausal auf das rechtswidrige Handeln der öffentlichen Auftraggeberin zurückzuführen sei. Das BGER weist dieses Begehren ab. Seiner Meinung nach ist jeder entgangene Gewinn aus einem (mit dem Schadenersatz begehrenden Subjekt nicht abgeschlossenen) Beschaffungsvertrag schon «grundsätzlich nicht ersatzfähig», weil das Beschaffungsrecht «keinen Kontrahierungszwang [kennt]» beziehungsweise auch eine Zu-

schlagsverfügung einen solchen Zwang zulasten der vergebenden Auftraggeberin nicht erzeugt. Das BGER verweist in diesem Zusammenhang auf die Botschaft zum revidierten BÖB (BBl 2017 1851, 1985 f.: «Da das Beschaffungsrecht keinen Kontrahierungszwang kennt, kann insbesondere kein Ersatz des Erfüllungsinteresses gewährt werden – auch nicht in einem nachträglichen Verfahren nach VG». Ebenso notiert es, dass in der Lehre auch andere Meinungen vertreten werden.

f. Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG den Ersatz des negativen Interesses und verlangt, so gestellt zu werden, als hätte sie am streitbetroffenen Vergabeverfahren nie teilgenommen. Im Umfang dieses Begehrens heisst das BGER die Beschwerde gut, hebt das Urteil des BVGER auf und weist die Sache an dieses zur Fällung eines neuen Urteils im Sinn der Erwägungen zurück. Durch die widerrechtlichen (gegen die Vermögensschutznorm des Art. 22 Abs. 1 aBöB verstossenden) Beschaffungen hat die öffentliche Auftraggeberin in casu den Bedarf nach einer Beschaffung im Rahmen des Loses 1.2 sukzessive abgebaut, bis er gänzlich verschwunden war, was aufgrund der so bewirkten Gegenstandslosigkeit des dieses Los betreffenden Vergabeverfahrens in der zweiten Abbruchverfügung mündete, die sich de facto als definitiv erwies. Insofern erscheint dieser Abbruch dem BGER als rechtsmissbräuchlich. Die rechtswidrigen Beschaffungen und der Abbruch erfolgten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VG. Überdies steht das rechtswidrige Handeln der Vergabestelle in einem Kausalzusammenhang zu jenem Schaden, den die Beschwerdeführerin im Sinn des negativen Interesses geltend macht. Durch dieses Handeln hat die Beschwerdeführerin möglicherweise die Chance verloren, an einem neuen Vergabeverfahren teilzunehmen. Auch dann jedoch, wenn eine solche Chance nicht bestanden hätte (weil die Beschwerdeführerin möglicherweise auch im neuen Vergabeverfahren aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen und einem entsprechend ausgeschriebenen Eignungskriterium wieder ausgeschlossen worden wäre), ist die Beschwerdeführerin durch das rechtswidrige Handeln der Auftraggeberin im Umfang der getätigten Aufwendungen (negatives Interesse) kausal geschädigt worden. Denn es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin am Vergabeverfahren überhaupt nicht teilgenommen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass es mit dem vorliegenden Ergebnis enden würde, beziehungsweise dass die Vergabestelle die benötigten Leistungen entgegen den gesetzlichen Vorschriften ausserhalb des betreffenden Vergabeverfahrens beschaffen würde. Die Anbieterinnen im öffentlichen Vergabeverfahren haben die mit diesem Verfahren verbundenen Aufwendungen im Fall der Nichtberücksichtigung nur insofern auf sich zu nehmen, als die Nutzlosigkeit der Aufwendungen nicht durch ein treuwidriges Verhalten der Vergabestelle herbeigeführt wird.

g. Aus diesen Gründen hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG einen grundsätzlichen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Da das BVGER sich im angefochtenen und nun aufzuhebenden Urteil aufgrund seiner Rechtsauffassung (wonach ein Schadenersatzanspruch der Beschwerdeführerin unter keinem Titel bestehe) nicht mit der Frage des

Umfangs des ersatzfähigen Schadens auseinandergesetzt hat, kann das BGER der Beschwerdeführerin nicht in Abänderung dieses Urteils direkt Schadenersatz zusprechen, sondern weist die Sache nach der Aufhebung des Urteils an das BVGER zurück, damit zunächst der Sachverhalt ergänzt und die offengebliebenen Fragen geklärt werden.

Die Anmerkungen

Das rapportierte Urteil betrifft einen unter vielen Aspekten aussergewöhnlichen Einzelfall, enthält jedoch auch bemerkenswerte Klärungen in grundsätzlicher Hinsicht.

1. Es ist im Interesse der Vermeidung von Rechtsschutzlücken zu begrüssen, dass das BGER den vergaberechtswidrig früh – d.h. vor dem Zuschlag, während der Zuschlagsbeschwerdefrist, während hängigen Gesuchs um aufschiebende Wirkung oder nach Gutheissung eines solchen Gesuchs – erfolgenden Vertragsschluss als Verstoß gegen eine Vermögensschutznorm (Art. 22 Abs. 1 aBöB) und damit als widerrechtliche Handlung im haftpflichtrechtlichen Sinn einstuft. Das Gleiche dürfte auch im revidierten Recht unter Art. 42 Abs. 2 BÖB (und Art. 42 Abs. 1 IVöB 2019) gelten (vgl. zu Art. 42 Abs. 1 BÖB, der den Vertragsabschluss im Nichtstaatsvertragsbereich betrifft, Nr. ■■■ auf S. ■■■ im vorliegenden Heft).

2. Dem rapportierten Urteil ist auch insoweit zuzustimmen, als die spezialgesetzliche vergaberechtliche Haftungsordnung (Art. 34 f. aBöB; vgl. auch Art. 58 BÖB/IVöB 2019) die Haftung der öffentlichen Auftraggeberin für durch rechtswidrige vergaberechtliche Verfügungen zugefügte Schäden grundsätzlich abschliessend regelt. Allerdings enthält das Urteil eine Inkonsistenz in Bezug auf die Frage, in welchen Fällen gleichwohl die allgemeingesetzliche Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG greift.

a. In E. 5.6 des rapportierten Urteils hält das BGER fest, dass der Art. 3 Abs. 1 VG anwendbar sein kann bei Schädigungen durch «widerrechtliche Handlungen, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen», und dass die Lehre «zu Recht davon aus[geht], dass der Weg über Art. 3 Abs. 1 VG als Auffangtatbestand für diejenigen Fälle offensteht, in denen anderweitig oder zusätzlich zu einer fehlerhaften Verfügung eine widerrechtliche und schädigende Handlung der Vergabestelle vorliegt». In E. 7.2 wird unter dem Stichwort der «widerrechtliche[n] Handlungen, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen», einleitend auf die E. 5.6 zurückverwiesen. In den E. 7.2.1 und 7.2.2 prüft das BGER sodann jedoch, ob die Handlungen der öffentlichen Auftraggeberin, auf welche die Beschwerdeführerin ihr Schadenersatzbegehren abstützt, Verfügungen darstellen.

b. Auf die Frage, ob die widerrechtliche Handlung der öffentlichen Auftraggeberin, auf die eine Anbieterin ihr auf Art. 3 Abs. 1 VG gestütztes Schadenersatzbegehren aufbaut, eine anfechtbare Verfügung darstellte oder nicht, kann es abgesehen von Art. 12 Abs. 1 VG nicht ankommen. Wie das BGER in E. 5.6 des rapportierten Urteils festhält, kann sich die Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG aus widerrechtlichen und schädigenden

Handlungen ergeben, die «anderweitig oder zusätzlich zu einer fehlerhaften Verfügung» erfolgt sind. Das schliesst Handlungen ein, die auf fehlerhaften Verfügungen beruhen bzw. mit solchen zusammenfallen. Entscheidend ist insoweit aufgrund von Art. 12 Abs. 1 VG nur, dass die um Schadenersatz ersuchende Anbieterin sich nicht vorwerfen lassen muss, die Entstehung des durch die fehlerhafte Verfügung bewirkten Schadens aufgrund einer Nichtanfechtung dieser Verfügung nicht verhindert und so in Kauf genommen zu haben. Das Gleiche sollte nach der hier vertretenen Meinung im Übrigen auch unter dem revidierten Vergaberecht (vgl. Art. 58 BÖB/IVöB 2019) gelten.

c. Dass in casu die Beschwerdeführerin keinen vergaberechtlichen Schadenersatz beanspruchen konnte, begründet das BGer überzeugend mit dem Hinweis darauf, dass ein nach Art. 32 Abs. 2 aBöB ergangenes Feststellungsurteil (entgegen der Auffassung des BVGer) nicht vorlag; insbesondere stellte das Urteil vom 8.7.2016 kein solches dar, weil das BVGer hier gestützt auf Art. 32 Abs. 1 aBöB den angefochtenen Ausschluss aufgehoben hat und überdies nicht von einem vergaberechtskonform geschlossenen Vertrag (Art. 32 Abs. 2 BÖB) ausgegangen ist.

d. Die Beschwerdeführerin hätte allerdings nach dem Zwischenentscheid des BVGer betreffend das strafbedrohte Vollzugsverbot, aus dem sich «implizit» (rapportiertes Urteil, E. 6.3) ergab, dass die Auftraggeberin zu diesem Zeitpunkt bei der B. von der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gedeckte Leistungen in erheblichem Umfang bestellt (und damit gegen das gerichtliche Verbot verstossen) hatte, Beschwerde gegen die Rechtsverweigerung erheben können, die in der De-facto-Beschaffung der betreffenden Leistungen und im Verzicht auf die Publikation einer im Freihandverfahren erlassenen Zuschlagsverfügung lag. Im Rahmen dieser Beschwerde hätte sie allerdings auch nicht mehr erreichen können als im bereits hängigen Beschwerdeverfahren; das Problem lag nicht im Vertragsabschlussverbot, das bestand, sondern in dessen Missachtung durch die Auftraggeberin. In diesem Sinn ist im rapportierten Fall die Nichterhebung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde im Licht von Art. 12 Abs. 1 VG als unproblematisch beziehungsweise als eine Haftung der Auftraggeberin nicht verhindernd zu betrachten. Gleichwohl ist festzuhalten, dass die vorliegend haftungsbegründenden De-facto-Beschaffungen der Auftraggeberin auf impliziten Zuschlagsverfügungen beruhten. Dass nach dem BGer «nicht ersichtlich» ist, «dass die Vergabestelle diesbezüglich eine Verfügung erlassen hat, die die Beschwerdeführerin im Rahmen des Primärrechtsschutzes hätte anfechten und deren Rechtswidrigkeit hätte festgestellt werden können» (rapportiertes Urteil, E. 7.2.1), trifft zum einen nicht ganz zu, weil eine Rechtsverweigerungsbeschwerde möglich gewesen wäre, und ändert zum anderen nichts daran, dass in casu die Haftung an widerrechtliche Handlungen anknüpfte, die ihrerseits auf impliziten Verfügungen (bzw. auf Entscheidungen, die als Verfügungen hätten erlassen werden müssen) beruhten. In diesem Sinn ist zu unterstreichen, dass die Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG (und unbeschadet des Art. 12 Abs. 1 VG) auch dann greifen kann, wenn die widerrechtliche Handlung in einer

fehlerhaften Verfügung besteht – dies ist unter «zusätzlich zu einer fehlerhaften Verfügung» im Sinn der E. 5.6 des rapportierten Urteils zu verstehen. Entscheidend ist insofern allein, ob die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 VG erfüllt sind. Das BGer hält dazu fest, dass dann, wenn die betreffende Handlung in einem Rechtsakt (insb. Verfügung oder Urteil) besteht, von Widerrechtlichkeit nur dann auszugehen ist, wenn der Akt eine «Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht» bedeutet (rapportiertes Urteil, E. 4.2). Das ist längst nicht in allen Fällen von rechtsfehlerhaften Vergabeverfügungen der Fall, sondern nur bei einer schweren Rechtsverletzung. Eine solche dürfte namentlich im bewussten Verstoss gegen die aufschiebende Wirkung zu finden sein. In allen Fällen jedoch, in denen keine Verletzung wesentlicher Amtspflichten vorliegt, regelt die vergaberechtliche Spezialordnung die Haftung der Auftraggeberin abschliessend. Einer der Zwecke dieser Ordnung liegt darin, den Anbieterinnen, deren Beschwerde gutzuheissen ist, denen der Zuschlag jedoch aufgrund eines erlaubterweise vor dem Beschwerdeentscheid erfolgten Vertragsschlusses entgeht, Schadenersatz ganz unabhängig von der Frage zu ermöglichen, ob die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung auf der Verletzung wesentlicher Amtspflichten oder auf anderen Gründen beruht. Es geht hier darum, Ersatz dafür zu leisten, dass der Zuschlag aus Gründen der Verfahrensökonomie unerreichbar geworden ist, und nicht (notwendigerweise) um ein besonderes Verhaltensunrecht vonseiten der Vergabestelle. Umgekehrt ist aus dieser spezialgesetzlichen Ordnung, die einen vollen Schadenersatz im positiven oder im negativen Interesse nicht zulässt (vgl. Art. 34 Abs. 2 aBöB; vgl. auch Art. 58 Abs. 4 BÖB/IVöB 2019), nicht zu schliessen, dass sie die allgemeingesetzliche Haftung dann verdrängen wollte, wenn deren eigene Anwendungsvoraussetzungen – namentlich eine Verletzung wesentlicher Amtspflichten – erfüllt sind.

3. Losgelöst vom konkreten Fall ist dem rapportierten Urteil mit Blick auf die allgemeine Frage zu widersprechen, ob im Zusammenhang mit einem Vorgang der öffentlichen Beschaffung entgangener Gewinn aus einem nicht abgeschlossenen Vertrag ersatzfähig sein kann (wenn eine widerrechtliche Handlung vorliegt). Klar ist dabei, dass unter Art. 34 Abs. 2 aBöB (und unter Art. 58 Abs. 4 BÖB/IVöB 2019) entgangener Gewinn nicht ersetzt werden kann. Es geht im Folgenden um die Frage, ob dies auch unter dem allgemeingesetzlichen Art. 3 Abs. 1 VG kategorisch ausgeschlossen ist, zumal dessen Text in Bezug auf den Umfang des ersatzfähigen Schadens anders als die vergaberechtlichen Spezialbestimmungen keine Limitierung enthält.

a. Das BGer leitet aus dem Umstand, dass sich aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht und insbesondere aus einer darauf gestützten Zuschlagsverfügung kein Kontrahierungszwang zulasten der öffentlichen Auftraggeberin ergibt (vgl. BGE 129 I 410, E. 3.4), die Regel ab, dass Ersatz für entgangenen Gewinn aus einem nicht abgeschlossenen Vertrag (auch) unter Art. 3 Abs. 1 VG keinesfalls gefordert werden könne. Diese Auffassung wird abgesehen von einem Verweis auf die Botschaft BÖB (BBl 2017 1851, 1985 f.) nicht begründet (und die

zierte Botschaft enthält ebensowenig eine weiterführende Begründung).

b. Ginge es bei Art. 3 Abs. 1 VG um eine Haftung aus culpa in contrahendo bzw. aus verletztem Vertrauen in die Einhaltung von Sorgfalts- und Treuepflichten, wäre die Auffassung des BGer und der Botschaft BöB nachvollziehbar (vgl. dazu sinngemäss BGer 2C_960/2013, 2C_968/2013 und 2C_973/2013, 28.10.2014, E. 4.5.4). In diesem Rahmen kann im Fall des verweigerten Vertragsschlusses in der Tat kein Schadenersatz in der Höhe von entgangenem Gewinn gefordert werden. Allerdings zielt das der vorvertraglichen Haftung entnommene Argument an der Sache vorbei. Der eine allgemeine gesetzliche Haftpflicht des Staats für grundsätzlich jegliche Schäden (vgl. sinngemäss BGer 2C.2000, 4.4.2003, E. 3, betreffend die Staatshaftung nach dem Recht des Kantons Waadt) statuierende Art. 3 Abs. 1 VG betrifft widerrechtliche Handlungen, also die Verletzung absoluter Rechtsgüter und von gesetzlichen Vermögensschutznormen. Unter diesem Titel kommt es nicht darauf an, dass ein privatautonomes Subjekt einen Vertragsschluss stets verweigern darf, sondern allein darauf, ob im Fall des Ausbleibens des widerrechtlichen Handelns der betreffenden Behörde ein Vertragsschluss (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) tatsächlich erfolgt und der geltend gemachte Gewinn erzielt worden wäre. Es spielt hier auch keine Rolle, mit wem der betreffende Vertrag geschlossen worden wäre, ob mit einem Dritten oder mit der infrage stehenden Behörde. Im Zusammenhang mit entgangenem Gewinn, der aufgrund des vergaberechtswidrigen Abschlusses eines öffentlichen Beschaffungsvertrags beansprucht wird, geht es in diesem Sinn nicht um die Verletzung vorvertraglicher Pflichten, sondern um den Verstoss gegen eine gesetzliche Vermögensschutznorm (Art. 22 Abs. 1 aBöB; bzw. Art. 42 Abs. 2/1 BöB/IVöB 2019) und um die Frage, was sich ereignet hätte, wenn dieser Verstoss nicht stattgefunden hätte. Das Argument, die Behörde dürfe einen Vertragsschluss verweigern, zielt demnach an der Sache vorbei, wenn es darum geht, dass anzunehmen ist, dass die Behörde bei rechtmässigem Vorgehen den Vertragsschluss nicht verweigert hätte. Wenn im konkreten Fall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und zudem auch gemessen am gewöhnlichen Lauf der Dinge anzunehmen ist, dass die widerrechtlich beschaffende Auftraggeberin im Fall des rechtmässigen Handelns den Vertrag mit der Anspruchstellerin geschlossen hätte, ist davon auszugehen, dass zwischen dem widerrechtlichen Handeln und dem geltend gemachten entgangenem Gewinn ein (hypothetischer) natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht (vgl. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 586 und Rz. 589). Für die Annahme eines solchen ist im allgemeinen Haftpflichtrecht bei Forderungen nach entgangenem Gewinn eine Kontrahierungspflicht nicht erforderlich; eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der betreffende Vertrag tatsächlich abgeschlossen worden wäre, ist ausreichend.

c. Anzuführen ist, dass die Anbieterin, die nach einem widerrechtlich früh erfolgten Vertragsschluss (mit einer anderen Anbieterin) Schadenersatz für entgangenem Gewinn aus dem nicht erhaltenen Vertrag fordert, keinen Ersatz für die Ver-

letzung einer Kontrahierungspflicht verlangt, sondern für die Verletzung der gesetzlichen Vorschrift betreffend den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und für die sich hieraus (auch ohne Kontrahierungspflicht) ergebenden Folgen. Zu diesen Folgen kann es, wie ausgeführt, gehören, dass ein Vertragsschluss mit der Auftraggeberin nicht stattgefunden hat, der ansonsten stattgefunden hätte.

d. Damit steht fest, dass auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens Ersatz für entgangenem Gewinn gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG, wo anwendbar, gefordert werden kann. Dem rapportierten Urteil, das von einem bereichsweiten Generalauschluss ausgeht, und der Botschaft BöB (soweit sie sich nicht zur spezialgesetzlichen Haftung nach Art. 58 Abs. 4 BöB, sondern zum VG äussert) ist damit zu widersprechen, da es bei der hier interessierenden Frage erstens nicht um eine Culpa-Haftung für Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen geht und da zweitens eine Anspruchstellerin, die Ersatz für entgangenem Gewinn verlangt, damit nicht Ersatz für die Verletzung einer vermeintlichen Kontrahierungspflicht verlangt. Mit anderen Worten ist unter dem Begriff des Schadens nach Art. 3 Abs. 1 VG auch im Bereich des Beschaffungswesens die Ersatzfähigkeit nicht nur des *damnum emergens*, sondern auch diejenige des *lucrum cessans* uneingeschränkt gegeben, wenn die gewöhnlichen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.

e. Nun ist zwar zu notieren, dass im rapportierten Fall kaum davon ausgegangen werden kann, dass es hinreichend wahrscheinlich war, dass die Beschwerdeführerin A. bei rechtmässigem Vorgehen der Vergabestelle den Vertrag betreffend das Los 1.2 erhalten und erfüllt hätte. Das wäre zwar nicht per se ausgeschlossen gewesen, doch hatte das BVGer im Urteil vom 8.7.2016 einen Verfahrensabbruch und eine Neuausschreibung als grundsätzlich rechtmässige Vorgehensweise erachtet. Im Fall einer Neuausschreibung hätte die A. womöglich bestimmte Chancen gehabt, doch sind diese für die Annahme nicht ausreichend, dass der (hypothetische) Kausalzusammenhang zwischen den widerrechtlichen Beschaffungen und dem entgangenem Gewinn erstellt wäre. In diesem Sinn wäre entgangener Gewinn im vorliegenden Fall wohl auch nach der vorliegend vertretenen Auffassung nicht zu ersetzen gewesen.

f. In anderen Fällen jedoch ist es durchaus denkbar, dass mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Auftraggeberin den Vertrag mit der betreffenden Anbieterin geschlossen hätte, wenn sie rechtmässig vorgegangen wäre. Soweit es um eine Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG geht und die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Anbieterin hier nach der vorliegend vertretenen Auffassung der entgangene Gewinn zu ersetzen. Denkbar ist beispielsweise der Fall, in dem sich die Vergabestelle in einer technisch komplexen und für die Vergabe entscheidenden Frage durch einen bestochenen Experten beraten lässt und so einen Fehlentscheid (zugunsten eines tatsächlich minderwertigen Angebots) fällt. Die Anbieterin, die den Zuschlag bei richtiger technischer Bewertung erhalten hätte, erfährt erst von der Bestechung, als der Beschaffungsvertrag schon erfüllt ist

(möglicherweise hat sie den Zuschlag angefochten und ist aufgrund des Ermessensspielraums der Behörde und der zu diesem Zeitpunkt nicht effektiv bezweifelbaren Expertise des Experten unterlegen, doch spielt es im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, ob sie angefochten hat oder nicht, solange sie von der Bestechung nichts wusste oder diese nicht beweisen konnte). Aufgrund einer korrigierten Expertise und Bewertung ist erstellt, dass die genannte Anbieterin den Zu-

schlag erhalten hätte, und es besteht auch kein Zweifel daran, dass die Vergabestelle dem richtigen Ergebnis gefolgt wäre, wenn sie es gekannt hätte. In einem solchen Fall ist es hinreichend wahrscheinlich, dass das rechtswidrige Handeln der Vergabestelle (die sich das Handeln ihres Experten anrechnen lassen muss) dazu geführt hat, dass der Anbieterin der Vertrag und der damit verbundene Gewinn entgangen sind.