Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4355/2024
stm/buy/bni

Zwischenentscheid vom 9. September 2024

Besetzung

Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Lydia Patrizia Buchser.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Aebersold,
Morandi Schnider Rechtsanwälte und Notare,
Westringstrasse 3, 4500 Solothurn,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Filiale Thun,
Strasseninfrastruktur, Projektmanagement,
Uttigenstrasse 54, 3600 Thun,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen –
Ausschluss- und Abbruchverfügung betreffend die Projekte N00.F2 MP-160071 – F2 Operative Sicherheit (opSi) 2017-2027 – Ausschreibung Erweiterung Schliesssystem GE1 (ID 9201; SIMAP-Meldungsnummer 1427995; Projekt-ID 277778) und
Ausschreibung Erweiterung Schliesssystem GE3 (ID 9202; SIMAP-Meldungsnummer 1427925; Projekt-ID 277753),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Am 28. März 2024 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) die als Bauaufträge bezeichneten Vergabeverfahren N00.F2 MP-160071 – F2 Operative Sicherheit (opSi) 2017-2027 – Ausschreibung Erweiterung Schliesssystem GE1 (ID 9201; SIMAP-Meldungsnummer 1427995; Projekt-ID 277778) und Ausschreibung Erweiterung Schliesssystem GE3 (ID 9202; SIMAP-Meldungsnummer 1427925; Projekt-ID 277753) in jeweils offenen Verfahren aus.

B.

B.a In Bezug auf das Projekt GE1 (ID 9201) gingen in der Folge zwei Angebote ein, darunter dasjenige der X._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

B.b Für das Projekt GE3 (ID 9202) ging einzig ein Angebot der Beschwerdeführerin ein.

C.

C.a In Bezug auf das Projekt GE1 (ID 9201) verfügte die Vergabestelle am 18. Juni 2024 den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren, da ihr Angebot die Kostenschätzung um mehr als 435 Prozent übersteige.

C.b Betreffend das Projekt GE3 (ID 9202) verfügte die Vergabestelle am 18. Juni 2024 den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren, da ihr Angebot die Kostenschätzung um mehr als 364 Prozent übersteige.

D.

D.a Am 19. Juni 2024 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP den Abbruch des Projekts GE1 (ID 9201) mit der Begründung, dass kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfülle und dass die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich übersteigen würden.

D.b Ebenfalls mit SIMAP-Publikation vom 19. Juni 2024 verkündete die Vergabestelle den Abbruch des Projekts GE3 (ID 9202) mit der Begründung, dass das eingereichte Angebot keine wirtschaftliche

Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich übersteigen würde.

D.c Für beide Projekte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) hielt die Vergabestelle in den Abbruchverfügungen vom 19. Juni 2024 fest, dass die Leistungen in einem späteren Zeitpunkt freihändig vergeben werden sollen.

E.

E.a Am 9. Juli 2024 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Ausschlussverfügung vom 18. Juni 2024 sowie die Abbruchverfügung vom 19. Juni 2024 mit nachfolgenden Rechtsbegehren betreffend Projekt GE1 (ID 9201):

"Anträge:

1. *Die Verfügung vom 19. Juni 2024 betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren «N00.F2 MP-160071 – F2 Operative Sicherheit (opSi) 2017-2027 – Ausschreibung Erweiterung Schliesssystem GE1 (ID 9201) sei aufzuheben.*

2. *Weiter sei festzustellen, dass die Verfügung vom 19. Juni 2024 betreffend den Abbruch des Vergabeverfahrens «N00.F2 MP-160071 – F2 Operative Sicherheit (opSi) 2017-2027 – Ausschreibung Erweiterung Schliesssystem GE1 (ID 9201)» rechtswidrig erfolgt ist.*

3. *Die Vergabestelle sei zu verurteilen, der Beschwerdeführerin infolge des zu Unrecht veranlassten Verfahrensabbruchs vollen Schadenersatz in Höhe von CHF 40'000.00 zu leisten.*

4. *Die Vergabestelle sei zudem anzuweisen, die Ausschreibung nach Ausfertigung einer seriösen Kostenschätzung im offenen Verfahren zu wiederholen.*

5. *Der vorliegenden Beschwerde sei, zunächst superprovisorisch und dann vorsorglich, die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei zu untersagen, den Gegenstand der vorliegenden Beschaffung gleich oder in abgeänderter Form auszuschreiben, zu vergeben oder diesbezüglich Verträge abzuschliessen oder auf andere Art ganz oder teilweise zu substituieren.*

6. *Es sei der Beschwerdeführerin umfassende Einsicht in die Akten, welche Grundlage der hier angefochtenen Verfügung bilden bzw. in deren Zusammenhang stehen, zu gewähren.*

7. *Der Beschwerdeführerin sei nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen.*

8. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin [recte: der Vergabestelle]."*

E.b Gleichermassen erhob die Beschwerdeführerin ebenfalls am 9. Juli 2024 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Ausschlussverfügung vom 18. Juni 2024 sowie die Abbruchverfügung vom 19. Juni 2024 betreffend Projekt GE3 (ID 9202), wobei sie betreffend Projekt GE3 (ID 9202) die gleichen Rechtsbegehren wie zu Projekt GE1 (ID 9201) stellte.

E.c Zur Begründung ihrer Beschwerden führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, sie sei zu Unrecht vom offenen Verfahren ausgeschlossen worden. Ihre Angebote in Bezug auf die beiden Projekte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) hätten alle Vorgaben der jeweiligen Ausschreibung berücksichtigt. Insbesondere habe sie für beide Projekte alle für das Los 1 ausgeschriebenen Leistungen offeriert und sich bei der Preisgestaltung an die Vorschriften der Vergabestelle gehalten. Dass sie dabei zu einem höheren Ergebnis gelangt sei als in der ihr vorgängig nicht bekannten Kostenschätzung der Vergabestelle, stelle keinen wesentlichen Formfehler dar. Andernfalls wäre dies im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als überspitzt formalistisch zu taxieren (Beschwerden Projekte GE1 [ID 9201] und GE3 [ID 9202], jeweils Rz. 16). Zudem habe die Vergabestelle die Kosten vorgängig nicht sorgfältig und seriös eingeschätzt, weshalb sich die Abbruchverfügungen in den beiden Projekten GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) als unzulässig erweisen würden (Beschwerde Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 20; Beschwerde Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 18 f.).

F.
Mit Zwischenverfügung vom 10. Juli 2024 erteilte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerden zu beiden Projekten GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) vorerst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und forderte die Vergabestelle auf, in beiden Beschwerdeverfahren eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin einzureichen.

G.

G.a Am 31. Juli 2024 reichte die Vergabestelle ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die

Projekte GE1 (ID 9201) sowie GE3 (ID 9202) mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

"1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

2. Es sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden.

3. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei mit dem Verfahren B-4367/2024 [resp. B-4355/2024] zu vereinigen.

4. Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen."

Zur Begründung führt die Vergabestelle im Wesentlichen aus, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf beide Projekte GE1 (ID 9201) sowie GE3 (ID 9202) jeweils ein ungewöhnlich hohes und irreführendes Angebot eingereicht habe, welches keine wirtschaftliche Beschaffung erlaube (Vernehmlassungen Projekt GE1 [ID 9201], Ziff. 4.3, Rz. 29 ff.; Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202]), Ziff. 4.3, Rz. 28 ff.). In der Folge habe sie die Angebote der Beschwerdeführerin vom jeweiligen Verfahren ausgeschlossen. Da im Projekt GE1 (ID 9201) auch das andere Angebot vom Verfahren ausgeschlossen wurde, resp. betreffend Projekt GE3 (ID 9202) kein weiteres Angebot eingegangen war, habe sie die beiden Verfahren abbrechen müssen. In einem solchen Fall müsse es ihr jedoch möglich sein, die nachgefragten Leistungen freihändig zu vergeben (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 55; Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 53).

G.b Ebenfalls mit Eingabe vom 31. Juli 2024 reichte die Vergabestelle in Bezug auf beide Projekte GE1 (ID 9201) sowie GE3 (ID 9202) jeweils die Vorakten sowie Vernehmlassungsbeilagen in ungeschwärzter Form für das Gericht sowie teilweise geschwärzt für die Zustellung an die Beschwerdeführerin ein.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 5. August 2024 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die beiden Verfahren zu den Teilprojekten GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) unter der Verfahrensnummer B-4355/2024. Der Beschwerdeführerin wurde eine Replikfrist angesetzt mit dem Hinweis, dass es ihr freistehe, sich dazu zu äussern, welche Folgen der Antrag auf Rechtswidrigkeitsfeststellung (im Unterschied zu einem Aufhebungsantrag) in Bezug auf den Entscheid über die aufschiebende Wirkung habe. Schliesslich

wurde die Vergabestelle mit Blick auf das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin aufgefordert, eine neue, gemäss den Erwägungen geschwärzte Fassung des Evaluationsberichts betreffend Projekt GE 1 (ID 9201) einzureichen.

I.
Mit Eingabe vom 7. August 2024 reichte die Vergabestelle eine neue, geschwärzte Fassung des Evaluationsberichts betreffend Projekt GE 1 (ID 9201) ein, weigerte sich jedoch weiterhin, die Gründe für den Ausschluss der Konkurrenzofferte offenzulegen.

J.
Mit Zwischenverfügung vom 9. August 2024 betreffend Akteneinsicht verfügte das Bundesverwaltungsgericht, dass der Beschwerdeführerin betreffend Projekt GE1 (ID 9201) Einsicht in die Zusammenfassung der Gründe für den Ausschluss der Konkurrenzofferte gewährt werden muss, und stellte der Beschwerdeführerin den entsprechend offengelegten Ausschnitt aus dem Evaluationsbericht betreffend Projekt GE1 (ID 9201) mit Verfügung vom 19. August 2024 zu.

K.
Am 20. August 2024 reichte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist ihre Replik zur aufschiebenden Wirkung (mit sämtlichen Beilagen für das Gericht sowie ausgewählten, teilweise geschwärzten Beilagen für die Vergabestelle) ein. Die Beschwerdeführerin hält an ihrem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung fest, insbesondere mit der Begründung, dass auf die von der Vergabestelle eingereichte Überprüfung ihrer Kosteneinschätzung sowie des Angebots der Beschwerdeführerin durch die Z._____ mangels Objektivität der Sachverständigen nicht abgestellt werden könne (Rz. 4) und sich die Preisanalyse aus verschiedenen dargelegten Gründen als fehlerhaft erweise (Rz. 7 ff.), weshalb die Beschwerde keinesfalls als aussichtslos angesehen werden könne.

L.
Mit Instruktionsverfügung vom 21. August 2024 wurde der Schriftenwechsel in Bezug auf die Frage der aufschiebenden Wirkung geschlossen.

M.
Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

2.

2.1 Gegen Verfügungen betreffend den Abbruch oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 52 Abs. 1 und 2 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 Bst. g und h des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 54 Abs. 2 BöB).

2.2 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich (Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 1.3 "Widerruf SBB"; B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II"; B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung", vgl. dazu auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen). Die Unterscheidung rechtfertigt sich dadurch, dass die Beschwerdeführerin nach einzelrichterlichen Entscheidungen über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung weiterhin in der Lage sein muss, den Zuschlag zu erhalten, auch wenn das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen werden sollte. Auch im vorliegenden Fall steht ein Vertragsschluss mit einer Konkurrentin nicht unmittelbar bevor.

2.3 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Angemessenheit einer Verfügung im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden.

3.

3.1 Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Der subjektive Geltungsbereich ist Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält. Die Ausnahmen zum Geltungsbereich sind in Art. 10 BöB geregelt.

3.2 Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden. Ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist indessen nur im Staatsvertragsbereich zulässig (Art. 52 Abs. 2 BöB). Demnach gilt im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz, wogegen für die neuen rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., [im Folgenden: Botschaft BöB], S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 2.2 "Widerruf SBB").

3.3 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG; SR 172.010]).

3.4 Die vorliegenden Beschaffungsprojekte GE1 (ID 9201) sowie GE3 (ID 9202) wurden als Bauaufträge i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. a BöB ausgeschrieben, die in den Staatsbereich fallen (vgl. jeweils Ziff. 1.8 f. der Ausschreibungen). Ein "Bauauftrag" fällt gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB in den Staatsvertragsbereich, soweit er von Annex 5 GPA 2012 bzw. Anhang 4 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird. Wie die Beschwerdeführerin berechtigterweise anmerkt, enthalten die ausgeschriebenen Projekte gemäss Lastenheft nebst diversen Bauleistungen, wie beispielsweise dem Verbauen der neuen Schliesssysteme, dem Anpassen bestehender Kabinen sowie dem Rückbau der alten Anlagen, auch zahlreiche Lieferungen (Managementsoftware für das Zutrittskontrollsystem, Offline- und Online-Komponenten) und Dienstleistungen (Schulung und Wartung) (vgl. Beschwerden Projekte GE 1 [ID 9201] und GE3 [ID 9202], Rz. 6 sowie

Beschwerdebeilage 5). Gemischte Aufträge setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft, wobei die Qualifikation des Gesamtgeschäfts der finanziell überwiegenden Leistung folgt (Art. 8 Abs. 3 BöB). Da sich die Vergabestelle nicht auf die Bagatellklausel für Bauwerke beruft, kann vorliegend die Auftragsqualifikation insofern offenbleiben, als dieser auch als Lieferung von elektronischem, elektromechanischem und elektrotechnischem Bedarf, bzw. von Schlössern, Schlüsseln und Scharnieren verstanden werden kann (Ziffer 2.5 der Ausschreibungen), wenn der für Lieferungen geltende Schwellenwert erreicht wird. Aufgrund der prima facie untergeordneten Natur der Dienstleistungen ist nicht weiter darauf einzugehen, ob ein entsprechender Dienstleistungsauftrag von Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst würde (vgl. dazu den Zwischenentscheid B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 2.4 "Widerruf SBB").

3.5 Der Schwellenwert für Beschaffungen von Lieferungen und Dienstleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 1 BöB beträgt unter neuem Recht Fr. 230'000.– (Ziff. 1.1 Anhang 4 zum BöB). Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle den ungefähren Auftragswert nach einer Korrektur neu mit Fr. 3'750'000.– in Bezug auf Projekt GE1 (ID 9201) bzw. neu auf Fr. 3'200'000.– für das Projekt GE3 (ID 9202) beziffert (vgl. Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 22 f. sowie Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 21 f.). Auch wenn die Berechnung der Kostenschätzung strittig ist (vgl. Beschwerden Projekte GE 1 [ID 9201] und GE3 [ID 9202], Rz. 6; Replik, Rz. 4) ist unbestritten, dass damit der Wert der beiden in Frage stehenden Aufträge über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen liegt (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 zum BöB). Die Vergabestelle geht im Übrigen ebenfalls davon aus, dass der vorliegende Auftrag (als Bauauftrag) in den Staatsvertragsbereich fällt und bestreitet dies auch in ihrer Vernehmlassung nicht.

3.6 Nach dem Gesagten liegt eine gemäss Art. 53 Abs. 1 BöB anfechtbare Verfügung vor und die in Frage stehende Vergabe fällt prima facie sowohl in den Anwendungsbereich des BöB als auch in den Staatsvertragsbereich. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

4.

4.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55

Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 54 Abs. 2 BöB).

4.2 Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zum aBöB können die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 3.2 "Widerruf SBB"; B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.2 "Weichenschleifmaschinen"; B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"; Zwischenentscheid des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"). In der Botschaft zum BöB (BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1981 f.) wird festgehalten, dass weder nach altem noch nach neuem Recht ein automatischer Suspensiveffekt vorgesehen ist, und im Übrigen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen.

4.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer

B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 3.3 "Widerruf SBB"; B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Service für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Vergabestelle wahrzunehmen hat. So wird in der Botschaft zum BöB namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1982; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB 1994/2001) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 – fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen "Vermessung Durchmesserlinie"; Zwischenentscheide des BVGer B-4959/2021 vom 18.Mai 2022 E. 3.2 "Weichenschleifmaschinen"; B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

5.

5.1 Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 5.1 "Tunnelfunkanlagen I" und B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen).

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens verbessert werden kann. Der Beschwerdeführer muss einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen (Urteil des BGer 1C_478/2020 vom 19. August 2021 E. 3.2; 1C_506/2020 vom 3. Dezember 2020 E. 2.1).

5.2

5.2.1 Vorliegend stellt die Beschwerdeführerin in der Hauptsache Anträge auf Aufhebung der Ausschlussverfügungen betreffend der Projekte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) und beantragt die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügungen mit der Forderung auf vollen Schadenersatz von je Fr. 40'000.– für beide Projekte. Zudem sei die Vergabestelle anzuweisen, die Ausschreibung nach Ausfertigung einer seriösen Kostenschätzung im offenen Verfahren zu wiederholen (Beschwerden zu Projekt GE 1 [ID 9201] und GE3 [ID 9202], jeweils Rz. 2).

5.2.2 Die Frage, ob der Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, betrifft die materielle Beurteilung (vgl. Urteil des BVGer B-4162/2022 vom 18. April

2023 E. 4.2 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 2.2.4 "Entsorgung Sonderabfälle und andere kontrollpflichtige Abfälle"). Im Rahmen der Beschwerdelegitimation ist praxisgemäss zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin bei Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance hätte, den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.6 ff. "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] E. 3.2 "Produkte zur Aussenreinigung I" und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2 "Datentransport BIT II").

5.2.3 In Bezug auf das Projekt GE1 (ID 9201) wurde die Beschwerdeführerin aufgrund überhöhter Kosten und deren einzige Mitbewerberin aufgrund ihres unvollständigen Angebots vom Vergabeverfahren ausgeschlossen (Publikation des Abbruchs Projekt GE1 [ID 9201], Beschwerdebeilage 2; Vorakten Projekt GE1 [ID 9201], Dossier 1, Evaluationsbericht S. 5 Ziff. 3.1.2). Mangels Angeboten brach die Vergabestelle das Vergabeverfahren schliesslich ab. Vor diesem Hintergrund ist der Beschwerdeführerin zu folgen, dass sie aufgrund des Ausschlusses ihrer Mitbewerberin nicht nur eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, sondern diesen erhalten hätte, wenn sie nicht selbst vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden wäre (Beschwerde betreffend Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 4).

5.2.4 Mangels Konkurrenzangebot ist die Beschwerdelegitimation in Bezug auf die Abbruchverfügung zu Projekt GE3 (ID 9202) noch eindeutiger. Wäre die Beschwerdeführerin nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und das Verfahren abgebrochen geworden, hätte sie als einzige Anbieterin den Zuschlag erhalten (vgl. Publikation des Abbruchs Projekt GE3 [ID 9202], Beschwerdebeilage 2).

5.2.5 Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer reellen Chance, den Auftrag zu erhalten, wohl legitimiert wäre, die Aufhebung der Abbruchverfügung zu verlangen. Im vorliegenden Zusammenhang nicht zu vertiefen ist die Frage, ob in der Hauptsache ein Rechtsbegehren betreffend Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügungen zulässig ist, obwohl ein Begehren möglich wäre, wonach die Abbruchverfügung aufzuheben ist. Sehr wohl interessiert im vorliegenden Zusammenhang indessen die Frage, ob ein blosses Feststellungsbegehren mit einem prozessualen Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung verbunden werden kann bzw. ob in dieser Konstellation ein schützenswertes Interesse an der Erteilung der aufschiebenden Wirkung besteht. Dasselbe gilt für die Frage, welche Bedeutung dem

Umstand beizumessen ist, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Ausschlussverfügung und eine Anweisung der Vergabestelle verlangt, die Ausschreibung nach Ausfertigung einer seriösen Kostenschätzung im offenen Verfahren zu wiederholen.

6.

6.1 Aus materieller Sicht ist unbestritten, dass die Vergabestelle das Vergabeverfahren gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. d BöB abbrechen kann, wenn die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten (Beschwerde Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 19, sowie Beschwerde Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 18; Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 30, sowie Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 29).

6.2 Hingegen beanstandet die Beschwerdeführerin, es sei sachlich und mit Blick auf die Tatbestände in Art. 44 BöB nicht gerechtfertigt, dass die Vergabestelle sie einzig aufgrund eines im Vergleich zur Kosteneinschätzung angeblich viel höheren Angebotspreises aus dem Submissionsverfahren ausgeschlossen habe (Beschwerde Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 16, sowie Beschwerde Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 16; Replik, Rz. 6). Zudem habe die Vergabestelle die Kosten vorgängig nicht sorgfältig und seriös eingeschätzt, weshalb sich die vorgenommenen Abbruchverfügungen als unzulässig erweisen würden (Beschwerde Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 20 sowie Beschwerde Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 19; Replik, Rz. 7 ff.). Insbesondere dürfe auf die von der Vergabestelle eingereichte Überprüfung ihrer Kosteneinschätzung sowie des Angebots der Beschwerdeführerin durch die Z._____ mangels Objektivität der Sachverständigen nicht abgestellt werden (Replik, Rz. 4).

6.3 Die Vergabestelle entgegnet, das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung sei infolge Aussichtslosigkeit in der Hauptsache abzuweisen (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 10 f. und 56 f., sowie Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 10 f. und 54 f.). Sie bestreitet, dass sie keine seriöse Kostenschätzung vorgenommen haben soll. Sie habe im Rahmen einer vertieften Preisanalyse der Angebote der Beschwerdeführerin zahlreiche Unstimmigkeiten festgestellt. Beispielsweise würden sich bei identischen Leistungen im Angebot der Beschwerdeführerin deutliche Preisunterschiede feststellen lassen in dem Sinne, dass Einheitspreise gleicher Komponenten teilweise über das Achtfache (Projekt GE1) resp. über das 40-fache (Projekt GE 3) voneinander abweichen und

insbesondere über der Kostenschätzung der Vergabestelle liegen würden (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 32 ff. mit Verweis auf Beilagen 5 und 6; Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 31 ff. mit Verweis auf Beilagen 5 und 6). Auch ein Vergleich mit den offerierten Preisen im bereits abgeschlossenen Werkvertrag vom (Datum) zwischen der Beschwerdeführerin und der ASTRA-Filiale […] zeige unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Projekte GE1 und GE3 nicht 1:1 mit dem betreffenden Projekt GE10 verglichen werden können, auf, dass gleiche oder ähnliche Komponenten zu unterschiedlichen Preisen angeboten wurden, wobei die Angebotspreise für die Projekte GE1 und GE3 teilweise deutlich höher ausgefallen seien als für das Projekt GE10 (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 37 f. und 47 ff.; Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 38 ff. und 44 ff.). In Bezug auf das Projekt GE 1 (ID 9201) nennt die Vergabestelle weitere Beispiele, in Bezug auf welche ihrer Ansicht nach unterschiedliche Preise für gleiche Positionen oder nicht nachvollziehbare Einheitspreise offeriert worden seien (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 40; Beilage 7; Dossier 1). Schliesslich habe die Beschwerdeführerin für Schulungen den Aufwand […] viel zu hoch und dementsprechend unrealistisch berechnet. Ebenfalls habe sie übermässige Wartungskosten einkalkuliert (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 37 f.; Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 42). Nach der Kritik der Beschwerdeführerin an ihrer Kostenschätzung habe sie zudem von einer auf elektronische Zutrittssysteme spezialisierten Unternehmung, welche nicht am Vergabeverfahren teilgenommen habe, einige Positionen aus der Ausschreibung betreffend Projekt GE1 (ID9201) offerieren lassen (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Dossier 8), wobei deutliche Preisunterschiede zwischen den teurer offerierten Preisen der Beschwerdeführerin gegenüber den Preisen der Konkurrentin sichtbar geworden seien (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 43 ff.). Schliesslich erwiesen sich die Beschwerden aufgrund der festgestellten Ungereimtheiten als offensichtlich unbegründet und seien deshalb vollumfänglich abzuweisen (Vernehmlassung Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 53; Vernehmlassung Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 51).

6.4 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Ausführungen der Vergabestelle. Betreffend Einheitspreise würden sich entgegen der Ansicht der Vergabestelle die Unterschiede sehr wohl mit der Ausschreibung erklären lassen, beispielsweise in Bezug auf die unterschiedlichen Einheitspreise bei den Schwenkhebelgriffen sei die Beschwerdeführerin aufgrund des von der Vergabestelle vorgegebenen Leistungsverzeichnisses gehalten gewesen, Schwenkhebelgriffe mit Montage sowie solche ohne Montage als

Ersatzmaterial anzubieten (Replik, Rz. 7). In Bezug auf den von der Vergabestelle herangezogenen Vergleich mit den offerierten Preisen im bereits abgeschlossenen Werkvertrag vom (Datum) zwischen der Beschwerdeführerin und der ASTRA-Filiale […] seien in der Berechnung die für die vorliegende Beschaffung notwendigen Elektroninstallationen nicht berücksichtigt worden (Replik, Rz. 8); zudem seien die Preise des Referenzprojekts nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht komplett, wobei die Verlegung der erforderlichen Kabel und Montageboxen vollständig vergessen gehe (Replik, Rz. 9). Weiter sei betreffend das Referenzprojekt im Kanton […] zu beachten, dass die dafür abgebildeten Preise aus dem Jahr […] stammen würden und aufgrund der teilweise sehr markant gestiegenen Materialpreise zwischenzeitlich veraltet seien (Replik, Rz. 10). Mit Blick auf den geltend gemachten Aufwand für Schulungen anerkennt die Beschwerdeführerin einen Additionsfehler, der dazu geführt habe, dass der geltend gemachte Aufwand viel zu hoch und unrealistisch ausgefallen sei. Sie stelle sich jedoch die Frage, weshalb die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin im Nachhinein einer aufwändigen Überprüfung unterzogen habe, ohne vorgängig das Gespräch mit ihr zu suchen (Replik, Rz. 11 f.). Weiter sei der Vergabestelle nicht zu folgen, wenn sie behaupte, die Mehrkosten für die ausgeschriebenen Schliesssysteme auch mit Blick auf die Wartungskosten in der Kostenschätzung antizipiert zu haben; den Stellungnahmen und Beilagen könne einzig entnommen werden, dass die von der Beschwerdeführerin eingesetzten Gesamtbeträge als viel zu hoch und unrealistisch angesehen würden (Replik, Rz. 13). Auch habe die Vergabestelle in ihrer Ausschreibung ein sogenanntes «Rundum Sorglos Paket» gefordert, wobei jegliche Risiken von den Verträgen abzudecken seien, weshalb die Beschwerdeführerin einen nicht optionalen Garantie-, Wartungs- und Serviceleistungsvertrag für eine Mindestdauer von drei Jahren sowie drei optionale Wartungsverträge angeboten habe, was realistisch und gerechtfertigt sei (Replik, Rz. 14 ff.). In Bezug auf die Präventivwartung habe die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Kontrolle, Prüfung, Soft- und Firmware Aktualisierung in der ganzen Gebietseinheit inkl. Kleinmaterial mit Zuschlag für Nacht, Wochenende und Feiertage gefordert. Die entsprechenden Preisangaben in der Offerte der Beschwerdeführerin seien realistisch, wenn berücksichtigt werde, dass die Wartungstätigkeiten vor Ort ausgeführt werden müssten mit einem Fahrweg von insgesamt ca. […] Kilometer (Replik, Rz. 17 f.). In Bezug auf die korrektive Wartung habe die Vergabestelle in der Ausschreibung eine Servicebereitschaft mit einer Reaktionszeit von der ersten Kontaktaufnahme bis zur Antwort des Unternehmers von einer Stunde und einer Interventionszeit vor Ort von 48 Stunden (inkl. Ersatzteile und Arbeit) gefordert, weshalb die

Beschwerdeführerin einen Materialvollersatz inkl. Anreise und Arbeit je nach Produkt und Ausfallrisiko fair berechnet habe (Replik, Rz. 19 f.). Schliesslich habe die Vergabestelle in den Ausschreibungen eine Servicebereitschaft mit einer Reaktionszeit innerhalb einer Stunde ab der ersten Kontaktaufnahme bis zur Antwort des Unternehmers gefordert und die Interventionszeit bei der ersten Software sei auf einen Zeitraum von 48 Stunden von der ersten Kontaktaufnahme bis zur Problemanalyse mit schnellstmöglicher Problembehebung (Best Efforts) festgelegt. Die Beschwerdeführerin habe die von ihr angebotenen Wartungsdienstleistungen für die Verwaltungssoftware anhand der jährlichen Releasewechsel sowie jährlichen Helpdesk Support Aufwendungen für die Störungsbehebungen berechnet, der Preis des Wartungsvertrags für Service Leistungen der Verwaltungssoftware fusse demnach auf realistischen Annahmen und sei gerechtfertigt (Replik, Rz. 21 f.).

6.5 Die materiellen Ausführungen der Parteien zeigen auf, dass die Vergabestelle im Sinne ihrer beispielreichen Ausführungen Unstimmigkeiten in den Angebotspreisen der Beschwerdeführerin erkennt, während die Beschwerdeführerin ihre Berechnungen plausibilisiert und die Angebotspreise als realistisch und gerechtfertigt betrachtet. Ob die Zweifel der Vergabestelle an der Preisberechnung der Beschwerdeführerin gerechtfertigt sind und den Ausschluss der Beschwerdeführerin sowie den Abbruch der Vergabe rechtfertigen, wird allenfalls im Rahmen der Beurteilung in der Hauptsache vertieft zu prüfen sein. Vorliegend kann jedoch gestützt auf die nachfolgenden prozessrechtlichen Erwägungen auf eine Hauptsachenprognose verzichtet werden.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin stellt in der Hauptsache Anträge auf Aufhebung der Ausschlussverfügungen betreffend der Projekte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202). Hingegen beantragt sie lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügungen sowie vollen Schadenersatz von je Fr. 40'000.– für beide Projekte. Ausserdem beantragt sie, die Vergabestelle sei anzuweisen, die Ausschreibung nach Ausfertigung einer seriösen Kostenschätzung im offenen Verfahren zu wiederholen. Es ist folglich zu klären, ob die Beschwerdeführerin trotz nicht gestelltem Antrag auf Aufhebung der Abbruchverfügungen dennoch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen kann.

7.2 Die Vergabestelle äussert sich in ihren Vernehmlassungen zur aufschiebenden Wirkung vom 31. Juli 2024 betreffend Projekte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202) nicht zu dieser Frage. Auch die Beschwerdeführerin äussert sich in ihrer Replik vom 20. August 2024 trotz entsprechendem Hinweis im Rahmen der Instruktion (vgl. Sachverhalt Bst. H) nicht zu diesem Aspekt.

7.3

7.3.1 Definitiv ist ein Abbruch, wenn auf das Beschaffungsprojekt endgültig verzichtet wird (Art. 43 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Urteil des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 7.3 "2TG Bauabwasserbehandlung II"). Gegen eine auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a BöB gestützte Abbruchverfügung wird ein Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wohl praktisch nie erfolgreich sein, da das Beschaffungsrecht die Vergabebehörde nicht zwingen kann, eine Beschaffung gegen ihren Willen durchzuführen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 795). Mit derselben Begründung fällt in dieser Konstellation auch die Aufhebung der Abbruchverfügung ausser Betracht mit der Folge, dass ein Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit zulässig ist (Entscheid BRK 2001-005 vom 16. November 2001, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.39, E. 3b).

7.3.2 Vorliegend verzichtete die Vergabestelle mit ihren Abbrüchen vom 19. Juni 2024 jedoch nicht endgültig auf die Beschaffungsgeschäfte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202). Vielmehr informierte sie in den beiden Publikationen der Abbrüche betreffend die Projekte GE1 (ID 9201) und GE3 (ID 9202), dass sie die Leistungen in einem späteren Zeitpunkt nach Art. 21 Abs. 2 Bst. a BöB freihändig zu vergeben gedenke (vgl. Publikation der Abbrüche von Projekt GE1 [ID 9201] und GE3 [ID 9202], Beschwerdebeilagen 2). Vorliegend handelt es sich demnach um provisorische Verfahrensabbrüche im Hinblick auf eine Neuauflage der Beschaffungsgeschäfte im freihändigen Vergabeverfahren (vgl. Urteil des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 7.3 "2TG Bauabwasserbehandlung II"). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Abbruch zwecks Neuauflage möglich, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (BGE 134 II 192 E. 2.3 "INSIEME"). Bringt die Vergabestelle für ihren Verfahrensabbruch keinerlei Gründe von Gewicht vor bzw. ist dieser somit grundlos oder entpuppt er sich als diskriminierende Massnahme gegen einen Bieter, so kann der Abbruch auf dem Beschwerdeweg aufgehoben und die Fortsetzung des laufenden Verfahrens erzwungen werden (Urteil des BVGer

B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 7.3 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 797 f.). Auch für das neue Recht gehen TRÜEB/CLAUSEN davon aus, dass (bei provisorischem Abbruch) das Vergabeverfahren fortgeführt wird, wenn sich ein Abbruch auf Beschwerde hin als vergaberechtswidrig erweist (HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Auflage, Zürich 2021). Die Frage, ob die provisorischen Abbrüche vorliegend aus sachlichen Gründen erfolgten, wird gegebenenfalls im Hauptverfahren zu klären sein.

7.3.3 In Bezug auf die aufschiebende Wirkung muss es in solchen Fällen von provisorischen Verfahrensabbrüchen mit Neuauflagen dem Beschwerdeführer grundsätzlich möglich sein, soweit die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind, die aufschiebende Wirkung zu erlangen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 795 in fine). Ob der Vergabestelle bei Gutheissung der Beschwerde gegen den Abbruchentscheid die Weiterführung des Verfahrens befohlen werden muss oder ob bloss Sekundärrechtsschutz zu gewähren ist, hängt davon ab, ob der öffentlichen Hand unter den Umständen des konkreten Falls ein Weiterführungsbefehl zugemutet werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 800). Die Beschwerdeführerin geht indessen davon aus, dass der ungerechtfertigte Abbruch durch das Bundesverwaltungsgericht nicht aufgehoben, sondern nur für rechtswidrig erklärt werden kann (Beschwerde Projekt GE1 [ID 9201], Rz. 21, und Beschwerde Projekt GE3 [ID 9202], Rz. 20). Tatsächlich gab es zum alten Recht Gerichtsentscheide, die von dieser Prämisse ausgegangen sind. Indessen hat beispielsweise das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau mit Urteil WBE.2022.283 vom 19. Januar 2023 (E. 4.2.1) seine Praxis nach Inkrafttreten des neuen Rechts geändert. Darauf ist im vorliegenden Zusammenhang indessen nicht näher einzugehen. Es genügt festzustellen, dass die Beschwerdeführerin ganz bewusst nur ein Feststellungsbegehren formuliert hat.

7.3.4 Mit ihren Rechtsbegehren legt die Beschwerdeführerin den Streitgegenstand fest, wobei der Streitgegenstand im Laufe des Verfahrens grundsätzlich nur noch eingeschränkt, aber nicht mehr ausgeweitet oder geändert werden kann (BGE 132 I 42 E. 3.3.4; FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 3. Auflage, Zürich 2023, Art. 53 N 1; RENÉ WIEDERKEHR/CHRISTIAN MEYER/ANNA BÖHME, VwVG-Kommentar, Zürich 2022, Art. 52 N 5).

Wenn eine Verfügung nur mit dem Begehren, es sei ihre Rechtswidrigkeit festzustellen, angefochten wird, ist diese genauso vollstreckbar wie nach Entzug der aufschiebenden Wirkung bei einem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung. In dieser Konstellation ist auch die formelle Rechtskraft nicht Voraussetzung der Vollstreckbarkeit (ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 664). Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demgegenüber namentlich darauf ausgerichtet, die Vollstreckung zu hemmen (vgl. etwa HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 55 VwVG).

Mangels Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der Abbruchverfügungen vom 19. Juni 2024 sind die beiden Verfügungen folglich jedenfalls vollstreckbar. Die Beurteilung der Rechtsbegehren um Feststellung der Rechtswidrigkeit und das Forderungsbegehren um Schadenersatz hat keinen Einfluss auf die Vollstreckbarkeit der Abbruchverfügungen, da die Gutheissung des Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der streitigen Abbrüche die Vollstreckung der Abbruchverfügungen nicht hindern kann.

7.4 An dieser Rechtslage ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin zusätzlich das Rechtsbegehren stellt, die Vergabestelle sei anzuweisen, die Ausschreibung nach Ausfertigung einer seriösen Kostenschätzung im offenen Verfahren zu wiederholen. Auch darin kann kein Antrag gesehen werden, gestützt auf die laufende Ausschreibung einen Zuschlag zu erteilen. Vielmehr will die Beschwerdeführerin damit verhindern, dass im Anschluss an den in der Hauptsache zu beurteilenden Abbruch des offenen Verfahrens eine freihändige Vergabe erfolgt. Damit geht es gerade nicht um die Weiterführung des abgebrochenen Verfahrens. Durch einen Zuschlag im freihändigen Verfahren wird im Übrigen ein neues Anfechtungsobjekt nach Art. 53 BöB geschaffen.

7.5 Schliesslich stellt sich die Frage, ob das in beiden vereinigten Beschwerdeverfahren gestellte Rechtsbegehren, es sei der Ausschluss der Beschwerdeführerin aufzuheben, an der festgestellten Rechtslage etwas ändert, indem das prozessuale Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung an dieses Hauptbegehren geknüpft werden könnte. Hierzu ist zunächst sachverhaltlich festzuhalten, dass im Verfahren ID 9201 eine zweite Anbieterin wegen unvollständigem Angebot

ausgeschlossen worden ist (vgl. E. 5.2.3 hiervor). Dies ist der Beschwerdeführerin gestützt auf die Akteneinsichtsverfügung vom 9. August 2024 offengelegt worden. Damit war in beiden Beschaffungsverfahren nur noch zu prüfen, was mit dem einzig verbleibenden Angebot der Beschwerdeführerin geschehen soll. Die Vergabestelle hat in beiden Verfahren zuerst mit separatem Schreiben den Ausschluss mitgeteilt und in diesem Rahmen auf die Rechtsmittelbelehrung gemäss Publikation des Abbruchs verwiesen. In beiden Fällen wurde der Ausschluss nicht separat publiziert. Tatsächlich wäre in dieser Situation prima facie auch kein Ausschluss erforderlich gewesen. Es verhält sich hier bei nur einer verbleibenden Anbieterin anders als nach Erteilung des Zuschlags, wo die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen einem Abbruch nicht logisch ein Widerruf vorausgehen sollte, durchaus gehaltvoll ist. Folgerichtig beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle keinen einschlägigen Ausschlussgrund benennen kann (Beschwerde Projekt GE1 [ID 2901], Rz. 14 ff., bzw. Beschwerde Projekt GE3 [ID 2902], Rz. 13 ff.). Unter diesen Umständen kann aber das gegen den Ausschluss gerichtete Aufhebungsbegehren nicht die Wirkung haben, dass dadurch das klare Konzept des blossen Rechtswidrigkeitsfeststellungsbegehrens in Bezug auf den Abbruch eine andere Qualität erhält.

7.6 Zusammenfassend ist das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Da auch eine Gutheissung des Beschwerdebegehrens lautend auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der beiden Abbrüche nichts an der Vollstreckbarkeit der Abbruchverfügungen ändern würde, kann mit einem derartigen Hauptbegehren auch kein die Vollstreckung hemmendes Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kombiniert werden.

8.

8.1 Betreffend das Rechtsbegehren um Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mit Verfügungen vom 5. August 2024 die Vorakten und Vernehmlassungsbeilagen in einer teilweise abgedeckten Version zugestellt wurden, wobei die Einsicht in den Evaluationsbericht betreffend Projekt GE1 (ID 9201) mit Verfügung vom 8. August 2024 und Verfügungen vom 9. August 2024 sowie 19. August 2024 punktuell erweitert wurde. In ihrer Replik vom 20. August 2024 führt die Beschwerdeführerin diesbezüglich aus, die Einsicht in die ausgeschlossene Konkurrenzofferte, resp. die damit zusammenhängenden Akten der Vergabestelle sei für sie insofern von Relevanz, als dass der Ausschluss höchstwahrscheinlich mit

dem tiefen Angebotspreis, den die Konkurrentin abgegeben habe, zusammenhängen könnte. Folglich könnten in der Konkurrenzofferte und dem erfolgten Ausschluss der Vergabestelle Hinweise darauf enthalten sein, dass der Vergabestelle die Fehlerhaftigkeit ihrer Kosteneinschätzung bereits vorher bekannt gewesen sei und im tatsächlichen Ausmass bereits früher hätte bekannt sein müssen. Soweit der Ausschluss der Konkurrentin mit dem tiefen Angebotspreis zusammenhänge, sei ihr Einsicht in die Unterlagen zu gewähren (Replik, Rz. 3).

8.2 Nachdem sich der vorliegende Zwischenentscheid nicht auf eine materielle Beurteilung, sondern auf prozessrechtliche Überlegungen stützt, ist die Beschwerdeführerin aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheids zu machen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 14 "Tunnelfunkanlagen I"). Damit ist das Akteneinsichtsbegehren einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Allerdings bleiben weitere instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht in der Hauptsache vorbehalten.

9.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die das Hauptverfahren betreffenden weiteren Instruktionen erfolgen mit separater Verfügung.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Anträge der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung werden abgewiesen, soweit auf diese eingetreten werden kann.

2.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

3.
Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

4.
Diese Verfügung geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Lydia Patrizia Buchser

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG), soweit er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. September 2024