

Privilegierte Anwaltskorrespondenz

Memorandum

An: **armasuisse**
Dr. Bernhard Knechtenhofer

Von: Lenz & Staehelin
Dr. Astrid Waser, Dominique Müller, Patrick Sattler

Re: Ersatz Integriertes Militärisches Fernmeldesystem (Ersa IMFS)

Zürich, 26. März 2021
M2.7761823_1 / WASEA / MULLD / SATTP

Vergaberechtliche Beurteilung der Handlungsoptionen für den weiteren Verlauf der Beschaffung

1. Executive Summary

Aufgrund der Erkenntnisse aus dem Entwurf Evaluationsbericht der armasuisse und den uns vorliegenden Informationen ergeben sich verschiedene Handlungsoptionen, um das Ausschreibungsverfahren Ersa IMFS weiterzuführen bzw. abzuschliessen:

- Weiterführung des laufenden Ausschreibungsverfahrens zum Zweck des Risikoabbaus mit beiden Shortlist-Anbieterinnen;
- Weiterführung des laufenden Ausschreibungsverfahrens zum Zweck des Risikoabbaus mit einer Shortlist-Anbieterin;
- Zuschlag basierend auf der provisorischen Evaluation; oder
- Abbruch des laufenden Ausschreibungsverfahrens Ersa IMFS und Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nach dem revidierten Beschaffungsrecht.

Aus vergaberechtlicher Sicht sind die mit diesen vier Handlungsoptionen verbundenen Risiken unterschiedlich zu bewerten:

- Die **Weiterführung des Ausschreibungsverfahrens** zum Zweck der weiteren Präzisierung und zum Abbau der Risiken **mit beiden Shortlist-Anbieterinnen** scheint vergaberechtlich sachgerecht, vorausgesetzt die erforderlichen Präzisierungen führen nicht zu einer Änderung der Ausschreibung in wesentlichen Punkten, die Gleichbehandlung der Shortlist-Anbieterinnen wird gewährleistet sowie das Transparenzgebot beachtet. Nach erfolgreicher Präzisierungsphase und einer definitiven Evaluation kann der Zuschlag erteilt werden. Ergibt sich nach der Präzisierungsphase, dass eine Realisierung des Beschaffungsziels mit keiner der Shortlist-Anbieterinnen möglich ist, so könnte das Verfahren immer noch abgebrochen werden. Aufgrund der durch eine Weiterführung des Ausschreibungsverfahrens bedingten Verzögerung des Beschaffungsprozesses oder wegen Vorwürfen der Shortlist-Anbieterinnen betreffend angeblich unzulässige Änderung der Anforderungen können sich zwar politische und mediale Risiken ergeben. Diese erscheinen uns jedoch im Vergleich zu den anderen Handlungsoptionen als geringer, auch weil die Shortlist-Anbieterinnen aufgrund des potenziell nach wie vor möglichen Zuschlags erheblich geringere Anreize hätten, dies politisch oder medial auszuschlachten, als wenn das Verfahren durch Zuschlag oder Abbruch abgeschlossen würde.
- Eine **Weiterführung des Ausschreibungsverfahrens** zum Zweck der weiteren Präzisierung und zum Abbau der Risiken **mit nur einer Shortlist-Anbieterin** – beispielsweise mit derjenigen Anbieterin, welche gemäss Entwurf Evaluationsbericht die bessere Bewertung erzielt hat – erscheint zwar denkbar, liesse sich jedoch unseres Erachtens vergaberechtlich kaum rechtfertigen. Dies insbesondere in Anbetracht des im Vergaberecht gewichtigen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Da ein solches Vorgehen zudem kaum ohne Information oder Kenntnisnahme durch die andere Anbieterin möglich wäre, würde es zudem wohl beträchtliche politische und mediale Risiken mit sich bringen und könnte im Hinblick auf zukünftige Beschaffungen die internationale Reputation von armasuisse als Beschaffungsbehörde beeinträchtigen. Diese Risiken werden durch politische Bestrebungen, Anbieter mit Sitz in der Schweiz bei Beschaffung von kritischen Informations- und Kommunikationstechnologien zu bevorzugen, unseres Erachtens nicht aufgewogen.
- Eine derzeitige **Zuschlagserteilung** an eine der Shortlist-Anbieterinnen erscheint uns grundsätzlich möglich. Stellt man einzig auf die festgelegten Zuschlagskriterien und das Bewertungsergebnis gemäss Entwurf Evaluationsbericht ab, erschiene der Zuschlag an die RUAG naheliegend, da RUAG derzeit sowohl in Bezug auf den Preis als auch in Bezug auf die Zuschlags- und Bewertungskriterien die besseren Resultate erzielte als Elbit. Ein Zuschlag an die RUAG erscheint uns daher rein formal möglich. Gemäss Entwurf Evaluationsbericht ist ein Zuschlag an RUAG jedoch mit bedeutenden Risiken verbunden: Das Lösungskonzept der RUAG weist gemäss Entwurf Evaluationsbericht kritische Schwächen und Risiken auf, aufgrund derer unsicher ist, ob das Beschaffungsziel mit dem bisher vorgeschlagenen Lösungskonzept überhaupt im vorgesehenen zeitlichen und finanziellen Rahmen realisiert werden könnte. Dasselbe gilt grundsätzlich auch in Bezug auf das Angebot von Elbit, auch wenn die Realisierungsrisiken aufgrund des Entwurfs Evaluationsbericht hier geringer scheinen. Vor

diesem Hintergrund ist es fraglich, welche Shortlist-Anbieterin aktuell tatsächlich das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat und ob ein Zuschlag vergaberechtskonform wäre. Wenn eine frist-, kosten- und zielgerechte Auftragserfüllung aufgrund der derzeit bei beiden Shortlist-Anbieterinnen identifizierten Schwächen und Risiken in Zukunft nicht möglich sein wird, bestehen bei einem Zuschlag darüber hinaus erhebliche politische und mediale Risiken, insbesondere auch vor dem Hintergrund anderer derzeit in der Öffentlichkeit stark kritisierter oder unter genauer Beobachtung stehender Beschaffungsprojekte (ADS 15, Mörser 16, Air2030).

- Ein **Abbruch des Ausschreibungsverfahrens** mit einer anschliessenden Neuauflage unter dem revidierten Beschaffungsrecht ist nach unserer Beurteilung nicht zwingend erforderlich, könnte vorliegend aber mit sachlichen Gründen gerechtfertigt werden, da gemäss Entwurf Evaluationsbericht die Angebote beider Shortlist-Anbieterinnen konkrete Schwächen und technische Risiken in wesentlichen Schlüsselbereichen aufweisen und keine Lösung aktuell gesamtheitlich zu überzeugen vermag. Vor einem Abbruch müsste unseres Erachtens jedoch im Sinne des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes geprüft werden, inwiefern der Nutzen eines Abbruchs dessen Kosten und zeitlichen Folgen (insbesondere Nichteinhaltung des in der Armeebotschaft kommunizierten Zeitplans, Implikationen für die Fähigkeiten der Armee und Koordination mit anderen Beschaffungsprojekten) aufzuwiegen vermag. In Politik und Medien könnte ein Abbruch des Ausschreibungsverfahrens unseres Erachtens für erhebliche Unruhe sorgen und insbesondere vor dem Hintergrund der erwähnten anderen publizitätsträchtigen Beschaffungsprojekte als Ausdruck von organisatorischen Problemen oder mangelnden Fähigkeiten der Vergabestelle gewertet werden. Die erwähnten politischen Bestrebungen, Anbieter mit Sitz in der Schweiz bei Beschaffung von kritischen Informations- und Kommunikationstechnologien zu bevorzugen, könnten indes nach einem Abbruch allenfalls bei der Wahl des Vergabeverfahrens unter dem neuem Recht berücksichtigt werden.

In Abwägung der aufgezeigten vergaberechtlichen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der möglichen politischen und medialen Implikationen erachten wir Stand heute aufgrund der uns vorliegenden Informationen die **Weiterführung des Verfahrens mit beiden Shortlist-Anbieterinnen** als bevorzugte Handlungsoption.

Das Risiko, dass ein Zuschlag oder Abbruch mit einem ordentlichen **Rechtsmittel** angefochten werden könnte, erachten wir als sehr gering, da Verfügungen, die im Rahmen einer "übrigen Beschaffung" im Sinne des 3. Kapitels der aVöB erlassen werden, grundsätzlich nicht mit Beschwerde angefochten werden können.¹ Möglich wären hingegen Rechtsbehelfe wie beispielsweise eine Aufsichtsbe-

¹ Art. 39 i.V.m. Art. 32 lit. b aVöB i.V.m. Art. 2 Abs. 3 aBöB; siehe auch BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012 (zit. Geltungsanspruch), S. 1383; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013 (zit. Praxis), S. 590 f.; Komm. VwVG-MÜLLER, Art. 5 N 69; Prax-Komm. VwVG-

schwerde gegen armasuisse, welche jedoch keinen Anspruch auf Behandlung verleihen, sondern lediglich dazu dienen, die zuständige Aufsichtsbehörde auf die entsprechenden Verhaltensweisen der Vergabestelle aufmerksam zu machen. Der Entscheid über die Einleitung konkreter Schritte zur aufsichtsrechtlichen Prüfung des Vergabeverfahrens läge bei der jeweiligen Aufsichtsbehörde.

Die **Kommunikation** des Entscheids der Vergabestelle über das weitere Vorgehen sollte unseres Erachtens in den Fällen eines Zuschlags oder Abbruchs des Verfahrens entsprechend den Standards der Vergabestelle erfolgen. Bei einer Weiterführung des Verfahrens mit beiden Shortlist-Anbieterinnen würden wir empfehlen, diese mit einem Schreiben gleichzeitig darüber zu informieren, dass

- zum Zwecke der Zielerreichung weitere Präzisierungen und Konkretisierungen der Ausschreibung erforderlich sind;
- in welchem Zeitrahmen armasuisse diese Präzisierungen und Konkretisierungen erarbeiten und kommunizieren wird (sofern dies nicht gleichzeitig mit dem Schreiben erfolgt); und
- bis wann die beiden Shortlist-Anbieterinnen ihre Angebote entsprechend anzupassen haben.

Auf die weiteren, in diesem Memorandum diskutierten Handlungsoptionen, welche der Vergabestelle zur Verfügung gestanden hätten, sollte unseres Erachtens jedoch im Schreiben an die Shortlist-Anbieterinnen nicht eingegangen werden.

2. Ausgangslage und Fragestellung

Viele Telekommunikationssysteme der Schweizer Armee, darunter das integrierte militärische Fernmeldesystem ("**IMFS**"), stossen an ihr Nutzungsende und werden deshalb im Rahmen des Projekts Telekommunikation der Armee ("**TK A**") ersetzt. Für den Ersatz des IMFS ("**Ersa IMFS**"), welches Teil des Beschaffungsschritts 3 von TK A ist,² wurde durch armasuisse im Jahr 2017 eine Ausschreibung gestartet. Die Publikation dieser Ausschreibung auf Simap³ erfolgte am 6. Februar 2019.

HÄNER, Art. 25a N 56; Komm. VwVG-WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, Art. 25a N 33; Ein Teil der Lehre erachtet es als fraglich, ob der Ausschluss des Rechtsmittelweges vor Art. 29a BV standhält (KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, S. 652; BVGer B-913/2012, E. 6.; vgl. auch Rüstungsbeschaffung im VBS, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 18. Oktober 2007, S. 23 und Fn. 24). So könne Art. 25a VwVG als Ausgangspunkt dienen, um die Einhaltung verfassungsmässiger Rechte im Rahmen von nicht aBöB-unterstellten Beschaffungen einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu machen, weil verfassungsmässige Rechte – wie insbesondere der Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 8 BV – unabhängig vom Beschaffungsrecht bestünden. Jedoch können keine Mängel gerügt werden, welche sich aus der Verletzung beschaffungsrechtlicher Vorgaben ergeben.

² Entwurf Evaluationsbericht, S. 8.

³ Projekt-ID 1733833 bzw. Meldungsnummer 1028221 ("**Simap-Meldung**").

Das Projekt Ersa IMFS stellt die Vernetzung aller relevanten Sensoren, Effektoren, Entscheidungsträger und unterstellten Verbände im Gesamtsystem der Schweizer Armee sicher.⁴ Zudem soll es die Forderungen nach mehr Kommunikationskapazität bei erhöhter Mobilität unter Berücksichtigung des zunehmenden Drucks auf die zur Verfügung stehenden finanziellen und personellen Ressourcen mittels einer **innovativen und integralen Lösung** umsetzen.

Aufgrund der Erfahrungen mit anderen komplexen IT-Beschaffungen hat armasuisse den Beschaffungsgegenstand anstelle von technischen Detailspezifikationen über die **Funktionalität des Gesamtsystems** ausgeschrieben. armasuisse hat entsprechend als Beschaffungsverfahren die **funktionale Ausschreibung** im Rahmen eines zweistufigen selektiven Verfahrens gemäss dem 3. Kapitel der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 ("**aVöB**") gewählt.⁵ Das Ziel dieses Prozesses ist eine Firmenwahl, d.h. die Wahl derjenigen Anbieterin, welche über die besten Fähigkeiten zur Zielrealisierung verfügt.

Die Ausschreibung Ersa IMFS sah zwei Stufen vor – die 1. Stufe Antrag zur Teilnahme / Longlist sowie die 2. Stufe Erprobung / Einladung zur Angebotsabgabe.⁶ Am Ende der 1. Stufe haben sich zwei Anbieterinnen⁷, namentlich Elbit Systems, Netanya (Israel) ("**Elbit**"), und die RUAG Schweiz AG, Bern ("**RUAG**"), für die 2. Stufe (nachfolgend "**Erprobungsphase**") qualifiziert.⁸

In der aktuell laufenden Erprobungsphase prüft armasuisse die grundlegenden technischen Funktionalitäten der anbieterspezifischen Lösungskonzepte anhand eines "Proof of Concept" auf Umsetzbarkeit innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit und Leistungsfähigkeit. Dazu wird der Erfüllungs- und Umsetzungsgrad der technischen Anforderungen beurteilt. Der Erfüllungsgrad der Anforderungen stellt dabei kein Ausschlusskriterium dar, sondern dient lediglich der Bewertung der Lösung auf Grundlage der Bewertungskriterien.⁹

Im Dezember 2020 nahm armasuisse eine provisorische Evaluation der Angebote und eine Einschätzung für das weitere Vorgehen vor ("**Entwurf Evaluationsbericht**").¹⁰ Die Bewertung der Angebote

⁴ Entwurf Evaluationsbericht, S. 7.

⁵ Entwurf Evaluationsbericht, S. 12; Zur funktionalen Ausschreibung vgl. FETZ, Die funktionale Ausschreibung, Aktivierung des Bieter-Knowhows, 2010 (zit. Funktionale Ausschreibung), S. 102; LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, 2009 (zit. Offertverhandlungen), § 5 Rz. 340; vgl. Art. 16a Abs. 2 aVöB. Am 1. Januar 2021 trat das revidierte Beschaffungsrecht in Kraft. Da das vorliegende Vergabeverfahren vor Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts eingeleitet wurde, sind gemäss den Übergangsbestimmungen des revidierten Beschaffungsrechts noch die altrechtlichen Bestimmungen ("**aBöB**") anwendbar (vgl. Art. 62 des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1).

⁶ Entwurf Evaluationsbericht, S. 12.

⁷ Diese werden nachfolgend als "**Shortlist-Anbieterin**" resp. "**Shortlist-Anbieterinnen**" bezeichnet.

⁸ Entwurf Evaluationsbericht, S. 13.

⁹ Annex 1 zu Pflichtenheft 3 (RFQ) vom 28. August 2020, Technische Anforderungen, S. 7.

¹⁰ Entwurf Evaluationsbericht, S. 7.

der Shortlist-Anbieterinnen erfolgte dabei anhand der in den Ausschreibungsunterlagen definierten Bewertungskriterien.¹¹

Im Rahmen der provisorischen Evaluation wurden die Angebote der Shortlist-Anbieterinnen einer eingehenden technischen Analyse unterzogen.¹² Diese identifiziert die Kernfunktionalitäten, Leistungsmerkmale und weitere Vorgaben, deren Fehlen bzw. Nichteinhaltung die Ziellösung nicht einsatzfähig machen oder zum Scheitern der Truppen-/Verbundversuche führen würde.¹³ Diesbezüglich kommt der Entwurf Evaluationsbericht insgesamt zum Schluss, dass bei den Angeboten beider Shortlist-Anbieterinnen konkrete Schwächen und Risiken in wesentlichen Schlüsselbereichen (insbesondere Entwicklung, Technik und Integration) bestehen und keine der Lösungen zum heutigen Zeitpunkt gesamtheitlich zu überzeugen vermag, um das Beschaffungsziel innerhalb des definierten Zeitrahmens zu erreichen.¹⁴

Das ursprüngliche Ziel der Evaluation bestand darin, am Ende der Erprobungsphase im Dezember 2020 einer Shortlist-Anbieterin den Zuschlag zu erteilen.¹⁵ Weiter war ursprünglich vorgesehen, nach der Zuschlagserteilung in die Realisierungsphase einzusteigen.¹⁶ Im Jahr 2021 sollte dabei die technische Lösung der Zuschlagsempfängerin spezifiziert, weiterentwickelt und zudem auch Prototypen gebaut werden.¹⁷ Diese Beschaffungsvorbereitungsphase innerhalb der Realisierungsphase sollte gestützt auf ein separates Vertragswerk erfolgen.¹⁸ Der Abschluss des eigentlichen Beschaffungsvertrages war für Ende 2021 geplant.¹⁹ Die Vertragsumsetzung sollte sodann bis Ende Juni 2026 erfolgen.²⁰

Vor dem Hintergrund der festgestellten Schwächen und Risiken der beiden Angebote hat uns armasuisse gebeten, nachfolgend aus vergaberechtlicher Sicht Handlungsoptionen, die armasuisse für den weiteren Verlauf der Ausschreibung Ersä IMFS zu Verfügung stehen, zu beurteilen und mögliche vergaberechtliche Risiken aufzuzeigen. Gleichzeitig sollen aus rechtlicher Sicht Hinweise zur Kommunikation mit den Shortlist-Anbieterinnen für die einzelnen Handlungsoptionen gegeben werden. Wir wurden zudem gebeten, mögliche politische und mediale Implikationen der verschiedenen vergaberechtlichen Handlungsoptionen zu erwähnen.

¹¹ Es handelt sich um die Kriterien Umsetzung, Umsetzungsfähigkeit, *Future Potential*, Zusammenarbeit, Kommerz; vgl. Entwurf Evaluationsbericht, S. 14.

¹² Entwurf Evaluationsbericht, S. 25.

¹³ Entwurf Evaluationsbericht, S. 25 f.

¹⁴ Entwurf Evaluationsbericht, S. 28 f.

¹⁵ Pflichtenheft 2, S. 7.

¹⁶ Pflichtenheft 3, S. 5.

¹⁷ Pflichtenheft 3, S. 5.

¹⁸ Pflichtenheft 3, S. 6.

¹⁹ Pflichtenheft 3, S. 6.

²⁰ Pflichtenheft 3, S. 6.

Die vorliegende rechtliche Beurteilung stützt sich auf den am 10. März 2021 erhaltenen Entwurf Evaluationsbericht und die darin enthaltenen Angaben und Beurteilungsergebnisse zu den Angeboten der Shortlist-Anbieterinnen. Die bisherigen Beschaffungsschritte und die vorgenommenen provisorischen Evaluationen haben wir weder vergaberechtlich noch technisch geprüft. Das Gleiche gilt für die verschiedenen, uns zum besseren Verständnis von Ersä IMFS überlassenen Unterlagen.²¹ Ebenfalls nicht Gegenstand der vorliegenden Beurteilung sind Verantwortlichkeits- oder Haftungsfragen im Zusammenhang mit dem Entscheid für eine der vergaberechtlichen Handlungsoptionen.

16

3. Vergaberechtliche Beurteilung der Handlungsoptionen

Angesichts der Erkenntnisse aus dem Entwurf Evaluationsbericht stellt sich die Frage, welche Handlungsoptionen für das weitere Vorgehen bei der Beschaffung für armasuisse derzeit bestehen und wie diese aus vergaberechtlicher Sicht zu beurteilen sind.

17

Dabei wird insbesondere geprüft, ob diese Handlungsoptionen den allgemeinen *vergabe-* aber auch *verfassungsrechtlichen Grundsätzen* entsprechen. Die Beurteilung erfolgt dabei immer mit Bezug auf den spezifischen Charakter der vorliegenden Ausschreibung. Diesbezüglich ist wie oben dargelegt von einer *funktionalen Ausschreibung* auszugehen.²²

18

Nachfolgend werden als erstes die Optionen zur Beendigung des laufenden Ausschreibungsverfahrens beurteilt (Ziffer 3.1), bevor auf die Handlungsoptionen für die Weiterführung des Verfahrens eingegangen wird (Ziffer 3.2).

19

3.1. Handlungsoptionen zur Beendigung des laufenden Ausschreibungsverfahrens

Grundsätzlich endet jedes Beschaffungsverfahren entweder mit der Erteilung des Zuschlags oder dem Abbruch und einer allfälligen Neuauflage des Beschaffungsprojekts.²³ Diese Handlungsoptionen werden nachstehend beurteilt.

20

3.1.1. Abbruch des Verfahrens

Eine Vergabestelle *kann* ein Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen abbrechen. Bei Vorliegen gewisser Umstände ist die Vergabestelle sogar *verpflichtet*, das Verfahren abzubrechen.

21

²¹ Folgende am 15. März 2021 erhaltenen Ausschreibungsunterlagen wurden nur cursorisch zum besseren Verständnis der Ausschreibung durchgesehen: (i) Pflichtenheft 1 (Antrag zur Teilnahme) [undatiert], (ii) Pflichtenheft 2 (Erprobung) [undatiert], (iii) Pflichtenheft 3 (RFQ) [undatiert], und (iv) Frage-Antwort-Katalog datiert auf den 15. März 2021.

²² Zur Qualifikation der Ausschreibung, siehe Rz. 3 oben.

²³ BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren (zit. Abbruch), 2005, S. 785.

Der Abbruch des Vergabeverfahrens ist in Art. 30 aVöB geregelt, welcher eine (nicht abschliessende) Liste von Abbruchgründen aufführt.²⁴ Grundsätzlich *kann* ein Verfahren jedoch auch immer dann abgebrochen werden, wenn *sachliche Gründe* bestehen und mit dem Abbruch *nicht die gezielte Diskriminierung* von Anbieterinnen beabsichtigt wird.²⁵ Dabei ist es vorab Sache der Vergabestelle, darüber zu befinden, ob sachliche Gründe vorliegen,²⁶ sodass ihr diesbezüglich ein grosses Ermessen zukommt.²⁷ Ein sachlicher Grund kann beispielsweise darin bestehen, dass das Beschaffungsverfahren nicht zu einem brauchbaren Ergebnis führt und damit keine bedarfsgerechte Beschaffung möglich ist.²⁸

22

Vorliegend kam der Entwurf Evaluationsbericht zum Schluss, dass die Angebote beider Shortlist-Anbieterinnen konkrete Schwächen und Risiken in wesentlichen Schlüsselbereichen aufweisen und keine Lösung gesamtheitlich zu überzeugen vermag. Mit einem Abbruch und anschliessender Neuausschreibung könnten die im Ausschreibungsverfahren gewonnen Erkenntnisse in Bezug auf die notwendigen Voraussetzungen des Ersä IMFS berücksichtigt und bei einer Neuausschreibung als konkrete Anforderungen vorgeschrieben werden. Sachliche Gründe für einen Abbruch könnten unseres Erachtens wohl entsprechend dargelegt werden. Allerdings wäre im Sinne des **vergaberechtlichen Wirtschaftslichkeitsgrundsatzes**²⁹, welcher namentlich die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel bezweckt,³⁰ auch zu berücksichtigen, inwiefern der Nutzen eines Abbruchs dessen Kosten und zeitlichen Folgen aufzuwiegen vermag. Eine allfällige Neuausschreibung wäre dem neuen Recht unterstellt.³¹

23

Zu prüfen ist sodann, ob vorliegend allenfalls zwingend ein Verfahrensabbruch zu erfolgen hätte. Eine Vergabestelle ist unter anderem dann verpflichtet, ein Verfahren abzubrechen und neu aufzulegen, wenn sie die laufende Ausschreibung in *wesentlichen Punkten zu ändern* beabsichtigt.³²

24

Wie erwähnt, handelt es sich vorliegend um eine funktionale Ausschreibung, bei welcher lediglich die Zielsetzung und damit der Rahmen für das Projekt Ersä IMFS vorgegeben wurde. Da gemäss Entwurf Evaluationsbericht beide Lösungen der Shortlist-Anbieterinnen Schwächen und Risiken aufweisen, bestünde die Möglichkeit, die Erprobungsphase zu verlängern und dabei insbesondere die Anforderungen an beide Lösungskonzepte zu präzisieren (zur Option der Weiterführung vgl. unten Ziff. 3.2). Wie uns von armasuisse mitgeteilt wurde, würde sich der Beschaffungsgegenstand bei einem solchen

25

²⁴ BEYELER, Abbruch, S. 789 Fn. 45; HK BöB-TRÜEB, Art. 43 Rz. 1.

²⁵ BGE 134 II 192, E. 2.3; BVGer 2C_639/2017, E. 1.4.7; BVGer B-6295/2017, E. 5.4.

²⁶ BGE 134 II 192, E. 2.3.

²⁷ BEYELER, Abbruch, S. 787; KGer LU Nr. 7H 19 46 vom 20. August 2019.

²⁸ BVGer B-6295/2017, E. 5.4 m.w.H.; KGer LU 7H Nr. 7H 19 46 vom 20. August 2019; BEYELER, Abbruch, S. 788 ff.

²⁹ Art. 1 Abs. 1 lit. c aBöB; BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts (zit. Ziele und Instrumente), 2008, Rz. 130 ff.; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004 (zit. Öffentliche Beschaffung), Rz. 210 ff.; BGE 143 II 425, E. 4.4.2.

³⁰ Urteil des BGer 2C_979/2018, E. 6.3.2.

³¹ Vgl. Art. 62 BöB.

³² GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, S. 352 ff.; BRK 14/04 E. 2b/bb m.w.H.

Vorgehen nicht ändern – das Ziel und die Funktionen der Ausschreibung blieben dieselben. Vor diesem Hintergrund bestehen unseres Erachtens keine Hinweise, dass für eine Weiterführung des Verfahrens eine wesentliche Projektänderung notwendig wäre, die zu einem zwingenden Abbruch des Vergabeverfahrens führen müsste.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass falls armasuisse das Verfahren abbrechen und neuauflagen wollte, unseres Erachtens sachliche Gründe dafür dargelegt werden könnten. Entsprechend *könnte* das Verfahren abgebrochen werden, zumindest dann, wenn der Nutzen eines Abbruchs die Kosten desselben überwiegen würde. Gründe für einen *zwingenden Abbruch* liegen unseres Erachtens hingegen nicht vor.

3.1.2. Zuschlagserteilung

Gemäss der ursprünglichen Planung hätte mit Abschluss der Erprobungsphase eine Firmenwahl getroffen und der Zuschlag an eine Shortlist-Anbieterin erteilt werden sollen.³³

Kommen mehrere Anbieter für den Zuschlag in Frage, so dass die Vergabestelle zwischen mehreren Angeboten auszuwählen hat, ist aufgrund des auf die vorliegende Ausschreibung anwendbaren Vergaberechts dem **wirtschaftlich günstigsten Angebot** der Zuschlag zu erteilen (Art. 21 Abs. 1 aBöB).³⁴ Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist jenes Angebot, das bei einer wirtschaftlichen Gesamtbewertung dem Auftraggeber die meisten Vorteile verspricht.³⁵

Den Shortlist-Anbieterinnen wurde anlässlich der Erprobungsphase keine zwingend einzuhaltenden Vorgaben gemacht; primär wurde das Ziel der Beschaffung umschrieben (siehe hierzu Rz. 3 ff. oben). Im Hinblick auf den Abschluss der Erprobungsphase wurden indes Kriterien etabliert und den Shortlist-Anbieterinnen kommuniziert, gestützt auf welche die Bewertung der Angebote erfolgen wird. Das Ergebnis des Assessments anhand dieser Bewertungskriterien³⁶, die Preisbewertung³⁷ und somit auch die Gesamtnote anhand einer Kosten-Nutzen-Analyse (Bewertungskriterien 75%; Preisbewertung 25%)³⁸ fiel dabei zugunsten der RUAG aus.

Stellt man vorliegend einzig auf die Bewertung im Entwurf Evaluationsbericht ab, so liesse sich der Standpunkt vertreten, die RUAG hätte das wirtschaftlich günstigere Angebot eingereicht. Der Entwurf Evaluationsbericht stellte neben Schwächen und Risiken auch fest, dass beide Shortlist-Anbieterinnen in den fünf Kategorien gemäss den Kriterien der Ausschreibung gute Ergebnisse erzielt haben und auf

³³ Entwurf Evaluationsbericht, S. 13; Pflichtenheft 3, S. 10.

³⁴ Art. 21 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 37 aVöB.

³⁵ GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, S. 21.

³⁶ Entwurf Evaluationsbericht, S. 21 f.

³⁷ Entwurf Evaluationsbericht, S. 23.

³⁸ Entwurf Evaluationsbericht, S. 23 ff.

dieser Basis grundsätzlich diejenige Shortlist-Anbieterin mit den besten Ergebnissen ausgewählt werden könnte. Gestützt auf die vorgenommene Bewertung wäre der Zuschlag an die RUAG zu erteilen. Gestützt auf die vorgenommene Bewertung und die den Anbietern kommunizierten Bewertungskriterien erreichte Elbit eine geringere Punktzahl, weshalb sich gestützt darauf ein Zuschlag an ELBIT nicht rechtfertigen liesse.

Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung ist der Zuschlag grundsätzlich dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Im Gegensatz zu Beschaffungen mit einem detailliert vorgeschriebenen Leistungsverzeichnis müssen die Anbieterinnen bei einer funktionalen Beschaffung allerdings **die beste Lösung** für ein von der Auftraggeberin **gestelltes Problem** präsentieren.³⁹ Bei einer funktionalen Beschaffung ist daher das wirtschaftlich günstigste Angebot gleichzeitig auch das **zweckmässigste**.⁴⁰ Diesbezüglich ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ein wesentliches Ziel des Beschaffungsrechts im **wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel** besteht.⁴¹ Im Weiteren ist festzuhalten, dass die im Vergaberecht einzuhaltenden Formalien einer im öffentlichen Interesse optimalen Durchführung von Beschaffungsgeschäften nicht im Wege stehen dürfen.⁴² Deshalb muss die Bindung der Vergabestelle an die einmal festgelegten Rahmenbedingungen Grenzen haben und es muss auch zulässig sein, gemäss einer im Laufe des Ausschreibungsverfahrens gewonnenen besseren Einsicht zu handeln.⁴³

Vorliegend wurden bei beiden Shortlist-Anbieterinnen unterschiedliche Schwächen und Risiken festgestellt, sodass der Entwurf Evaluationsbericht die Summe der fehlenden Kernfunktionalitäten, Leistungsmerkmale und weiteren Vorgaben als "**sehr kritisch**" einstuft. Die Risikomatrix und Analyse der Gesamtherausforderungen fiel dabei zu Ungunsten der RUAG aus.⁴⁴ Weiter wurde uns von armasuisse mitgeteilt, dass aktuell unklar sei, ob die Angebote beider Shortlist-Anbieterinnen dem entsprechen, was funktional ausgeschrieben wurde, mithin ob mit den aktuellen Lösungskonzepten das Ziel der Beschaffung innerhalb des Zeitrahmens überhaupt erreicht werden könne. Vor diesem Hintergrund erscheint derzeit einerseits fraglich, ob die RUAG im Hinblick auf die Verwirklichung des Beschaffungsziels tatsächlich das wirtschaftlich günstigere bzw. zweckmässigere Angebot eingereicht hat, und andererseits, ob das Beschaffungsziel von den beiden Shortlist-Anbieterinnen unter Berücksichtigung des zeitlichen und finanziellen Rahmens überhaupt erreicht werden kann. Insbesondere im Falle der Zuschlagserteilung läge das volle wirtschaftliche und politische Risiko der Nichterreichung des Zieles bei der Vergabestelle.

³⁹ FETZ, Funktionale Ausschreibung, Rz. 31.

⁴⁰ FETZ, Funktionale Ausschreibung, Rz. 31.

⁴¹ Art. 1 Abs. 1 lit. c aBöB; BEYELER, Ziele und Instrumente, Rz. 130 ff.; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 210 ff.; BGE 143 II 425, E. 4.4.2.

⁴² BRK 9/00; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, S. 384; LEUTHOLD, Offertverhandlungen, § 5 Rz. 365 ff.

⁴³ BRK 9/00; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, S. 384; LEUTHOLD, Offertverhandlungen, § 5 Rz. 365 ff.

⁴⁴ Entwurf Evaluationsbericht, S. 29 f.

Angesichts dieser in den erhaltenen Informationen und Unterlagen dokumentierten Feststellungen sowie vor dem Hintergrund der genannten vergaberechtlichen Grundsätze ist eine Zuschlagserteilung derzeit als sehr kritisch zu bewerten. Wenn der Zuschlag nicht wie ursprünglich vorgesehen nach der Erprobungsphase erteilt werden soll, sondern – aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse – erst nach einer Verlängerung dieser Phase, ist dies aus vergaberechtlicher Sicht hingegen weniger bedenklich (zur Option der Weiterführung vgl. gleich nachfolgend Ziff. 3.2).

33

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Zuschlagserteilung im jetzigen Zeitpunkt und aus einer eher formalistischen Perspektive gestützt auf die vorgenommene Bewertung zwar möglich wäre, vor dem Hintergrund vergaberechtlicher Grundprinzipien indes nicht als die zu bevorzugende Lösung erscheint.

34

3.2. Weiterführung des Verfahrens

Wird das Ausschreibungsverfahren weder abgebrochen noch mittels Zuschlag beendet, so ist es weiterzuführen. Da uns keine Anhaltspunkte vorliegen, die einen Ausschluss einer Shortlist-Anbieterin nahelegen,⁴⁵ wäre das Ausschreibungsverfahren grundsätzlich mit beiden Shortlist-Anbieterinnen fortzuführen.

35

Funktionalen Ausschreibungen ist inhärent, dass deren Leistungsbeschreibung offener gehalten ist und die zu erfüllende Aufgabe nicht genau spezifiziert ist.⁴⁶ Gelangt die Vergabestelle daher im Verlauf des Ausschreibungsverfahrens zu neuen Erkenntnissen und will sie deshalb ihre Anforderungen präzisieren, ist dies unter Einhaltung der Vergaberechtsprinzipien (insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz) im Rahmen von Bereinigungen, Frage-Antwort-Runden, Verhandlungen und dem Dialogverfahren möglich.⁴⁷ Dies zumindest solange als es sich bei den Präzisierungen nicht um eine wesentliche Änderung der Ausschreibung im oben erwähnten Sinne handelt, die einen Abbruch erfordern würde (vgl. dazu Rz. 22 f.).

36

Wie bereits festgehalten wurde, bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte für die Vornahme einer wesentlichen Änderung der Ausschreibung, die zu einem zwingenden Abbruch des Verfahrens führen müsste. Demnach könnte das Verfahren weitergeführt werden, um den Beschaffungsgegenstand weiter zu spezifizieren und dadurch die festgestellten Risiken abzubauen. Zu beurteilen ist nachstehend, ob nur eine der Shortlist-Anbieterinnen zur Verbesserung aufgefordert werden kann oder aber mit beiden Shortlist-Anbieterinnen gleichermassen fortzufahren ist.

37

⁴⁵ Der Ausschluss und mögliche Ausschlussgründe sind in Art. 11 aBöB geregelt. So kann eine Anbieterin etwa ausgeschlossen werden, wenn sie die Eignungskriterien nicht erfüllt.

⁴⁶ FETZ, Funktionale Ausschreibung, Rz. 27 f.

⁴⁷ BRK 9/00; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, S. 384; vgl. FETZ, Funktionale Ausschreibung, Rz. 28; LEUTHOLD, Offerverhandlungen, § 5 Rz. 337 ff.

3.2.1. Weiterführung des Verfahrens mit nur einer Shortlist-Anbieterin

Wird das Verfahren weitergeführt, aber nur eine der Shortlist-Anbieterinnen zur Präzisierung und Konkretisierung ihres Angebots aufgefordert, beispielsweise diejenige Anbieterin, die gemäss Entwurf Evaluationsbericht das bessere Ergebnis erzielte, so müsste diese Vorgehensweise insbesondere mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung⁴⁸, dem Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁹ sowie dem Grundsatz der Transparenz⁵⁰ vereinbar sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatzes wäre insbesondere dann massgebend tangiert, wenn sich eine Differenzierung eines an sich gleichen Sachverhalts nicht auf objektive Gründe stützen lässt.⁵¹

38

Stellt man vorliegend einzig auf die Bewertung im Entwurf Evaluationsbericht ab, so liesse sich argumentieren, die RUAG hätte das wirtschaftlich günstigere Angebot eingereicht, weshalb es sich rechtfertige, die noch bestehenden Schwächen und Risiken nur mit RUAG weiter abzubauen, bevor der Zuschlag erteilt wird. Das Angebot von Elbit vermag zwar auch Stärken aufzuweisen; die noch bestehenden Schwächen und Risiken einzig mit Elbit weiter abzubauen, stünde indes im Widerspruch zum Bewertungsergebnis und wäre dementsprechend schwieriger zu rechtfertigen.

39

Gemäss Entwurf Evaluationsbericht weisen die Angebote beider Shortlist-Anbieterinnen erhebliche Schwächen und Risiken auf, so dass fraglich erscheint, welches Angebot der Shortlist-Anbieterinnen im aktuellen Zeitpunkt tatsächlich das wirtschaftlich günstigere Angebot darstellt. Dementsprechend wäre es unseres Erachtens schwierig zu argumentieren, es lägen objektive Gründe vor, um den Risikoabbau nur mit einer der Shortlist-Anbieterinnen in Angriff zu nehmen, während die andere Shortlist-Anbieterin lediglich noch im Ausschreibungsverfahren gehalten wird. Allein die Tatsache, dass die RUAG in der Evaluation sowohl in Bezug auf den Preis als auch die Leistung eine bessere Bewertung erzielte, dürfte aufgrund der erstellten Schwächen und Risiken für eine Bevorzugung bzw. Ungleichbehandlung nicht ausreichen, da im vorliegenden funktionalen Vergabeverfahren just jene Anbieterin gefunden werden soll, welche über die besten Fähigkeiten zur zeitgerechten Zielrealisierung verfügt. Eine Bevorzugung einer Shortlist-Anbieterin liesse sich angesichts des im Vergaberecht gewichtigen Gleichbehandlungsgrundsatzes daher kaum legitimieren.

40

Im Weiteren wäre fraglich, wie sich diese Handlungsoption kommunikativ umsetzen liesse. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass beiden Shortlist-Anbieterinnen die Zuschlagserteilung für Ende 2020 in Aussicht gestellt wurde⁵², würde die Weiterführung des Verfahrens mit nur einer Shortlist-Anbieterin unter Beibehaltung der anderen im Verfahren auch den Grundsatz von Treu und Glauben und den Grundsatz der Transparenz tangieren.

41

⁴⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 2 aBöB; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 221 ff.

⁴⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 3 BV.

⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 lit. a aBöB.

⁵¹ Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 8 Rz. 30 ff.

⁵² Pflichtenheft 3, S. 10.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Beschaffungsverfahren zwar mit dem Zweck einer weiteren Präzisierung und Konkretisierung der Angebote weitergeführt werden kann, diesfalls aber insbesondere vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit beiden Shortlist-Anbieterinnen gleichermassen fortgeführt werden sollte.

42

3.2.2. Weiterführung des Verfahrens mit beiden Shortlist-Anbieterinnen

Wird das Verfahren im Sinne einer Präzisierung und Konkretisierung sowie letztlich mit dem Ziel der Abgabe ausgereifterer Angebote und deren Neubeurteilung mit beiden Shortlist-Anbieterinnen gleichermassen weiterführt, so ist dies aus vergaberechtlicher Sicht insbesondere im Rahmen von Bereinigungen, Frage-Antwort-Runden, Verhandlungen und dem Dialogverfahren denkbar, wobei auch hier der Gleichbehandlung⁵³ und dem Transparenzgebot Rechnung getragen werden muss. So sind etwa Präzisierungen und Erwartungen der Vergabestelle beiden Anbieterinnen gleichzeitig mitzuteilen und allfällige Fristen gleich lang anzusetzen.⁵⁴

43

Die Vergabestelle ist bei der Weiterführung des Verfahrens indes grundsätzlich an die Ausschreibung und die darin festgelegten Zuschlagskriterien gebunden. Wesentliche Änderungen der Zuschlagskriterien dürfen in einem laufenden Vergabeverfahren nicht erfolgen und müssten, wie erwähnt, zu einem zwingenden Abbruch des Verfahrens führen.

44

Gleichzeitig dürfen die im Vergaberecht einzuhaltenden Formalien einer optimalen Durchführung von Beschaffungsgeschäften wie erwähnt nicht im Wege stehen. Deshalb muss die Bindung der Vergabestelle an die einmal festgelegten Rahmenbedingungen eines Beschaffungsgeschäfts Grenzen haben. Es muss unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein, im Verfahren gewonnene Erkenntnisse in das Ausschreibungsverfahren einfließen zu lassen.⁵⁵ Sofern es sich nicht um eine wesentliche Änderung der Zuschlagskriterien handelt sowie die Vergabestelle für eine Anpassung der Vergabekriterien gute Gründe vorbringen kann und die Änderungen so rechtzeitig bekannt gibt, dass sie von beiden Anbieterinnen in ihrem Angebot berücksichtigt werden können, so sollte dies unseres Erachtens vergaberechtlich zulässig sein.

45

Der Entwurf Evaluationsbericht schlägt für das weitere Vorgehen u.a. die Möglichkeit des Risikoabbaus mit anschliessender Firmenwahl vor.⁵⁶ Dabei würde zum jetzigen Zeitpunkt keine Shortlist-Anbieterin gewählt, sondern die bestehenden Risiken bei den Shortlist-Anbieterinnen im Rahmen eines "Concurrent Dialogue"-Verfahrens reduziert. armasuisse würde in dessen Rahmen die Ausschreibung

46

⁵³ Vgl. Art. 1 Abs. 2 aBöB; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 221 ff.

⁵⁴ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1877.

⁵⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, S. 384.

⁵⁶ Entwurf Evaluationsbericht, S. 31.

dahingehend präzisieren und konkretisieren, dass die fehlenden Kernfunktionalitäten, Leistungsmerkmale und noch nicht eingehaltenen Vorgaben von beiden Shortlist-Anbieterinnen in den jeweiligen Lösungskonzepten adressiert werden können.

Im vorliegenden Fall ergeben sich aufgrund der uns vorliegenden Informationen keine Hinweise, dass diese geplante Präzisierung und Konkretisierung zu einer wesentlichen Projektänderung und damit zu einem zwingenden Abbruch führen würde. Unter der Annahme, dass die Gleichbehandlung der Shortlist-Anbieterinnen bei dieser Vorgehensweise gewährleistet ist und die Vergabestelle die Änderungen so rechtzeitig bekannt gibt, dass sie von den Shortlist-Anbieterinnen in ihrem Angebot berücksichtigt und umgesetzt werden können, erscheint diese Vorgehensweise aus vergaberechtlicher Sicht als weitgehend unbedenklich. Wie lange das Verfahren weitergeführt werden sollte, liegt unseres Erachtens im Ermessen der Vergabestelle; denkbar wäre insbesondere auch eine nur kurze Phase der Präzisierung, falls sich dadurch die Risiken und Schwächen abbauen lassen. Da bei dieser Vorgehensweise zudem der Wettbewerb aufrechterhalten und der Informationsaufwand minimiert werden würde, stünde sie auch im Einklang mit dem Grundsatz des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel und liesse sich zudem auf eine sachliche und damit willkürfreie Begründung stützen. Eine Shortlist-Anbieterin hätte basierend auf einer solchen Präzisierung und Konkretisierung jedoch grundsätzlich das Recht, kein weiteres Angebot einzureichen und sich nicht weiter am Ausschreibungsverfahren zu beteiligen.

47

Stellen die geplanten Präzisierungen für die Shortlist-Anbieterinnen oder zumindest für eine davon hingegen eine wesentliche Projektänderung dar, beispielsweise, weil die Präzisierungen zu einem erheblichen Anpassungsbedarf und massiven Mehrkosten führen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass das geplante Vorgehen von dieser Anbieterin kritisiert oder gar als vergaberechtswidrig dargestellt werden würde. Insofern enthält auch diese Handlungsoption gewisse vergaberechtliche Risiken.

48

Für die Kommunikation dieser Handlungsoption ist im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Transparenz zu empfehlen, die Shortlist-Anbieterinnen mit einem Schreiben gleichzeitig darüber zu informieren, dass zum Zwecke der Zielerreichung weitere Präzisierungen und Konkretisierungen der Ausschreibung erforderlich sind, in welchem Zeitrahmen armasuisse diese Präzisierungen und Konkretisierungen erarbeiten und kommunizieren wird (sofern dies nicht gleichzeitig mit dem Schreiben erfolgt) und bis wann die beiden Shortlist-Anbieterinnen ihre Angebote entsprechend anzupassen haben. Ausführungen, aus denen auf eine wesentliche Projektänderung geschlossen werden könnte, sind dabei zu vermeiden. Auf die weiteren, in diesem Memorandum diskutierten Handlungsoptionen, welche der Vergabestelle zur Verfügung gestanden hätten, sollte unseres Erachtens ebenfalls nicht eingegangen werden.

49

4. Überlegungen zu politischen und medialen Risiken der Handlungsoptionen

Auftragsgemäss haben wir vorstehend aus vergaberechtlicher Sicht vier Handlungsoptionen aufgezeigt und beurteilt, die armasuisse für den weiteren Verlauf der Ausschreibung Ersä IMFS zu Verfügung stehen. Da Rüstungsbeschaffungen indes erfahrungsgemäss immer auch politische und mediale Risiken bergen, wurden wir zusätzlich gebeten, uns im Anschluss an die vergaberechtliche Beurteilung aus unserer Sicht zu möglichen politischen und medialen Implikationen der vier Handlungsoptionen zu äussern.

50

Würde der **Zuschlag** an eine Shortlist-Anbieterin erteilt, wäre die politische und mediale Resonanz kurzfristig wohl geringer als bei einem Abbruch des Verfahrens. Durch die Zuschlagserteilung läge aber das wirtschaftliche und politische Risiko einer späteren Nichterreichung des Beschaffungszieles bei der Vergabestelle, mit entsprechenden politischen und medialen Implikationen: Sollte das Angebot der Zuschlagsempfängerin in Zukunft den zeitlichen und/oder finanziellen Rahmen sprengen, so würde dies –auch vor dem Hintergrund anderer in der Öffentlichkeit stark kritisierter oder unter genauer Beobachtung stehender Beschaffungsprojekte (ADS 15, Mörser 16, Air2030) – mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erheblicher (negativer) Aufmerksamkeit in Politik und Medien führen. Dabei würde wohl v.a. die Frage aufgeworfen werden, weshalb der Zuschlag trotz Kenntnis der Schwächen und Risiken bereits im jetzigen Zeitpunkt erfolgte.

51

Nach unserer Einschätzung könnte ein **Abbruch des laufenden Ausschreibungsverfahrens** in Politik und Medien für Unruhe sorgen. Insbesondere vor dem Hintergrund der erwähnten anderen Beschaffungsprojekte könnte ein solcher Abbruch als Ausdruck von organisatorischen Problemen oder mangelnden Fähigkeiten der Vergabestelle gewertet und entsprechend ausgeschlachtet werden. Allenfalls könnten entsprechende Risiken reduziert werden, wenn gleichzeitig mit dem Abbruch das weitere geplante Vorgehen kommuniziert würde.

52

Die **Weiterführung des laufenden Ausschreibungsverfahrens** zum Zweck des Risikoabbaus **mit nur einer Shortlist-Anbieterin** wäre kaum ohne Information oder Kenntnisnahme durch die andere Anbieterin möglich. Dementsprechend würde dieses Vorgehen wohl beträchtliche politische und mediale Risiken mit sich bringen und könnte im Hinblick auf zukünftige Beschaffungen die internationale Reputation von armasuisse als Beschaffungsbehörde beeinträchtigen. Diese Risiken werden unseres Erachtens auch durch derzeitige politische Bestrebungen, Anbieter mit Sitz in der Schweiz bei der Beschaffung von kritischen Informations- und Kommunikationstechnologien zu bevorzugen⁵⁷, nicht aufgewogen. Ein solches Anliegen wäre unseres Erachtens wenn schon zu Beginn bei der vergaberechtlichen Ausgestaltung eines Beschaffungsprojekts zu berücksichtigen.

53

⁵⁷ Vgl. Motion Glanzmann-Hunkeler (21.3354), "Beschaffungen von Informations- und Kommunikationstechnologien in der Schweiz zum Schutz der Bevölkerung".

Auch aus der **Weiterführung des Ausschreibungsverfahrens mit beiden Shortlist-Anbieterinnen** können sich politische und mediale Risiken ergeben. Dies insbesondere aufgrund der zu erwartenden zeitlichen Verzögerung und allenfalls auch der Verteuerung des Beschaffungsprozesses; auch könnte von Seiten der Anbieterinnen der Vorwurf angeblich unzulässiger Änderungen der Anforderungen auftauchen. Unseres Erachtens hätten die Shortlist-Anbieterinnen indes aufgrund des potenziell nach wie vor möglichen Zuschlags erheblich geringere Anreize, dies politisch oder medial auszuschlachten, als wenn das Verfahren durch Zuschlag oder Abbruch abgeschlossen werden würde. Dementsprechend erscheinen uns die politischen und medialen Risiken bei einer Weiterführung des Ausschreibungsverfahrens mit beiden Shortlist-Anbieterinnen im Vergleich zu den anderen Handlungsoptionen als geringer.

* * *