

# **BVGer B-1515/2020 vom 24. November 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1515\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1515_2020)

FR: TAF B-1515/2020 du 24 novembre 2020

IT: TAF B-1515/2020 del 24 novembre 2020

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit zum Entscheid über ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags in einem Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des BöB (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

### **E. 1.2**

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

#### **E. 1.2.1**

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die "Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs" den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 des Abkommens sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (Zwischenentscheide des BVGer B-587/2019 vom 3. April 2019 E. 2.2 und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 2.2, Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]), wobei an das Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014

E. 1.5 "Projektcontrollingsystem Alp Transit"; Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 1.3.1; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, Rz. 158). Vorliegend ist der Beschaffung der SwissPass-Karten, die in erster Linie der Kontrolle von beanspruchten Leistungen im öffentlichen Verkehr dienen, ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang mit dem Verkehrsbereich zuzuerkennen, weshalb die streitbetroffene Vergabe nicht vom Anwendungsbereich des BöB (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB) ausgenommen ist.

### **E. 1.2.2**

Die Vergabestelle schrieb die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsvertrag aus (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 21. August 2019). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dienstleistungen im Anwendungsbereich des Gesetzes [...]" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1228 m.w.H.). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle wies die Beschaffung der Gemeinschaftsvokabular-Referenznummer CPV 72260000 "Dienstleistungen in Verbindung mit Software" zu (vgl. Ziff. 2.5 der Ausschreibung vom 21. August 2019). Diese entspricht einer der CPCprov-Klassifikation Nr. 84 ("Informatik und verbundene Tätigkeiten") zuzuordnenden Dienstleistung, welche von dem Anhang I Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a (Ziff. 7) zur VöB erfasst wird. Die Beschaffung fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

### **E. 1.2.3**

Der Preis des berücksichtigten Angebots beträgt EUR 6'579'980.- (ohne MwSt.) (vgl. Zuschlagsverfügung vom 27. Februar 2020) und liegt damit deutlich über dem für Dienstleistungen (im Auftrag einer Auftraggeberin nach Art. 2 Abs. 2 BöB) geltenden Schwellenwert von Fr. 700'000.- (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 22. November 2017 für

die Jahre 2018 und 2019; SR 172.056.12]).

#### **E. 1.2.4**

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinn von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die streitbetroffene Beschaffung prima facie in den Anwendungsbereich des BöB. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der Streitsache und damit auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig.

#### **E. 1.3**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

#### **E. 1.4**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-2955/2018 vom 4. Oktober 2018 E. 2.4; vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340, mit Hinweisen).

#### **E. 2**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Sie kann aber durch das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

#### **E. 2.1**

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes 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; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweis "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 not-wendig 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 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweis).

#### **E. 2.2**

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-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen 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 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" 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, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). 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) 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 mit Hinweis; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification 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. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

### **E. 3**

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat 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).

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Auch ist sie durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag nicht ihr, sondern einer Mitbewerberin erteilt wurde, besonders berührt.

### **E. 3.2**

Ein schutzwürdiges Interesse hat ein unterlegener Anbieter praxismässig nur dann, wenn er bei Gutheissung seiner Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. m.w.H. "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2). Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin verlangt als Eventualbegehren die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 27. Februar 2020 sowie die Erteilung des Zuschlags für das Projekt Nr. 189603. Sie macht u.a. geltend, die Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die erforderliche Eignung (u.a. hinsichtlich des Eignungskriteriums EK 1.2.05 ["Betriebserfahrung"]). Trifft die Rüge zu - was Gegenstand der materiellen Beurteilung ist - und würde in der Folge die Zuschlagsempfängerin wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien ausgeschlossen werden, so hätte die Beschwerdeführerin reelle Chancen darauf, auf den Zuschlagsrang nachzurücken. Demgemäss ist die Beschwerdeführerin prima facie zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 3.3**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten ist prima facie mithin nicht davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, die Zuschlagsempfängerin verfüge weder über die erforderliche Eignung (insbesondere hinsichtlich des Eignungskriteriums EK 1.2.05 ["Betriebserfahrung"]) noch erfülle sie die Zuschlagskriterien ZK 2.1.5.01-02 und 05 (betreffend "Erfahrung"), da sie - im Unterschied zur Beschwerdeführerin - die Kartenrohlinge nicht selbst herstelle. Weil aber die Kartenproduktion einen "Ausschreibungsgrundbestandteil" bilde, dürfe die Zuschlagsempfängerin für die Herstellung der Kartenrohlinge keine Subunternehmer beiziehen, womit sämtliche von ihr eingereichten Referenzen, die als Erfüllungsnachweis von entsprechenden Kriterien betreffend die Produktionserfahrung dienen, "ins Leere liefen". Insofern sei die Vergabestelle vergaberechtswidrig davon ausgegangen, dass die Zuschlagsempfängerin das bestehende Eignungsdefizit durch Eignungsleihe im Rahmen des Subunternehmereinsatzes habe egalisieren können.

### **E. 4.1**

In Ziff. 2.6 der Ausschreibung vom 21. August 2019 wird der Beschaffungsgegenstand wie folgt definiert (vgl. auch Ziff. 2 der Angebotsunterlagen): "Der Antragsteller übernimmt für die Dauer von mindestens 5 Jahren die Gesamtverantwortung für die ganze Prozesskette, von der Herstellung der SwissPass-Karte bis zur Übergabe an die Schweizerische Post. Konkret sind dies: a) Schnittstellenmanagement zu SBB-Systemen und zwischen den einzelnen Prozessschritten b) Einbindung von möglichen Drittlieferanten in die Prozesskette (z.B. Ausweitung der Sortimente) c) Qualitätssicherung über die gesamte Prozesskette d) Sicherstellung der Einhaltung von Sicherheits- und Datenschutzerfordernungen über die gesamte Prozesskette e) Produktion, Personalisierung,

Konfektionierung und Versand von SwissPass-Karten f) Rücklieferung von Statusmeldungen über die gesamte Prozesskette hinweg" Ziff. 3.6 der Ausschreibung enthält explizite Regelungen über den Beizug von Subunternehmern: - "Der Generalunternehmer kann mehrere Subunternehmer vorschlagen. - Subsubunternehmer sind zugelassen. - Werden einzelne Leistungen von Subunternehmern erbracht, wird die Eignung des Anbieters für diese Leistungen aufgrund der Eignung des jeweiligen Subunternehmers geprüft. - [...] Der fehlende Nachweis darüber, dass der Generalunternehmer über die Mittel und Infrastruktur der Subunternehmer verfügt (um damit die eigene Eignung substituieren zu können) bzw. dass der Subunternehmer geeignet ist, führt zum Ausschluss des Angebots des Generalunternehmers." In Bezug auf das Eignungskriterium EK 1.2.05 ("Betriebserfahrung") finden sich in Ziff. 4.3.19 der Präqualifikationsunterlagen folgende Erläuterungen: "Der Antragsteller erbringt in der Beilage 1.3 den Nachweis, hinsichtlich Volumen, Komplexität und eingesetzter Technologien vergleichbare Aufträge bereits erfolgreich bewältigt zu haben. Der Antragsteller gibt mindestens zwei (Minimalanforderung, binäre Bewertung), maximal vier Referenzen an. Sind die Angaben nicht vollständig, gilt die Referenz nicht. [...] Die Referenzaufträge dürfen nicht länger als 3 Jahre zurückliegen." Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums ZK 2.1.5 ("Erfahrung") sind dessen Unterkriterien ZK 2.1.5.01-02 und 05 in den Angebotsunterlagen (Ziff. 5.2.1.3.25 ff.) wie folgt definiert: "[Ziff. 5.2.1.3.25] ZK 2.1.5.01: Erfahrungen mit Hybridkarten Der Anbieter erbringt in der Beilage 1.24 den Nachweis, dass er Karten mit der RFID Schnittstelle ISO 14443 und einer weiteren RFID Schnittstelle (z.B. ISO 15693, ISO 18000) auf einer Karte in den letzten fünf Jahren erfolgreich im Betrieb umgesetzt hat. Der Anbieter gibt maximal drei Referenzaufträge an [...]." "[Ziff. 5.2.1.3.26] ZK 2.1.5.02: Erfahrungen mit Legic Der Anbieter erbringt in der Beilage 1.25 den Nachweis seiner Erfahrung, dass er RFID Karten mit der Legic App in den letzten fünf Jahren erfolgreich im Betrieb umgesetzt hat. Der Anbieter gibt maximal drei Referenzaufträge an [...]." "[Ziff. 5.2.1.3.29] ZK 2.1.5.05: Erfahrungen mit MIFARE DESFire EV1 oder EV2 Der Anbieter erbringt in der Beilage 1.28 den Nachweis seiner Erfahrung, dass er RFID Karten mit Mifare Desfire EV1 oder EV2 in den letzten fünf Jahren erfolgreich im Betrieb umgesetzt hat. Der Anbieter gibt maximal drei Referenzaufträge an [...]."

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, zwar sei in der Ausschreibung in Ziff. 2.6 Bst. a-f die Gesamtverantwortung für das Projekt beschrieben und in Ziff. 3.6 der Beizug von Subunternehmern zugelassen worden. Allerdings würden diese Vorgaben in diverser Hinsicht eingeschränkt: So werde in Ziff. 3.1.1 der Angebotsunterlagen ("Definition Umsetzung") ausgeführt, dass unter "Umsetzung" u.a. die "Einbindung allfälliger Sublieferanten, insbesondere [die] Koordination der Umsetzung kundenspezifischer Anforderungen an die Gestaltung von Sicherheitsmerkmalen, Engineering der SwissPass-Karte, Erstellung allfälliger Prototypen bzw. des finalen Abnahmемusters" zu verstehen sei. Aus dieser Definition der "Einbindung allfälliger Sublieferanten", die als direkter Unterpunkt des umschriebenen Beschaffungsgegenstands aufzufassen sei, gehe hervor, dass als mögliche Sublieferanten beispielsweise lediglich die Lieferanten der Kinigramfolien anvisiert seien, nicht aber die Kartenproduzenten an sich, da die Kartenproduktion - als Kernkompetenz des Generalunternehmers - selbst Teil der Definition des Beschaffungsgegenstands gemäss Ziff. 2.6 Bst. e der Ausschreibung bilde. Sodann sei in Ziff. 3 der Präqualifikationsunterlagen ("Soll-Zustand / Leistungsumfang)

festgehalten, dass der künftige Lieferant der SwissPass-Karten "ein ausgewiesener Experte in der Bewältigung von RFID-Projekten dieser Dimensionen sein [müsse]", weshalb die SBB "besonderen Wert auf einschlägige Expertise in Bezug auf Projekt- und Betriebserfahrung, Liefer- und Servicequalität sowie technologisches Knowhow" legten. Der Zuschlagsempfängerin ermangle es jedoch gerade an der geforderten Betriebserfahrung, zumal sie keine Kartenproduzentin sei. Aus diesem Grund könne sie auch keine Referenzen vorweisen, die - wie bei den Zuschlagskriterien ZK 2.1.5.01-02 und 05 erforderlich - als Nachweis einschlägiger Betriebserfahrung in der Herstellung von Hybrid-, Legic- oder Mifare Desfire-Karten dienen. Soweit die Zuschlagskriterien ZK 2.1.5.01-02 und 05 an die "Umsetzung im Betrieb" anknüpfen, sei einzig die Umsetzung in den eigenen Betriebsstätten - und nicht in denjenigen eines Subunternehmers gemeint.

#### **E. 4.3**

Die Vergabestelle entgegnet, es sei in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgeschrieben gewesen, dass die Anbieter die Herstellung der Kartenrohlinge selbst vorzunehmen hätten. Der Beschaffungsgegenstand umfasse nach Ziff. 2.6 der Ausschreibung die "Gesamtverantwortung für die ganze Prozesskette", deren einzelne Bestandteile in Bst. a-f definiert seien. Bei einzig richtiger Lesart ergebe sich daraus ohne Weiteres, dass diese Bestandteile nicht allesamt von den Anbietern selbst auszuführen seien, sondern dass die Anbieter hierfür Drittunternehmer beiziehen dürften, sofern sie die Gesamtverantwortung übernehmen würden. Dementsprechend habe die Vergabestelle den Bezug von Subunternehmern in Ziff. 3.6 der Ausschreibung ausdrücklich zugelassen. Würde man sich der Argumentation der Beschwerdeführerin anschliessen, müsste folgerichtig davon ausgegangen werden, dass nicht nur die Kartenproduktion, sondern auch die anderen Leistungselemente der Prozesskette nur von den Anbietern selbst erbracht werden dürften, mithin der gesamte Beschaffungsgegenstand "aus einer Hand" zu erfolgen hätte. Diesfalls müsste aber auch das Angebot der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, nachdem sie nicht alle Elemente der Prozesskette selbst erbringe und insofern ebenfalls auf Subunternehmer zurückgreife. Inwieweit der Bezug von Subunternehmern "nach den Wünschen" der Beschwerdeführerin "eingeschränkt" und gerade in Bezug auf die Herstellung der Kartenrohlinge, die lediglich eine Commodity seien, nicht zulässig sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erwähnte Ziff. 3.1.1 der Angebotsunterlagen enthalte lediglich den Hinweis, dass die Anbieter in Übernahme der Gesamtverantwortung die Subunternehmer einzubinden hätten, wobei in nicht abschliessender Weise ("insbesondere") verdeutlicht worden sei, inwieweit eine Einbindung zu erfolgen habe. Daraus könne nicht abgeleitet werden, die Zulässigkeit eines Bezugs von Subunternehmern sei auf diese Bereiche begrenzt. Im Übrigen sei an keiner Stelle der Nachweis der Erfahrung in der Herstellung von RFID-Karten mittels Einreichung von entsprechenden Referenzprojekten verlangt worden. Im Zusammenhang mit den Unterkriterien der Zuschlagskriteriums ZK 2.1.5 ("Erfahrung") seien unmissverständlich Nachweise von Erfahrungen in der "Umsetzung im Betrieb" von Karten mit RFID-Schnittstellen (ZK 2.1.5.01), von RFID-Karten mit der Legic App (ZK 2.1.5.02) und von RFID-Karten mit Mifare Desfire EV1 oder EV2 (ZK 2.1.5.05) erwartet worden. Insofern beträfen diese Zuschlagskriterien die Umsetzung und nicht die Herstellung der Rohlinge, was nicht gleichzusetzen sei. Dementsprechend sei es für Anbieter, die - wie die Zuschlagsempfängerin - keine RFID-Karten selber herstellten, ohne Weiteres möglich gewesen, die betreffenden Nachweise (zu eigenen und vergleichbaren) Referenzprojekten

zu erbringen.

#### **E. 4.4**

Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten (Eignungs- oder Zuschlags-)Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Jedoch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 m.w.H. "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557 und 564 ff.). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri").

#### **E. 4.5**

Vorliegend ist mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass der Wortlaut der Ausschreibung (Ziff. 2.6 i.V.m. Ziff. 3.6) insoweit (auch) unter vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten klar ist, als er keine Elemente enthält, die darauf schliessen lassen, dass alle oder einzelne der in Ziff. 2.6 Bst. a-f aufgeführten Bestandteile der beschaffungsgegenständlichen Prozesskette von der Regelung betreffend die generelle Zulassung von Subunternehmern ausgeschlossen sind. Ginge man mit der Beschwerdeführerin davon aus, dass die Kartenproduktion als "Ausschreibungsgrundbestandteil" bzw. "Kernkompetenz" des Anbieters nicht delegierbar sei - was dadurch erkennbar sei, dass sie selbst Teil der Definition des Beschaffungsgegenstands gemäss Ziff. 2.6 Bst. e der Ausschreibung bilde -, so hätte dies, wie die Vorinstanz zu Recht darauf hinweist, die Konsequenz, dass auch alle anderen in Ziff. 2.6 erwähnten - und mithin als Ausschreibungsgrundbestandteile qualifizierenden - Leistungselemente (Bst. a-d und f) von der Regelung betreffend Subunternehmer (Ziff. 3.6) ausgeklammert wären. Damit hätten die Anbieter die gesamte Prozesskette ausschliesslich selbst auszuführen, was im Widerspruch zu den Grundsätzen der arbeitsteiligen Wirtschaft und der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Beschaffungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d BÖB) stünde. Es ist mithin prima facie davon auszugehen, dass der Wortlaut der Ausschreibung (Ziff. 2.6 i.V.m. Ziff. 3.6) in dem Sinne verstanden werden konnte und musste, dass der Beizug von Subunternehmern nach Massgabe von Ziff. 3.6 der Ausschreibung bezüglich aller der in Ziff. 2.6 Bst. a-f genannten Bestandteile der beschaffungsgegenständlichen Prozesskette, einschliesslich der Kartenproduktion, möglich ist. Daran ändert auch der in Ziff. 3.1.1 der Angebotsunterlagen enthaltene exemplifikative Hinweis auf die mögliche Einbindung von Sublieferanten nichts. Ist demnach der Beizug von Subunternehmern zugelassen, darf die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf diejenigen Leistungen, die sie an einen Subunternehmer auszulagern beabsichtigt, wirksam auf dessen Eignung bzw. Referenzen verweisen (vgl. BGE 141 II 14 E. 9.3.4.2 "Monte Ceneri"). Soweit sich die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zuschlagskriterien ZK 2.1.5.01-02 und 05 auf den Standpunkt stellt, die Zuschlagsempfängerin könne keine Nachweise für einschlägige Betriebserfahrung in der Herstellung von Hybrid-, Legic- oder

Mifare Desfire-Karten erbringen, da sie keine Kartenproduzentin sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Dass durch die "Umsetzung im Betrieb", an welche die Zuschlagskriterien ZK 2.1.5.01-02 und 05 jeweils anknüpfen, nicht nur die eigentliche Herstellung der Kartenrohlinge erfasst wird, ergibt sich schon aus der Definition der "Umsetzung" entsprechend Ziff. 3.1.1 der Angebotsunterlagen, unter welcher verschiedene (heterogene) Leistungen zusammengefasst werden.

#### **E. 4.6**

Prima facie erweist sich mithin die sinngemäss erhobene Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle sei bei der Beurteilung der Kriterien EK 1.2.05 ("Betriebserfahrung") und ZK 2.1.5.01-02 und 05 (betreffend "Erfahrung") in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin in vergaberechtswidriger Weise von der Zulässigkeit eines Subunternehmerbezugs ausgegangen, als offensichtlich unbegründet.

#### **E. 5**

Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, dass weder die Zuschlagsempfängerin noch die von ihr beigezogenen Subunternehmer die als Mindestanforderung an die Standortzertifizierung vorgegebene Common Criteria Site Certification erfüllten.

#### **E. 5.1**

In Bezug auf das Unterkriterium (zum Zuschlagskriterium "Qualität") ZK 2.1.4.01 ("Anforderungskatalog Technologie") finden sich in Ziff. 5.2.1.3.12 der Angebotsunterlagen folgende Vorgaben: "[Ziff. 5.2.1.3.12] ZK 2.1.4.01: Anforderungskatalog Technologie Der Anbieter bestätigt in der Beilage 1.11 die Erfüllung der einzelnen Anforderungen des Anforderungskatalogs Technologie. Kann eine Anforderung nicht erfüllt werden, ist dies entsprechend zu begründen. [Bewertung: 5.0: Basispunktzahl Zuschlagskriterium; -5.0: Abzug bei Nichterfüllung eines MUSS-Kriteriums; -1.5: Abzug bei Nichterfüllung eines Soll-Kriteriums (...)]." In der Beilage 1.11 zum ZK 2.1.4.01 wurde unter der ID "CA02" für den Betrieb der Certificate Authority (CA) für den SwissPass die Anforderung wie folgt definiert: "[CA02] [Verbindlichkeit: Muss] [Titel: CA] [Beschreibung: Der Anbieter bestätigt, dass er ISO27001, ISO9001 zertifiziert ist und die 'Common Criteria Site Certification' erfüllt]". Unbestritten ist, dass die ISO27001- und ISO9001-Zertifizierung bereits im Zeitpunkt der Offerteinreichung vorliegen musste, wohingegen bezüglich der Common Site Criteria die Anbieter im Zeitpunkt der Offerteinreichung nur die entsprechenden sicherheitsrelevanten Anforderungen zu erfüllen hatten. Betreffend das Zuschlagskriterium ZK 2.1.4.03 ("Anforderungskatalog Informatik") finden sich in Ziff. 5.2.1.3.14 der Angebotsunterlagen folgende Vorgaben: "[Ziff. 5.2.1.3.14] ZK 2.1.4.03: Anforderungskatalog Informatik Der Anbieter bestätigt in der Beilage 1.13 die Erfüllung der einzelnen Anforderungen des Anforderungskatalogs Informatik. Kann eine Anforderung nicht erfüllt werden, ist dies entsprechend zu begründen. [Bewertung: 5.0: Basispunktzahl Zuschlagskriterium; -5.0: Abzug bei Nichterfüllung eines MUSS-Kriteriums; -1.5: Abzug bei Nichterfüllung eines Soll-Kriteriums (...)]." In der Beilage 1.13 zum ZK 2.1.4.03 mussten die Anbieter unter ID "I031" bestätigen, dass ihre Sublieferanten über den gleichen IT-Sicherheitsstandard verfügen.

#### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Zuschlagsempfängerin eine Zertifizierung nach den Common Site Criteria bis zum Abschluss der Realisierungsphase erlangen würde, weshalb sich die Vergabestelle nicht auf die entsprechende Selbstdeklaration der Zuschlagsempfängerin habe verlassen dürfen. Dadurch, dass die Vergabestelle anlässlich der Begehung vor Ort (bei der Beschwerdeführerin), welche der Begutachtung der Gebäudesicherheit gedient habe, die Common Criteria Site Certification nicht erwähnt habe, liege die starke Vermutung nahe, dass diese bei der Zuschlagsempfängerin auch nicht thematisiert worden seien. Sodann erblickt die Beschwerdeführerin in der betreffenden Anforderung [ID] CA02 (vgl. Beilage 1.11 zum ZK 2.1.4.01) nicht ein Zuschlags-, sondern ein "Ausschlusskriterium".

### **E. 5.3**

Bei der Auswahl, Gewichtung und Beurteilung der Eignungs- und Zuschlagskriterien steht der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. Art. 31 BöB; BGE 141 II 14 E. 7.1 und 8.3 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1 und B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; Zwischenentscheid des BVGer B-620/2018 vom 13. Juni 2018 E. 8.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 564 ff. und 976; vgl. auch vorn E. 4.4). Hat die fachkundige Vergabestelle eine Beurteilung bzw. Bewertung vorgenommen, kommt eine Korrektur durch das Bundesverwaltungsgericht daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.1, B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 "GIS-Software für Rail Geo System"; Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"). Dabei genügt es zu deren Infragestellung nicht, die vorgenommene Beurteilung mit unbelegten Verdächtigungen zu kritisieren, sondern es ist substantiiert darzulegen, inwiefern das (technische) Ermessen überschritten worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3 "Monte Ceneri").

#### **E. 5.3.1**

Soweit die Beschwerdeführerin in gänzlich unsubstantiiertes geltend macht, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Common Site Criteria nicht, vermögen ihre Vorbringen die Beurteilung der Vergabestelle nicht in Zweifel zu ziehen. Abgesehen davon, dass die Auswahl und Ausgestaltung der Nachweise für die definierten Anforderungen im (technischen) Ermessen der Vergabestelle liegt, welches grundsätzlich nicht überschritten ist, wenn die Vergabestelle eine entsprechende Selbstdeklaration genügen lässt, ergeben sich aus den Akten prima facie keine Anhaltspunkte, dass die Zuschlagsempfängerin die Common Site Criteria nicht erfüllt. So legte die Vergabestelle dar, dass die Zuschlagsempfängerin bereits über [Sicherheitszertifizierungen] verfügt, die mit der Common Criteria Site Certification vergleichbar sind. Zudem reichte die Vergabestelle eine im Nachgang an die Zuschlagserteilung eingeholte Stellungnahme eines externen Spezialisten ein, in welcher eine erfolgreiche Zertifizierung der Zuschlagsempfängerin bis zum 1. Juli 2021 als "problemlos" eingeschätzt wird.

#### **E. 5.3.2**

Soweit die Beschwerdeführerin sodann aus der Anforderung [ID] I031 (Beilage 1.13 zum ZK 2.1.4.03) ableitet, alle im Rahmen des Projekts beigezogenen Subunternehmer hätten

bis zum Ende der Realisierungsphase eine Common Criteria Site Certification umzusetzen, kann ihr prima facie nicht gefolgt werden. Wie die Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise darlegte, erscheint eine entsprechende Standortzertifizierung mit Blick auf deren Zweck nur im Zusammenhang mit dem Betrieb der Certification Authority erforderlich. Ausserdem liegt die Auswahl der betreffenden Kriterien im (technischen) Ermessen der Vergabestelle. Unter Berücksichtigung des eingereichten Nachweises ([...]) ist prima facie anzunehmen, dass der Subunternehmer, den die Zuschlagsempfängerin als Certification Authority beigezogen hat, die Anforderungen an die Standortzertifizierung nach den Common Site Criteria ebenfalls erfüllt.

#### **E. 5.4**

Im Übrigen ist dem Evaluationsbericht vom 13. Februar 2020 zu entnehmen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien mit total 397 (gewichteten) Punkten (von maximal 500 Punkten) bewertet wurde, während das Angebot der Beschwerdeführerin insgesamt 309 (gewichtete) Punkte erhielt. Bei den Zuschlagskriterien ZK 2.1.4.01 ("Anforderungskatalog Technologie") und ZK 2.1.4.03 ("Anforderungskatalog Informatik") erhielten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin jeweils die Maximalpunktzahl von 25 (gewichteten) Punkten pro Kriterium. Vor dem Hintergrund, dass die Differenz zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin 88 (gewichtete) Punkte beträgt, würde selbst eine Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin mit jeweils 0 Punkten bei den betreffenden Zuschlagskriterien ZK 2.1.4.01 und ZK 2.1.4.03 die Gesamtrangierung nicht verändern.

#### **E. 5.5**

Prima facie erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Zuschlagsempfängerin und die von ihr beigezogenen Subunternehmer die Common Site Criteria erfüllten, als offensichtlich unbegründet.

#### **E. 6**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe es vergaberechtswidrig unterlassen, die "Unauskömmlichkeit" des Angebots der Zuschlagsempfängerin zu prüfen und festzustellen. Auch sei in unzulässiger Weise nachverhandelt worden.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin führt an, dass entgegen dem vorgesehenen Ablauf noch am 6. Februar 2020 - gemäss Ziff. 7.2 der Angebotsunterlagen ("Termine / Eckdaten") sei die Durchführung der Verhandlungsrunden auf den Zeitraum vom 13. bis 17. Januar 2020 bzw. 27. bis 31. Januar 2020 terminiert gewesen - eine dritte, nicht angekündigte (Preis-)Nachverhandlung stattgefunden habe, wodurch die Beschwerdeführerin benachteiligt worden sei. Hinzu komme, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin anlässlich der (Preis-)Verhandlungen auf die teilweise noch zu hohe Kostenkalkulation hingewiesen habe, woraufhin die Beschwerdeführerin u.a. die Kosten der Umsetzung von Fr. [...] auf Fr. [...] gesenkt habe. Die Zuschlagsempfängerin sei Rahmen der Nachverhandlung "wahrscheinlich im Kontext der Umsetzung auf unter Fr. [...] gegangen - vielleicht sogar auf Fr. 0.-, um die Punkte zu gewinnen". Insofern sei der Angebotspreis "unauskömmlich", was von der Vergabestelle hätte geprüft und festgestellt werden müssen.

#### **E. 6.2.1**

Im Bundesvergaberecht ist es der Vergabebehörde grundsätzlich erlaubt, Verhandlungen über den Inhalt der Angebote bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden zu führen (vgl. 20 Abs. 1 BÖB; Art. 26 VöB; Urteil des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 2.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 6.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 686). Voraussetzung für die Zulässigkeit von Verhandlungen ist, dass entweder in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde oder dass kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheint (Art. 20 Abs. 1 BÖB).

### **E. 6.2.2**

Im vorliegenden Fall behielt sich die Vergabestelle in Ziff. 4.3 der Ausschreibung die Durchführung von Verhandlungen ausdrücklich vor. Wie die Vergabestelle zutreffend darauf hinweist, enthält der entsprechende Vorbehalt (vgl. auch Ziff. 7.2 der Angebotsunterlagen) keine Limitierung auf eine bestimmte Anzahl durchführbarer Verhandlungen. Im Lichte dessen, dass die Beschwerdeführerin zudem mit E-Mails vom 27. November 2019 und 6. Februar 2020 über die Eröffnung aller drei Verhandlungsrunden informiert und zur Teilnahme eingeladen wurde, kann ihr nicht gefolgt werden, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, es sei in unangekündigter Weise (nach-)verhandelt worden. Soweit die Beschwerdeführerin überdies rügt, die dritte Verhandlungsrunde habe entgegen den in Ziff. 7.2 der Angebotsunterlagen publizierten Eckdaten ca. eine Woche später stattgefunden, ist nicht ersichtlich, inwiefern ihr dadurch ein relevanter Nachteil erwachsen sein soll. Insofern vermag die Beschwerdeführerin aus den entsprechenden Rügen prima facie nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

### **E. 6.3.1**

Ein Angebot, das unter den Gestehungskosten liegt (sog. Unterangebot), ist als solches nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt (BGE 143 II 553 E. 7.1; 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri"; BGE 130 I 241 E. 7.3; BVGE 2011/40 E. 4.1 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1112 ff.). Die Vergabestelle kann ergänzende Erkundigungen einziehen, wenn sie daran Zweifel hat. Sie ist dazu aber nicht verpflichtet, jedenfalls dann nicht, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Anbieter eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt (BGE 141 II 14 E. 10.3). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit - sofern der Vertrag zustande kommt - verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3 m.w.H.).

### **E. 6.3.2**

Soweit die Beschwerdeführerin den Vorwurf des Unterangebots darauf bezieht, dass die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf ein Teilelement des Gesamtangebotspreises ("im Kontext der Umsetzung") eine - aus Sicht der Beschwerdeführerin - ungewöhnlich niedrige Kostenposition offeriert habe, fällt diesbezüglich eine Prüfung hinsichtlich des Vorliegens eines Unterangebots zum Vornherein ausser Betracht. Denn die Anbieter sind (auch) bei der Kalkulation der Teilelemente, die zum offerierten (Gesamt-)Preis führen, grundsätzlich frei,

weshalb in der Offerte eine niedrige Kostenposition an anderer Stelle durch eine (überdurchschnittlich) höhere kompensiert werden könnte. Soweit die Beschwerdeführerin im Übrigen (sinngemäss) geltend macht, die Vergabestelle hätte aufgrund des Gesamtangebotspreises der Zuschlagsempfängerin weitere Abklärungen treffen sollen, ist zu konstatieren, dass sich aus den Akten prima facie keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt habe. Im Lichte der dargelegten Rechtsprechung ist mithin davon auszugehen, dass die Vergabestelle damit von vornherein keine Pflicht traf, allfällige ergänzende Erkundigungen einzuziehen, weshalb der Vorwurf der pflichtwidrigen Unterlassung prima facie als unbegründet erscheint.

#### **E. 6.4**

Prima facie erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe unzulässige (Preis-)Nachverhandlungen durchgeführt und es vergaberechtswidrig unterlassen, das Vorliegen eines Unterangebots zu prüfen und festzustellen, als offensichtlich unbegründet.

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten erscheint die Beschwerde somit prima facie als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist mithin abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich wäre.

#### **E. 8**

Die Beschwerdeführerin hat umfassende Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens beantragt.

#### **E. 8.1**

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde teilweise entsprochen. Mit Instruktionsverfügung vom 28. April 2020 erhielt sie Einsicht in die von der Vergabestelle als öffentlich gekennzeichneten Beilagen zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 14. April 2020.

#### **E. 8.2**

Auch in submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren gilt, dass die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme darstellt (Art. 26 ff. VwVG). Vom Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse besteht (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Im Kontext eines Zwischenentscheids über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde bedeutet dies, dass die im Hinblick auf diese Frage unterliegende Partei Einsicht in diejenigen Akten erhalten muss, welche für eine allfällige Anfechtung des Zwischenentscheids relevant sein könnten. Die betreffende Partei soll sich aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ein Bild von der Ausgangslage machen können, um ihre Erfolgchancen abschätzen und gegebenenfalls den Zwischenentscheid fristgerecht anfechten zu können (Zwischenentscheide des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 13.1 und B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 8).

#### **E. 8.3**

Im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheids sind vorliegend im Wesentlichen diejenigen Akten relevant, welche sich auf die Beurteilung der in Frage stehenden Eignungs- und Zuschlagskriterien hinsichtlich der Zuschlagsempfängerin beziehen. Dies sind in erster Linie Akten, die der Beschwerdeführerin (teilweise in einer anonymisierten Version) bereits zugestellt worden sind (Beilagen zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 14. April 2020) oder die sie selbst hat (Präqualifikations- und Ausschreibungsunterlagen, Offerte der Beschwerdeführerin). Die übrigen Akten des Vergabeverfahrens, insbesondere die Offerten der Zuschlagsempfängerin und deren Evaluation durch die Vergabestelle, erscheinen zwar als punktuell relevant, doch kann der Beschwerdeführerin wegen der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin nicht ohne Weiteres Akteneinsicht gewährt werden. In diesem Verfahrensstadium reicht es daher aus, dass die entsprechenden entscheiderelevanten Informationen in diesem Zwischenentscheid dargelegt wurden. Inwieweit der Beschwerdeführerin weitere Akteneinsicht in die übrigen Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren ist, wird im Hauptverfahren zu entscheiden sein.

#### **E. 8.4**

Insofern ist das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin, soweit diesem nicht bereits entsprochen worden ist, einstweilen abzuweisen.

#### **E. 9**

Über die Kosten dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.