

BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-10-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1570_2015

FR: TAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015

IT: TAF B-1570/2015 del 7 ottobre 2015

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

E. 1.1

Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Das gilt auch für einen Zuschlag im freihändigen Verfahren, soweit geltend gemacht wird, der in Frage stehende Auftrag hätte nicht freihändig vergeben werden dürfen (vgl. BGE 137 II 313 E. 2.3, mit Hinweisen).

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). 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. 1.3

Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 1.4

Gegenstand des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags ist die Lieferung von 3'840 Sets der "Warnblitzleuchte Eflare LED". Bei der Beschaffung von zivilem Material für Verteidigung und Zivilschutz ist zu prüfen, ob das zu liefernde Gut in der Positivliste des Anhangs I Annex I GPA enthalten ist (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 220, mit Hinweisen). Diese Liste führt unter Ziffer 85 die Beschaffung von Elektrogeräten auf ("appareils électriques"), worunter die in Frage stehenden Warnblitzleuchten offensichtlich fallen. Laut Publikation vom 20. Februar 2015 wurde der Zuschlag zum Preis von CHF

1'261'000.- (exkl. MWSt.) erteilt. Somit ist auch der für Lieferungen geltende Schwellenwert von CHF 230'000.- zweifelsfrei überschritten (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). Der vorliegend angefochtene Zuschlag fällt daher in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 1.5

Die Vergabestelle beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da die Beschwerdeführerin zur Beschwerde nicht legitimiert sei. Zwar werde nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin schon einzelne Warnblitzleuchten vom Typ Eflare vertrieben habe. Sie müsse diese aber, sofern der Vertrieb rechtskonform erfolgt sei, bei der Zuschlagsempfängerin bezogen haben, da in der Schweiz die Vertriebsrechte für die Warnblitzleuchten Eflare LED exklusiv bei der Zuschlagsempfängerin lägen. Aufgrund dieser Exklusivrechte der Zuschlagsempfängerin sowie der grossen Liefermenge und des teilweise spezifischen Zubehörs sei die Beschwerdeführerin rechtlich und faktisch gar nicht in der Lage, als potentielle Anbieterin des Beschaffungsgegenstandes aufzutreten. Da die Beschwerdeführerin den in Frage stehenden Auftrag gar nie hätte erfüllen können, könne sie durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid auch nicht beschwert sein. Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, es treffe nicht zu, dass sie das Produkt Eflare LED rechtskonform nur bei der Zuschlagsempfängerin hätte beziehen dürfen. Sie beziehe vielmehr alle grösseren Mengen an Eflare LED-Produkten beim offiziellen Exklusiv-Distributor der Herstellerin für Polen, Y._____ Ltd. Der passive Verkauf eines nicht ortsansässigen Distributors an sie erfolge rechtskonform. Y._____ Ltd habe der Beschwerdeführerin ein Angebot für 15'360 Stück Eflare LED AT700 ATEX gelb 8 unterbreitet, wobei die Beschwerdeführerin noch keine genauen Angaben zur gewünschten Spezifikation und des Zubehörs gehabt habe. Erst mit Erhalt der Vernehmlassungsbeilage - dem technischen Datenblatt - habe die Beschwerdeführerin sämtliche Informationen über den Beschaffungsauftrag erhalten und erfahren, dass die Vergabestelle die Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 der 700 Series Beacon mit Blitz-/Blinklichtfunktion als Set beschaffen wolle. Als die Beschwerdeführerin im März 2015 mit Y._____ Ltd eine mögliche Angebotsänderung in Bezug auf die Funktion "nur Blitzlicht" und die definitiven Bestandteile des Sets besprochen habe, habe Y._____ Ltd ihr mitgeteilt, dass ihr die Herstellerin in Aussicht gestellt habe, dass sie ihr angesichts des aktuellen Vergabeverfahrens in der Schweiz keine derartigen Produkte liefern werde, so dass sie diese der Beschwerdeführerin nicht anbieten könne. In diesem Verhalten der Herstellerin könnte ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) vorliegen. Die Beschwerdeführerin sei aber in der Lage, Produkte der Q._____ Pty Ltd inkl. Originalzubehör anzubieten, die funktional und wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellten. Sie sei in der Lage, bei einer öffentlichen Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren 3'840 Warnblitzleuchten Sets Eflare LED AT710 gelb 8 ATEX oder AT700 gelb 8 ATEX, bezogen bei der durch die australische Herstellerin zugewiesenen Distributorin für Polen, anzubieten. Sie könne auch eine konkrete Lösung anbieten, die funktional und wirtschaftlich eine bessere Alternative darstelle und überdies den Vorgaben der SN 640 844-1a-NA entspreche.

E. 1.5.1

Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1296). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 1.5.2

Es liegt in der Natur der freihändigen Vergabe, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass für Dritte gar keine Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren bestand, dass der Rechtsschutz gegen die Zuschlagserteilung nicht an die Verfahrensbeteiligung anknüpfen kann. Demnach kommt dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG keinerlei Bedeutung zu (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3; BVGE 2012/13 E. 3.1; Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.5; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, Rz. 2.63; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1319; Claudia Schneider Heusi/Laura Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in: Jusletter 23. Mai 2011).

E. 1.5.3

Die formelle Beschwer und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Zur Beschwerde gegen den Zuschlag im offenen Verfahren ist legitimiert, wer mit einer Offerte an der Ausschreibung teilgenommen und damit ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt worden ist (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1, mit Hinweisen). Im freihändigen Verfahren besteht dagegen folgende Besonderheit: Wird zulässigerweise das freihändige Verfahren angewendet, wählt der Auftraggeber rechtmässig einen bestimmten Anbieter aus, ohne dass eine Ausschreibung durchgeführt werden müsste (vgl. Art. 16 BöB). Ein potentieller Konkurrent kann deshalb nicht verlangen, in ein (rechtmässiges) Freihandverfahren einbezogen zu werden. Mit der Beschwerde gegen die freihändige Auftragserteilung kann daher nur geltend gemacht werden, richtigerweise hätte für die in Frage stehende Beschaffung nicht das freihändige Verfahren durchgeführt werden dürfen. Auch dazu kann aber nicht jedermann legitimiert sein, sondern nur wer geltend macht, er hätte - wenn für die in Frage stehende Beschaffung ein anderes Verfahren durchgeführt worden wäre - eine Offerte für das zu beschaffende Produkt eingereicht. Berufet sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand nur ein Anbieter in Frage komme, und macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, dass nur ein Anbieter in Frage komme, so muss beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist. Würde die

Legitimation bereits mit der Argumentation verneint, der Beschwerdeführer könne nicht die beschaffte Leistung erbringen, wäre zu keinem Zeitpunkt überprüfbar, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands rechtmässig erfolgt ist. Legitimiert zur Beschwerde ist in dieser Konstellation, wer ein Produkt anbietet, das bei rechtmässiger Ausschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte. Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts legitimiert ist, Beschwerde zu erheben (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2 f.).

E. 1.5.4

Ob die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung wie auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, mit Hinweisen).

E. 1.5.5

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage ist, die von der Vergabestelle gewünschten 3'840 Sets Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 zu offerieren. Sie hat selbst eine E-Mail ihres Lieferanten eingereicht, in der dieser mitteilt, dass er dieses Produkt nicht liefern könne, weil die Herstellerin den Parallelimport im Hinblick auf die vorliegende Beschaffung nicht zulassen wolle. Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass das Verhalten der Herstellerin diesbezüglich wettbewerbsrechtlich unzulässig sei. Wie es sich damit verhält, ist indessen im vorliegenden Verfahren nicht zu beantworten. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren, in welchem die Herstellerin und Patentinhaberin des in Frage stehenden Produkts keine Parteistellung hat, vorfrageweise zum Schluss kommen würde, das Verhalten der Herstellerin verstosse gegen schweizerisches Wettbewerbsrecht, hätte dies nämlich nicht zur Folge, dass der Lieferant der Beschwerdeführerin das Produkt liefern könnte. Am unbestrittenen Umstand, dass die Beschwerdeführerin gar nicht in der Lage ist, die von der Vergabestelle gewünschten 3'840 Sets Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 zu offerieren, ändert diese Frage daher nichts.

E. 1.5.6

Die Beschwerdeführerin rügt allerdings weiter, die Vergabestelle habe den Beschaffungsgegenstand zu Unrecht als Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 und damit so eng definiert, dass nur ein Anbieter in Frage komme. Diese Rüge ist, wie noch darzulegen ist, durchaus begründet.

E. 1.5.7

Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.5.8

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich

rechtsgenügend ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.6

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt, es sei fraglich, ob der Beschaffungsgegenstand in zulässiger Weise umschrieben worden sei. Die Vergabestelle habe nicht schlüssig darlegen können, warum ausschliesslich die Warnblitzleuchte Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 zu beschaffen sei. Ihre Erklärungen seien diesbezüglich widersprüchlich und nicht überzeugend. In ihrer Vernehmlassung erklärte die Vergabestelle, die für ihre Bedürfnisse massgebende technische Besonderheit der Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 liege darin, dass aufgrund der patentgeschützten Anordnung mit einer LED als Lichtquelle und einer teilweise als Fresnel angeordneten Linse eine Leuchtkraft und Reichweite erzielt werde, die sonst nur mit grösseren Linsen und schwereren und grösseren Akkus erreicht werden könne. Dieser technologische Vorsprung ermögliche es, die gestellten Anforderungen betreffend Gewicht und Platzbedarf durch ein kompaktes, polyvalentes Produkt zu erfüllen. Andererseits sei sie aufgrund der Vorschriften in der Schweiz speziell so programmiert worden, dass sie nur mit Blitzlichtfunktion einsetzbar sei. Die Beschwerdeführerin bestreitet dieses Argument. Die entsprechende Norm der VSS, SN 640 844-1a-NA, enthalte keine entsprechende Bestimmung. Vielmehr sehe diese Norm vor, dass Blitz- und Blinkleuchten, die für die temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen verwendet würden, eine lichtgebende Fläche von mindestens 250 cm² und eine Bezugslichtstärke von mindestens 250 cd aufzuweisen hätten. Die Warnblitzleuchte Eflare LED 710 ATEX gelb 8 verfüge aber nur über 70 cd und entspreche damit nicht den Mindestanforderungen. Die Vergabestelle macht dagegen in ihrer Duplik geltend, dieses Argument verfange nicht, weil es nicht zutrefte, dass die zu beschaffenden Warnblitzleuchten für die Verwendung durch die Militärpolizei für die temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen gemäss SN 640 844-1a-NA bestimmt seien. Vielmehr sollten Warnblitzleuchten für die Truppen beschafft werden, und zwar für die fliegende Verkehrsregelung bei Truppenverschiebungen. Im Unterschied zur temporären Signalisation, bei welcher Warnleuchten ortsfest und personenunabhängig über mehrere Tage oder Wochen eingesetzt würden, verwende die Truppe die Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 nur für die Verkehrsregelung bei Truppenverschiebungen, d.h. bei einem personenbezogenen Einsatz von einigen Minuten bis höchstens wenigen Stunden. Der Einsatz werde häufig von Motorradfahrern geleistet, welche auf platzsparendes und polyvalentes Material angewiesen seien. Die Anforderungen der Norm SN 640 844-1a-NA könnten daher vorliegend nicht massgebend sein. Die Beschwerdeführerin erachtet diese Ausführungen als widersprüchlich. Im Verfahrensentscheid vom 15. Dezember 2014 sei ausdrücklich ausgeführt worden, dass es sich um eine Folgebeschaffung für eine Ausrüstung handle, die bereits bei der Militärpolizei im Einsatz sei.

E. 2.1

Im Anwendungsbereich des BöB hat die Vergabestelle die nachgefragten Leistungen grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Eine freihändige Vergabe, das heisst direkt und ohne Ausschreibung, ist nur unter den in Art. 13 Abs. 1 VöB abschliessend aufgeführten Voraussetzungen zulässig (vgl. GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBl 1994 IV

1189; Robert Wolf, Freihändige Beschaffung - Handlungsfreiheiten und ihrer Grenzen, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht* 2010, Zürich 2010, S. 135). Die Begründung für diese Erlaubnis zur freihändigen Vergabe liegt unter anderem in der Anerkennung der Tatsache, dass die Kosten für das Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung unter besonderen Umständen höher sein können als der Vorteil, der durch die Wettbewerbssituation und Transparenz einer offenen Ausschreibung erreicht wird (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.1, mit Hinweisen; Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, 2003, S. 182 und S. 281, Christoph Meyer, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, AJP 2005, S. 716 ff., insb. S. 717 f.). Der Konflikt zwischen den Zielsetzungen des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB) einerseits und der Stärkung des Wettbewerbs (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB) andererseits wird hier zugunsten der Wirtschaftlichkeit der Vergabe entschieden. Die in Art. 13 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) abschliessend aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden einen *numerus clausus*, unabhängig davon, wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für eine freihändige Vergabe sein mögen (vgl. Arrowsmith, a.a.O., S. 282; Götz J. Götsche, *Öffentliches Beschaffungswesen*, in: Hilf/Oeter [Hrsg.], *WTO-Recht*, 2. Auflage, 2010, S. 513 ff., insb. S. 527). Da es sich um Ausnahmen handelt (vgl. Art. 13 Abs. 1 BöB i. V. m. Art. 13 VöB), sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.6.1; Zwischenentscheid des BVGer B 3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.2; *Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2000-007* vom 3. November 2000, veröffentlicht in: *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.41 E. 4b*; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 291; im gleichen Sinne Peter Rechsteiner, *Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen*, in: *Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004*, S. 36 ff., insb. S. 39; dazu kritisch Robert Wolf, a.a.O., S. 135, mit Hinweisen, und Hans Rudolf Trüb, *Beschaffungsrecht*, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, 2015, S. 1019 ff., insb. S. 1042). Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB kann die Vergabestelle den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Dieser Ausnahmetatbestand beruht seinerseits auf Art. XV Ziff. 1 Bst. b GPA, und diese Voraussetzungen müssen, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt, kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.5.2; Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 5.1; *Entscheid der BRK 2000-007* vom 3. November 2000, veröffentlicht in *VPB 65.41 E. 4b*, mit Hinweisen). Die zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen müssen tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und zusätzlich darf keine angemessene Alternative oder Ersatzware zur Verfügung stehen (vgl. Rechsteiner, a.a.O., S. 40).

E. 2.2

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f., mit Hinweisen) und entspricht dem

spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (vgl. Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3, mit Hinweis auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65). Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (vgl. Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 VöB und zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb).

Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (vgl. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3; Zwischenentscheide des BVGer B-4743/2015 vom 16. September 2015 E. 5.1, B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1, mit Hinweisen und B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1, mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2, mit Hinweisen).

E. 2.3

Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich auch nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabestelle (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 301; a.M. möglicherweise BGE 137 II 313 E. 3.5.2). Insbesondere muss sie darlegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung - vor Einleitung der freihändigen Vergabe - detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind.

E. 2.4

Vorliegend stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, sie habe sich zu Recht auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB berufen. Sowohl aus Gründen der technischen Besonderheit als auch aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums komme nur die Zuschlagsempfängerin in Frage; auch gebe es keine angemessene Alternative. Die technische Besonderheit der Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 liege nicht nur bei der speziell konfigurierten Blinklichtfunktion, sondern auch in der Anwendung der patentgeschützten Technologie, die erst die von der Vergabestelle geforderten Vorteile bezüglich Gewicht, Platzbedarf und polyvalentem Einsatz ermögliche. Der freihändigen Vergabe vom 11. Februar 2015 sei eine längere Suche nach einem einsetztauglichen Produkt vorangegangen, das auch die für den vorgesehenen Einsatz notwendige Zertifizierung bezüglich Gesundheit und Sicherheit aufweise. Als Ergebnis dieser Evaluation habe die Vergabestelle im Jahr 2012 zuerst 115 Sets Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 im freihändigen Verfahren beschafft. Diese Warnblitzleuchten hätten sich im Einsatz der Militärpolizei bewährt, weshalb bei der Beschaffung für die Modifikationen und Ergänzung der Verkehrsregelungsausrüstungen von weiteren Armeeeinheiten die Lieferung von weiteren 3'840 Sets in Auftrag gegeben worden sei.

E. 2.5

Die Vergabestelle schreibt von "vorgängigen Evaluationen und Erfahrungen", welche zur "Festlegung des Beschaffungsgegenstandes" geführt hätten. Der freihändigen Vergabe sei eine "längere Suche nach einem einsatztauglichen Produkt vorausgegangen", das auch die für den vorgesehenen Einsatz notwendige Zertifizierung aufweise. Als Ergebnis dieser Evaluation habe die Vergabestelle im September 2012 115 Sets Eflare freihändig beschafft. Diese hätten sich im Einsatz der Militärpolizei bewährt. Bei der Beschaffung für die Modifikation und Ergänzung der Verkehrsregelungsausrüstungen von weiteren Armee-Einheiten seien dann aufgrund dieser sehr positiven Erfahrungen die hier in Frage stehenden 3'840 Sets der gleichen Warnleuchte in Auftrag gegeben worden. Aus den Ausführungen der Vergabestelle und den von ihr eingereichten Belegen ergibt sich nicht, dass sie sich überhaupt mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt seien oder nicht. Ob bzw. gegebenenfalls in welcher Weise sie vorgängig technische Anforderungen, beispielsweise bezüglich Gewicht, Platzbedarf und Einsatzmöglichkeiten, definiert hat, ist nicht dargetan. Es kann daher auch nicht überprüft werden, ob dies in vergaberechtskonformer Art und Weise geschah oder ob die Vergabestelle allenfalls in unzulässiger Weise bereits vollständig auf ein einzelnes Produkt fixiert war. Wie dargelegt (vgl. E. 2.3), liegt die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind, bei der Vergabestelle. Es wäre an ihr gewesen darzulegen, dass sie sich vor der Einleitung der freihändigen Vergabe detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmevorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt und gestützt darauf den Markt analysiert hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind. Diesen Nachweis hat die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht erbracht.

E. 2.6

Unter diesen Umständen erweist sich die freihändige Vergabe im vorliegenden Fall als unzulässig, weshalb die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben ist. Die Sache ist an die Vergabestelle zurückzuweisen, damit sie in der dargelegten Weise prüfe, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind oder ob die Beschaffung nicht vielmehr im offenen oder selektiven Verfahren zu erfolgen hat.

E. 3

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin praxis-gemäss als überwiegend obsiegend, auch in Bezug auf den Zwischen-entscheid über die aufschiebende Wirkung, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vergabestellen können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 4

Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE). Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin zwar geltend, dass sie durch einen Rechtsanwalt vertreten werde, hat aber keine Kostennote eingereicht. Wie

aus dem Handelsregister hervorgeht, handelt es sich bei diesem Rechtsanwalt allerdings um ein einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin. Anzeichen dafür, dass es sich bei ihm um einen gewerbsmässigen Rechtsvertreter handelt, sind nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist keine Entschädigung für Anwaltskosten zuzusprechen, wenn sich eine Partei durch ein Organ vertreten lässt (vgl. Urteil des BGer 1C_198/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 6). Der Beschwerdeführerin ist dementsprechend keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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