

BVGer B-1929/2022 vom 19. Dezember 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1929_2022

FR: TAF B-1929/2022 du 19 décembre 2022

IT: TAF B-1929/2022 del 19 dicembre 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) findet dieses Gesetz Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, sofern keine Ausnahme gemäss Art. 10 BöB vorliegt. Die Verfügungen (s. E. 1.1) dieser Auftraggeberinnen (s. E. 1.2) können gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Bauleistungen (s. E. 1.3) betreffen, deren Wert den für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert erreicht (Ziff. 2 des Anhangs 4 BöB; s. E. 1.4-1.5), und es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB handelt (s. E. 1.6) (Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1).

E. 1.0

-

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere gegen den Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Zuschlagsverfügung vom 8. April 2022 angefochten, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

E. 1.2

Die angefochtene Verfügung muss sodann von einer dem Gesetz unterstellten Vergabebehörde stammen (Art. 4 BöB). Die Vergabestelle untersteht als Verwaltungseinheit der Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB; Art. 12a Abs. 1 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport vom 7. März 2003 [OV-VBS; SR 172.214.1]).

E. 1.3

In Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 17. Dezember 2021 gibt die Vergabestelle bei der Auftragsart an, dass es sich um einen Bauauftrag handelt. Die zu beschaffende Leistung hat Gipsarbeiten zum Inhalt (vgl. Ziff. 2.6 der Ausschreibung). Die Einstufung als Bauauftrag ist daher unbestrittenermassen zutreffend.

E. 1.4

Im Folgenden zu prüfen ist, ob diese Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht, was nur dann zutrifft, wenn sie in Anhang 1 BöB aufgelistet ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer 45410000 als «Putzarbeiten» ausgeschrieben (vgl. Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Diese Arbeiten fallen ohne Weiteres unter die Arbeiten, die im Anhang 1 BöB aufgeführt sind, und unterstehen somit grundsätzlich dem Staatsvertragsbereich, wenn sie den Schwellenwert gemäss Anhang 4 Ziff. 1 BöB erreichen (Art. 8 Abs. 4 BöB).

E. 1.5

Nachfolgend ist zu klären, ob der Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht. Für Bauaufträge wird gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. b BöB, wie bereits erwähnt, vorausgesetzt, dass der Schwellenwert für das offene oder selektive Verfahren erreicht ist. Der Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich beträgt bei der Beschaffung von Bauleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 1 BöB 8,7 Mio. Fr. (Anhang 4 Ziff. 1.1 BöB). Massgebend für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist die Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (Art. 15 BöB; vgl. Urteile des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1.4.1; B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 2.4.1 m.w.H.). Dabei sind nach der sogenannten Bauwerksregel mehrere Bauleistungen zusammenzurechnen und es ist von deren Gesamtwert auszugehen, wenn diese Teil des gleichen zusammenhängenden Gesamtbauvorhabens sind und nicht die Bagatellklausel greift (Art. 16 Abs. 4 BöB; vgl. ausführlich das Urteil des BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 3.2.1 f. m.w.H.). Die Vergabestelle gibt in der betroffenen Ausschreibung in Ziff. 2.6 an, dass ein Teil der bestehenden Bauten auf dem Waffenplatz in Wangen nicht mehr sanierungsfähig sei. Die Gebäude S1, S2, S3, sowie die Gebäude N6 und N7 würden abgerissen. Um die Kapazitätserhöhung auf dem Waffenplatz und die Umsetzung der WEA «Weiterentwicklung der Armee» erfüllen zu können, würden drei Neubauten realisiert. In diesem Zusammenhang wurden die Gipserarbeiten als Submissionspaket 12 ausgeschrieben. Diese stellen daher einen Teil eines grösseren Bauvorhabens dar. Im Rahmen des Immobilienprogramms VBS 2018 hiessen die eidgenössischen Räte für den Ausbau des Waffenplatzes einen Verpflichtungskredit von 89 Mio. Fr. gut (AB 2018 N 1349; BBl 2018 1369, 1417). Daraus folgt, dass mit dem hier zu beurteilenden Beschaffungsvorhaben auch der Schwellenwert von 8,7 Mio. Fr. für Bauaufträge deutlich überschritten wird. Die Vergabestelle hat sich im vorliegenden Fall nicht auf die Bagatellklausel berufen, womit der Auftrag im Staatsvertragsbereich liegt und ein Anspruch auf Primärrechtsschutz besteht (vgl. BVGE 2009/18 E. 2.4.2).

E. 1.6

Eine Ausnahme vom Geltungsbereich im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

E. 1.7

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 2

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen

Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG). 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; s. E. 2.1), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; s. E. 2.1) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; s. E. 2.2).

E. 2.0

0.1

E. 2.1

Referenz 1

E. 2.2

Referenz 2

E. 2.3

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 2.4

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das VGG nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 3.0

- Total -

E. 3.1

Referenz 1 Schlüsselperson 1

E. 3.2

Referenz 2 Schlüsselperson 1

E. 3.3

Referenz 1 Schlüsselperson 2 0.0 -

E. 3.4

Referenz 2 Schlüsselperson 2 0.0 - Z4 Organisation und Termine

E. 4

Gemäss Art. 41 BöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem die von der Vergabestelle festgelegten Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet werden (vgl. 40 Abs. 1 BöB). Die Rügen der Beschwerdeführerin beziehen sich ausschliesslich auf die Prüfung der Zuschlagskriterien. Diese sei für sie nicht nachvollziehbar. Ausserdem sei die Bewertung ihres Angebots zu tief

ausgefallen. Lediglich mit der Prüfung und Bewertung des Zuschlagskriteriums «Z1 Angebotspreis» ist die Beschwerdeführerin einverstanden. Nachfolgend wird deshalb die Rechtmässigkeit der Bewertung der Vergabestelle bezüglich der Zuschlagskriterien «Z2 Referenzen des Anbieters» (s. E. 7), «Z3 Referenzen der Schlüsselpersonen» (s. E. 8) und «Z4 Organisation und Termine» (s. E.9) überprüft. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie das Bewertungsschema an sich werden von der Beschwerdeführerin hingegen nicht in Frage gestellt.

E. 4.0

Z2 Referenzen des Anbieters

E. 4.1

Plausibilität und Qualität des Bauprogramms: Die Meilensteine sind ersichtlich, abgestimmt auf die vorhandenen Ressourcen und plausibel erläutert. Qualität und sicherheitsrelevante Aspekte berücksichtigt und dokumentiert. Benennen von Zulieferanten und Subunternehmer.

E. 4.2

Informationen zur Organisation und Unternehmung: Generelle Informationen zur Unternehmung mit Angaben zu den vorhandenen Kompetenzen. Wie ist die Unternehmung organisiert. Angaben zu Infrastruktur, Eigenständigkeit, personelle und logistische Ressourcen, Innovation, Mitarbeiterförderung und -ausbildung (max. 2 A4 Seite[n]).

E. 4.3

(gerundet)

E. 5

Sehr gute Erfüllung Qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung 4
Gute Erfüllung Qualitativ gut 3 Genügende Erfüllung Durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend 2 Ungenügende Erfüllung Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt 1 Sehr schlechte Erfüllung Ungenügende, unvollständige Angaben 0 Nicht beurteilbar Keine Angaben

E. 5.1

Die Vergabestelle hat die von ihr definierten Zuschlagkriterien wie folgt gewichtet: - Z1 Angebotspreis: 80 % - Z2 Referenzen des Anbieters: 10 % - Z3 Referenzen der Schlüsselpersonen: 5 % - Z4 Organisation und Termine: 5 % Jedes der soeben aufgeführten Kriterien wurde mit einer Note zwischen 0 bis 5 bewertet, wobei nur ganze Noten vergeben wurden: Note Bezogen auf die Erfüllung der Kriterien Bezogen auf die Qualität der Angaben

E. 5.2

Anschliessend wurde die Note pro Kriterium mit deren Gewichtung multipliziert. Die gewichteten Noten wurden danach für die Gesamtpunktzahl addiert. Dies ergab bei der vorliegenden Ausschreibung die folgende Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin: Zuschlagskriterium Note Gewichtete Note Z1 Angebotspreis

E. 5.3

Das Angebot mit der höchsten Punktzahl, vorliegend dasjenige der Beschwerdegegnerin mit einem Total von gerundet 4.4 Punkten, erhielt den Zuschlag.

E. 6

Bei der Beurteilung der Zuschlagskriterien steht der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. Art. 56 Abs. 3 BöB). Dem Gericht fehlen in der Regel die erforderlichen fachspezifischen und technischen Kenntnisse für die Beurteilung, welche Anforderungen ein Produkt erfüllen muss, um dem Bedarf der Vergabestelle gerecht zu werden (BGE 141 II 14 E. 7.1 und 8.3; Urteile des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1; B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, nicht veröffentlichte E. 2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 564 ff.). Hat die fachkundige Vergabebehörde eine Beurteilung bzw. Bewertung vorgenommen, kommt eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-487/2020 vom 29. Oktober 2020 E. 5.1; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 m.w.H.). Um die Bewertung der Vergabestelle in Frage stellen zu können, reicht es deshalb nicht, die vorgenommene Beurteilung mit unbelegten Verdächtigungen zu kritisieren, sondern es ist substantiiert darzulegen, inwiefern das (technische) Ermessen der Vergabestelle überschritten worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3; Urteil des BVGer B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E. 6.1).

E. 7

Als Erstes wird unter Berücksichtigung des soeben Dargelegten geprüft, ob die Vergabestelle das Zuschlagskriterium «Z2 Referenzen des Anbieters» von der Vergabestelle rechtsfehlerfrei beurteilt hat.

E. 7.1.1

Diesbezüglich argumentiert die Beschwerdeführerin, dass sie bei beiden Referenzobjekten angegeben habe, dass die Arbeiten in vielen Positionen dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung entsprächen. Der von ihr als Begründung angegebene Begriff «BKP 271 Gipsarbeiten inkl. Trockenbau» sei ein unter Fachleuten geläufiger Begriff. Es sei in der Ausschreibung kein zusätzliches Referenzblatt mit Beschrieb und Fotos gefordert worden. Beide Referenzobjekte seien zudem für namhafte Bauherrschaften ausgeführt worden. Die acht Bewertungspunkte, die im Formular 3 angegeben worden seien, seien reine Feststellungen der Vergabestelle und für die Benotung könne aus diesen Punkten nichts abgeleitet werden. Weil die Referenzobjekte sowohl in Bezug auf die Komplexität als auch des Umfangs den Anforderungen an das Z2 genügen würden, sei die Note 1 nicht nachvollziehbar.

E. 7.1.2

Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass die Beschwerdeführerin bloss die generische Umschreibung «BKP 271 Gipsarbeiten inkl. Trockenbau» notiert habe, weshalb kein Bezug zu den verlangten Spezifikationen und Bewertungspunkten möglich gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe auch die erbetenen Referenzblätter mit Beschrieb und Fotos nicht eingereicht.

E. 7.1.3

Die Beschwerdegegnerin hält die Prüfung und Beurteilung der Vergabestelle für sachlich und nachvollziehbar. Sie geht ebenfalls davon aus, dass die Angaben der

Beschwerdeführerin bei den Referenzen keinen konkreten Bezug zu den Spezifikationen und Anforderungen des Beschaffungsobjektes aufweisen würden.

E. 7.2.1

Die Vergabestelle verlangte von den Anbieterinnen für das «Z2 Referenzen des Anbieters» Folgendes (Zitat): Der Anbieter weist Referenzen von 2 vergleichbaren Projekten nach, insbesondere bezüglich Komplexität und Umfang (Baukosten des Gewerkes mind. CHF 0.5 Mio. pro Projekt, unter Umständen aufgeteilt in mehrere, einzelne Bauten innerhalb des gleichen Auftrages). Die Referenzen sind aktuellen Datums (< 10 Jahre). Der Nachweis der geforderten Spezifikationen (Ausführungsarten) soll / kann von beliebigen Referenzprojekten plausibel dargestellt werden unter Angabe der entsprechenden Auftragsvolumen [sic]. Eigene Referenzblätter mit Beschrieb und Fotos zu der ausgeschriebenen Spezifikation und Gewerk, sind der Dokumentation zum Angebot des Anbieters beizulegen. - Er ist vertraut, gemäss den Ausführungsbestimmungen in der Ausschreibung, mit der Montage von Leichtbauwänden in vorgefertigte und vorgespannte Rippendecken aus Beton. Vorschlag UN liegt dem Angebot bei. - Er ist vertraut gleitende Wand- und Deckenanschlüsse, Gleitmöglichkeit 5-20 mm, mit sichtbaren Gipsblöcken (mit Schall- und Brandschutzanforderung) zu erstellen. - Er ist vertraut gedämmte Ständer-, Installations-, Vorsatzschalen, und Schachtwände mit Gips- und Hartgipsplatten-, sowie mit zementgebundener Gipsplattenbekleidung zu erstellen. - Er ist vertraut abgehängte Akustikverkleidungen von Kanälen und Leitungen an Decken mit Hartgipsplattenbekleidung zu erstellen. - Er ist vertraut Brandschutzbekleidungen bei Stahlstützen und Stahlträger [sic], Brandschutz REI 60, zu erstellen. - Er ist vertraut Sanitärwände mit imprägnierten und zementgebundenen Gipsplatten zu bekleiden. - Er ist vertraut Grundputze, Weissputze und mineralische Deckputze (Abrieb Korngrösse 1 mm) zu erstellen. - Er ist vertraut Innendämmungen auf Wände [sic] bestehend aus Hartschaumplatten mit Gewebeeinbettung, Zementgrundputz und Zementspachtelung zu erstellen.

E. 7.2.2

Die Anbieterinnen mussten für die Angabe ihrer Referenzen das Formular 3 verwenden. Auf diesem ist vermerkt, dass «zusätzlich zu diesem Formular [...] pro Referenz max. 1 A4-Seite einer eigenen Dokumentation beigelegt werden [kann].». Auf der Angebotsübersicht fehlt hingegen eine Aufforderung, dass die Anbieter zusätzliche Referenzblätter einreichen müssen (vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, S. 3).

E. 7.2.3

Die Beschwerdeführerin füllte das Formular 3 aus und führte zwei Referenzprojekte auf. Bei der Beschreibung der ausgeführten Arbeiten gab sie bei beiden Referenzobjekten lediglich den Hinweis auf «BKP 271 Gipsarbeiten inkl. Trockenbau» an. Sie antwortete auf die ebenfalls im Formular für beide Referenzobjekte separat gestellte Frage, wieso die jeweilige Referenz ein gutes Beispiel sei, um die Erfahrung und die fachliche Kompetenz des Unternehmens für die gestellte Aufgabe darzustellen, nur: «Die ausgeführten Arbeiten entsprechen vielen Positionen im Leistungsverzeichnis.» Ein zusätzliches Referenzblatt reichte die Beschwerdeführerin nicht ein.

E. 7.2.4

Gemäss Evaluationsbericht erteilte die Vergabestelle dem Angebot der Beschwerdeführerin die Note 1. Es ergibt sich aus diesem Bericht ebenfalls, dass die Vergabestelle nur das dritte

und siebte Lemma gemäss Ausschreibung als erfüllt betrachtet hat. Bei den übrigen Bewertungspunkten vermerkte die Vergabestelle, dass keine Angaben des Anbieters vorliegen.

E. 7.3.1

Ob die Anbieterinnen tatsächlich ein zusätzliches Referenzblatt einreichen mussten, geht aufgrund der teils widersprüchlichen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig hervor. Diese Frage kann jedoch vorliegend offenbleiben, weil die Vergabestelle gemäss Evaluationsbericht die tiefe Note nicht bloss wegen dem Fehlen eines solchen Referenzblattes erteilte, sondern wegen den fehlenden Angaben der Beschwerdeführerin - sei es im Formular 3 oder in einem Referenzblatt. Eine Beurteilung der aufgeführten Bewertungspunkte sei so nicht möglich gewesen.

E. 7.3.2

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566 ff.). Aufgrund der gewählten Formulierung der Aufzählungspunkte beim Zuschlagskriterium Z2 mussten die Anbieterinnen davon ausgehen, dass diese bei der Bewertung dieses Kriteriums als Beurteilungsmaßstab herangezogen werden, auch wenn sie nicht eindeutig als «Bewertungs- bzw. Beurteilungspunkte» bezeichnet sind. Diese Bewertungs- und Beurteilungspunkte sollten der Vergabestelle dazu dienen, die Referenzen auch unter einem leistungs- oder angebotsbezogenen Gesichtspunkt zu prüfen, was ohne Weiteres zulässig ist (vgl. Locher/Oechlin, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [nachfolgend: Handkommentar], 2020, Art. 29 BöB N. 15).

E. 7.3.3

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geltend macht, die Angabe der Spezifikation «BKP 271 Gipsarbeiten inkl. Trockenbau» bei den an den Referenzobjekten ausgeführten Arbeiten reiche als Qualitätsmerkmal für die ausgeschriebenen Arbeiten aus, ist sie darauf hinzuweisen, dass es der Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens offensteht, wie sie die Erfüllung eines Zuschlagskriteriums überprüfen will. Inwiefern es sachlich nicht gerechtfertigt sein soll, dass die Vergabestelle anhand der angegebenen Beurteilungspunkte nachvollziehen wollte, ob die Beschwerdeführerin bei zwei Referenzprojekten die nötige Erfahrung für die ausgeschriebenen Arbeiten sammeln konnte, begründet die Beschwerdeführerin nicht substantiiert. Da die Vergabestelle aus der Angabe der Beschwerdeführerin, die ausgeführten Arbeiten würden in «vielen Positionen» dem Leistungsverzeichnis entsprechen, auch nicht genügend ableiten konnte, mit welchen Bewertungspunkten sie konkret vertraut ist, muss sich die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer äusserst knappen Angaben entgegenhalten lassen, dass die Vergabestelle bei beiden Referenzen nicht abschliessend beurteilen konnte, ob die Beschwerdeführerin auch die übrigen Bewertungspunkte erfüllt. Dass diese Arbeiten für namhafte Bauherren ausgeführt worden sind, ist für die Erfüllung dieser Punkte unerheblich, wie die Vergabestelle zurecht vorbringt.

E. 7.4

Wie bereits erwähnt, greift das Bundesverwaltungsgericht nur dann in die Bewertung ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Inwiefern die Vergabestelle bei der Bewertung des Z2 ihr technisches Ermessen überschritten haben soll, ist nicht ersichtlich, weshalb sich die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorgebrachte Rüge als unbegründet erweist.

E. 8

Als nächstes ist zu prüfen, ob die Vergabestelle bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums «Z3 Referenzen der Schlüsselpersonen» einen qualifizierten Ermessensfehler begangen hat.

E. 8.1.1

Die Beschwerdeführerin bringt bezüglich des Z3 vor, dass der Geschäftsführer, den sie als Schlüsselperson angegeben habe, eidgenössischer Gipsermeister sei. Dieses Diplom stelle bereits einen ausreichenden Nachweis dafür dar, dass er mit den aufgelisteten Arbeiten vertraut sei. Die von der Vergabestelle im Formular 4 aufgelisteten Arbeiten seien lediglich als Feststellungen zu verstehen und die Anbieterinnen seien nicht aufgefordert worden, etwas anzukreuzen oder zu bestätigen.

E. 8.1.2

Die Vergabestelle erwidert, dass die blosser Erwähnung der Ausbildung des Bauführers nicht als Beweis ausreiche, dass er mit den aufgelisteten Spezifikationen bzw. Bewertungspunkten konkret vertraut sei. Die Formulierung «BKP 271 Gipserarbeiten inkl. Trockenbau», die die Beschwerdeführerin auch hier bei den ausgeführten Arbeiten notiert habe, reiche dafür ebenfalls nicht aus. Sie weist weiter darauf hin, dass die Beschwerdeführerin das Formular 4, welches sich auf die Referenzobjekte der Schlüsselpersonen bezog, nicht komplett ausgefüllt habe. Es würden sämtliche Angaben zu den Referenzobjekten des Vorarbeiters, d.h. der Schlüsselperson 2, fehlen.

E. 8.1.3

Die Beschwerdegegnerin führt an, dass die Beschwerdeführerin die Rechtslage verkenne, wenn sie davon ausgehe, dass es sich bei den geforderten Spezifikationen um reine Feststellungen der Vergabestelle handle. Die Benotung der Vergabestelle sei für sie nachvollziehbar.

E. 8.2.1

Für das Z3 «Referenzen der Schlüsselpersonen» verlangte die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen, dass «die Schlüsselperson [...] Referenzen von 2 vergleichbaren Projekten nach[weist], insbesondere bezüglich Komplexität und Umfang [...]». Zusätzlich zu den acht Bewertungspunkten, die die Vergabestelle auch für die Bewertung des Zuschlagskriteriums Z2 hinzugezogen hat, setzte sie für die Schlüsselpersonen voraus, dass sie über die notwendige Ausbildung und Berufserfahrung (5-10 Jahre) in der vorgesehenen Position verfügen. Die übrigen Bewertungspunkte entsprechen exakt dem Z2, weshalb diesbezüglich auf die E. 7.2.1 verwiesen werden kann. Für dieses Kriterium mussten die Anbieterinnen das Formular 4 verwenden.

E. 8.2.2

Die Beschwerdeführerin hat für die erste Schlüsselperson (Bauführer) beim Zuschlagskriterium Z3 dieselben Referenzen wie beim Z2 angegeben. Sie nannte bei den ausgeführten Arbeiten/Leistungen wiederholt «BKP 271 Gipserarbeiten inkl. Trockenbau»

und sie hat abermals lediglich erwähnt, dass die «ausgeführten Arbeiten [...] vielen Positionen im Leistungsverzeichnis» entsprechen würden. Die Beschwerdeführerin reichte zusätzlich eine A4-Seite ein, auf welcher sie oberflächlich den beruflichen Werdegang des Bauführers beschrieben und wenige Ausführungen zum Unternehmen gemacht hat, ohne jedoch konkret Referenzen zu benennen. Für die zweite Schlüsselperson (Vorarbeiter) fehlen die Angaben im Formular 4 vollständig.

E. 8.2.3

Für die beiden Referenzen des Bauführers hat die Vergabestelle die Note 2 erteilt. Die beiden Referenzen des Vorarbeiters erhielten die Note 0. Für das Z3 ergab dies insgesamt die Note 1.

E. 8.3.1

Bezüglich der Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle beim Zuschlagskriterium Z3 in überspitzten Formalismus verfallen sei, ist anzuführen, dass gemäss Art. 29 Abs. 1 BV ein überspitzter Formalismus nur dann vorliegt, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus zudem ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmängel zu beheben.

E. 8.3.1.1

Die Praxis unterscheidet bei unvollständigen oder nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-2431/2020 vom 7. September 2020 E. 2.3): Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 6.2 m.w.H.). Ein wesentlicher Formfehler liegt vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder ungenügend erfüllt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1). Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2; Christoph Jäger, 14. Kapitel Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, Rz. 234). Die dritte Kategorie lässt sich schliesslich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1; 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8; 2C_197/2010 vom 30. April 2010 E. 6.4; 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4).

E. 8.3.1.2

Nachdem die Vergabestelle die Beschwerdeführerin trotz teilweise fehlenden Angaben nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen hat, hat sie bezüglich der Beurteilung des

Zuschlagskriteriums 3 bereits deswegen nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen.

E. 8.3.1.3

Auch sonst ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vergabestelle in diesem Zusammenhang eine ungerechtfertigte sachliche Strenge an den Tag gelegt haben soll. Die Beschwerdeführerin hat vorliegend das Formular 4 nur für den Bauführer ausgefüllt, obwohl im Formular unmissverständlich auch nach den Referenzprojekten für den Vorarbeiter gefragt wurde. Eine Erklärung, wieso die Beschwerdeführerin nur die Referenzen für den Bauführer aufführt, gab die Beschwerdeführerin weder im Vergabeverfahren noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren ab. Weiter fehlten, wie bereits beim Zuschlagskriterium Z2, die Referenzblätter mit dem Beschrieb und Fotos der Referenzobjekte. Aufgrund der fehlenden Angaben war es der Vergabestelle nicht möglich ist, die Ausbildung, Berufserfahrung und Fachkompetenzen des Vorarbeiters und damit schliesslich seine Kompetenz im Hinblick auf die Erfüllung der ausgeschriebenen Arbeiten zu bewerten.

E. 8.3.2

Wie bereits erwähnt, entsprechen die Bewertungspunkte im Wesentlichen dem Zuschlagskriterium Z2. Die im Gegensatz zum Z2 höhere Benotung ist gemäss handschriftlichen Bemerkungen der Vergabestelle in der Auswertung der Angebote darauf zurückzuführen, dass der Bauführer über die notwendige Berufserfahrung verfügt, die beim Z3 als zusätzlicher Bewertungspunkt vorgesehen war. Darüber hinaus ist die Bewertung der beiden Referenzobjekte jedoch identisch mit derjenigen für das Z2, weshalb die Note 2 für die Referenzen des Bauführers aus denselben Gründen (vgl. E. 7.2.4) nicht als rechtsfehlerhaft erscheint. Wie die Vergabestelle korrekt ausführt und von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten wird, hat die Beschwerdeführerin das Formular 4 nur für eine Schlüsselperson ausgefüllt. Dass die Vergabestelle in der Folge für die zwei verlangten Referenzobjekte der zweiten Schlüsselperson (Vorarbeiter) keine Benotung erteilte, ist nicht zu beanstanden.

E. 8.4

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Notenvergabe für das Zuschlagskriterium Z3 rechtskonform erfolgt ist. Es finden sich insbesondere keine Hinweise darauf, dass die Vergabestelle gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen hat.

E. 9

Nachfolgend ist deshalb noch zu untersuchen, ob die Vergabestelle ihr Ermessen im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium «Z4 Organisation und Termine» rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Das Zuschlagskriterium Z4 besteht aus zwei Subkriterien: dem Subkriterium Organisation und dem Subkriterium Termine. In der anschliessenden Erwägung wird zuerst auf die Organisation (s. E. 9.1-9.3) und danach auf die Termine (s. E. 9.4-9.6) eingegangen.

E. 9.1.1

Die Beschwerdeführerin erachtet das von ihr für das Subkriterium «Organisation» eingereichte Organigramm als ausreichend, denn daraus würden die Funktionen und die Kompetenzen der federführenden Personen hervorgehen. Dass sämtliche für das Projekt vorgesehenen Gipser auf dem Organigramm hätten aufgelistet werden müssen, sei für sie nicht ersichtlich gewesen. Eine solche Auflistung der Personen sei zudem nicht wesentlich,

weil sich bis zum Projektbeginn noch personelle Änderungen ergeben könnten. Zudem sei im von ihr eingereichten Bauprogramm aufgeführt, wie viele Mitarbeitenden am Projekt beteiligt seien. Weiter seien die Angaben zur Infrastruktur, zur Eigenständigkeit, zu den personellen und zu den logistischen Ressourcen im Formular 2 aufgeführt.

E. 9.1.2

Die Vergabestelle erwidert, dass sie aufgrund dem vorgelegten Organigramm nicht habe nachvollziehen können, wie wettbewerbsfähig die Beschwerdeführerin sei und welche personelle Ressourcen ihr zur Verfügung stünden. Es handle sich nicht um ein vertragsbezogenes Organigramm und es würden auch die Angaben zur Infrastruktur, zur Eigenständigkeit, zu den personellen und logistischen Ressourcen sowie zur Mitarbeiterförderung und -ausbildung fehlen. Es sei nicht ihre Aufgabe, die verlangten Angaben in den verschiedenen Angebotsteilen zusammenzusuchen. Ohnehin enthalte auch das Formular 2 nicht alle erbetenen Angaben.

E. 9.1.3

Die Beschwerdegegnerin schliesst sich der Argumentation der Vergabestelle an und hält die Benotung für gerechtfertigt und nachvollziehbar.

E. 9.2.1

Für das Subkriterium «Organisation» des Zuschlagskriteriums «Z4 Organisation und Termine» forderte die Vergabestelle die folgenden Informationen (Zitat): Organisation: Vertragsbezogenes Organigramm des Unternehmers mit Nennung der für die Vertragserfüllung vorgesehenen Personen und deren Funktion. Generelle Informationen zur Unternehmung mit Angaben zu den vorhandenen Kompetenzen. Als Beilagen gemäss Formular 6 «Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) einzureichen. Im Formular 6 weist die Vergabestelle weiter auf folgendes hin (Zitat):

E. 9.2.2

Die Beschwerdeführerin legte dem Angebot ein Organigramm bei. Diesem kann entnommen werden, dass die Bauleitung von zwei Personen wahrgenommen wird: Dem Geschäftsführer in der Abteilung «Gipserei» und einem angehenden Malermeister in der Abteilung «Malerei». Für die «Administration» sind drei weitere Personen mit Namen aufgeführt.

E. 9.2.3

Die Vergabestelle bewertete die Organisation der Beschwerdeführerin mit der Note 1. Sie begründete diese Note im Evaluationsbericht insbesondere durch die aktuell bei der Beschwerdeführerin vorliegenden Verfehlungen gegen den Gesamtarbeitsvertrag (nachfolgend: GAV) sowie dem nicht vertragsbezogenen und minimal gehaltenen Organigramm. Die Vergabestelle befürchtete ebenfalls, dass die Beschwerdeführerin mit Ressourcenproblemen konfrontiert werden könnte.

E. 9.3.1

Im eingereichten Organigramm fehlen, wie die Vergabestelle zutreffend ausgeführt hat, die Angaben zu den weiteren Personen - beispielsweise den Vorarbeitern -, die für die Vertragserfüllung vorgesehen sind, obwohl die Vergabestelle dies explizit im Formular 6 gefordert hat. Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass für sie nicht ersichtlich gewesen sei, dass sie sämtliche für das Projekt vorgesehenen Mitarbeitenden hätte aufführen müssen,

ist aufgrund der klaren Formulierung dieses Subkriteriums nicht nachvollziehbar. Dass die Nennung dieser Personen sachlich nicht gerechtfertigt sein soll, begründet die Beschwerdeführerin nicht. Wie die Vergabestelle zu Recht vorbringt, hätte die Beschwerdeführerin im Organigramm Funktionen ohne Namen oder Stellenprozente angeben können, um möglichen Personalwechslern bis zum Projektbeginn Rechnung zu tragen.

E. 9.3.2

Es trifft zwar zu, dass die Beschwerdeführerin die Anzahl der Mitarbeitenden, die für den vorliegenden Auftrag freigestellt werden können, im Formular 2 sowie im Bauprogramm angegeben hat. Anhand der Angaben in diesem Formular hat die Vergabestelle unter anderem geprüft, ob die Anbieterinnen für die Erfüllung des Eignungskriteriums «E2» genügend personelle Ressourcen zur Verfügung haben. Während mit Eignungskriterien die Eignung der Anbieterinnen geprüft wird, dienen Zuschlagskriterien dazu, die Angebote zu bewerten. Es ist daher zulässig, dass gewisse Mindestkriterien als Eignungskriterium verlangt werden und eine darüber hinausgehende Erfüllung beim Zuschlagskriterium gewichtet wird (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Locher/Oechslin, Handkommentar, Art. 29 BöB N. 14 f.). Weil die Vergabestelle beim Subkriterium «Organisation» korrekterweise detailliertere Informationen über die personellen Ressourcen verlangt hat, kann die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten, wenn sie lediglich auf die minimale Angabe der absoluten Zahl der für das Projekt vorgesehenen Mitarbeitenden im Formular 2 und die identischen Angaben im Bauprogramm verweist.

E. 9.3.3

Weiter fehlen im Angebot der Beschwerdeführerin die geforderten Angaben zur Infrastruktur, zur Eigenständigkeit, zu den logistischen Ressourcen und zur Innovation. Entgegen der Beschwerdeführerin gehen diese Informationen auch aus dem Formular 2 nicht hervor. Dort finden sich lediglich die Umsätze des Unternehmens der letzten drei Jahre und die Anzahl der beschäftigten Mitarbeitenden sowie die Anzahl der Personen, die für den Auftrag freigestellt werden können. Dass die Vergabestelle deshalb einen Punkteabzug vorgenommen hat und für das Subkriterium «Organisation» insgesamt die Note 1 erteilt hat, ist nicht zu beanstanden. Ob die GAV-Verfehlungen der Beschwerdeführerin und die möglicherweise drohenden Ressourcenprobleme zu einem weiteren Punkteabzug hätten führen dürfen, kann vorliegend offen bleiben.

E. 9.4

Zu prüfen bleibt die Bewertung des Subkriteriums «Termine».

E. 9.4.1

Die Beschwerdeführerin macht in Bezug auf das für das Subkriterium «Termine» eingereichte Bauprogramm, aus welchem gemäss Aussage der Vergabestelle die sicherheitsrelevanten Aspekte zu wenig hervorgehen würden, geltend, dass sie Mitglied der SUVA-Charta sei und sie die ASA-Branchenlösung umsetze.

E. 9.4.2

Die Vergabestelle erläutert, dass im Bauprogramm der Beschwerdeführerin nähere Ausführungen zur Qualität und Sicherheit fehlen würden.

E. 9.4.3

Die Beschwerdegegnerin wiederholt im Wesentlichen die Argumentation der Vergabestelle und kommt zum Schluss, dass die Benotung gerechtfertigt und nachvollziehbar sei.

E. 9.5.1

Die Vergabestelle konkretisierte das Unterkriterium «Termine» in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren wie folgt (Zitat): Termine: Nachvollziehbares Bauprogramm gemäss Art. 93 SIA-Norm 118 des Anbieters unter Berücksichtigung der Terminvorgaben und der vorhandenen Bedingungen. Dieses ist als Bestandteil des Angebots (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) einzureichen. Im Formular 6 finden sich weitere Anforderungen zu diesem Unterkriterium (Zitat):

E. 9.5.2

Die Beschwerdeführerin gab in dem von ihr beigelegten Bauprogramm für die betroffenen Gebäude die Normpositionen, Zulieferer, die Anzahl der geplanten Personen sowie den Zeitplan je einzeln an.

E. 9.5.3

Für das Subkriterium «Termine» erteilte die Vergabestelle dem Angebot der Beschwerdeführerin die Note 3. Dem Evaluationsbericht ist zu entnehmen, dass die Vergabestelle die Bewertungspunkte «Abgestimmt auf die vorhandenen Ressourcen» und «Angaben von Zulieferanten» als erfüllt betrachtete. Hingegen seien die Bewertungspunkte «Plausibilität und Qualität Bauprogramm» und «Meilensteine im Bauprogramm ersichtlich» nicht erfüllt.

E. 9.6.1

Dass die Beschwerdeführerin die Meilensteine nicht dargelegt hat, bestreitet sie nicht. Sie bringt auch keine Argumente vor, weshalb in ihrem Bauprogramm - entgegen der Ansicht der Vergabestelle - die qualitätsrelevanten Aspekte berücksichtigt und dokumentiert seien.

E. 9.6.2

Bezüglich der sicherheitsrelevanten Aspekte ist der Vergabestelle zuzustimmen, wenn sie festhält, dass die Beschwerdeführerin diese Aspekte im Bauprogramm der Beschwerdeführerin nicht thematisiert hat. Es trifft zwar zu, dass die Beschwerdeführerin in einem anderen Dokument dargelegt hat, sie sei der ASA-Branchenlösung Nr. 19 «Handbuch für Arbeitssicherheit / Gesundheitsschutz für das Maler- und Gipsergewerbe» angeschlossen, und sie eine Urkunde über die Mitgliedschaft bei der Sicherheits-Charta der Suva eingereicht hat. Dennoch fehlt ein Zusammenhang zwischen diesen allgemeinen Vorgaben und dem konkreten Bauprogramm der Beschwerdeführerin bezüglich der ausgeschriebenen Arbeiten.

E. 9.6.3

Eine rechtsfehlerhafte Bewertung des Subkriteriums «Termine» durch die Vergabestelle ist deshalb ebenfalls nicht erkennbar.

E. 9.7

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der beiden Subkriterien bzw. bei der Gesamtnote für das Zuschlagskriterium Z4 ihr Ermessen weder überschritten, unterschritten noch missbraucht hat.

E. 10

Insgesamt ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vergabestelle bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin einen qualifizierten Ermessensfehler begangen hätte. Die Kritik der Beschwerdeführerin bezieht sich vielmehr auf die Angemessenheit der Bewertung, die im Vergabeverfahren gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB nicht gerügt werden kann (vgl. E. 6). Da die Beschwerdegegnerin alsdann die höchste Punktzahl erreichte, verstösst auch der Zuschlag an sie nicht gegen Bundesrecht.

E. 11

Weiter ist festzuhalten, dass die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die Gründe für die Abzüge bei den gerügten Zuschlagskriterien anlässlich des Debriefings vom 13. April 2022 mitgeteilt hat. Es bestehen deshalb vorliegend keine Anhaltspunkte, dass die Vergabestelle ihrer Pflicht gemäss Art. 51 Abs. 2 BöB, wonach beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen sind, nicht nachgekommen sei. Selbst wenn die Beschwerdeführerin mit der Rüge, die Begründungen der Vergabestelle seien nicht nachvollziehbar, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend machen will, wäre eine solche im vorliegenden Beschwerdeverfahren als geheilt zu betrachten. Die Vergabestelle hat in ihren Stellungnahmen hinreichende Ausführungen zur Begründung der Prüfung und Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin nachgereicht, zu denen sich die Beschwerdeführerin nach Gewährung der Akteneinsicht im Rahmen des Schriftenwechsels äussern konnte.

E. 12

In ihrer Beschwerde beantragt die Beschwerdeführerin weiter, es sei ihr Einsicht in die Akten der Vergabestelle zu gewähren.

E. 12.1

Der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 57 Abs. 2 BöB im Beschwerdeverfahren auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dem entgegenstehen.

E. 12.1.1

Für die Frage, welche Verfahrensakten als entscheidrelevant zu qualifizieren sind, kann auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum alten Recht verwiesen werden (Micha Bühler, Handkommentar, Art. 57 BöB N. 18). So ist etwa entschieden worden, dass nur in die für die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage relevanten Akten Einsicht gewährt wird, solange der Prozess auf dieses Thema beschränkt ist. In gleicher Weise hat das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses wegen unvollständiger Offerte festgehalten, dass diejenigen Akten, welche nur in Bezug auf die Bewertung der Offerten im Rahmen eines Zuschlags relevant wären, im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit des Ausschlusses nicht Gegenstand der Akteneinsicht sind (Zwischenentscheid des B-1774/2006 vom 13. März 2007, auszugsweise publiziert als BVGE 2007/13, nicht veröffentlichte E. 7.2).

E. 12.1.2

Auch in Bezug auf die Frage, welche Vergabeakten aufgrund überwiegenden entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen von der Einsichtnahme auszunehmen sind, ist auf die ständige Rechtsprechung zum alten Recht zu verweisen (vgl. Bühler, a.a.O., Art. 57 N. 25). Im Rechtsmittelverfahren in Vergabesachen besteht ohne

Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten, da das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten hat (BGE 139 II 489 E. 3.3; Urteile des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1 und 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2c; Urteil B-4704/2021 E. 7.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2 m.w.H.; Bühler, a.a.O., Art. 57 BöB N. 17 und 26 f.).

E. 12.2.1

Die Frage, ob die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin zu tief bewertet hat, ist primär allein aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen und der Offerte der Beschwerdeführerin zu beantworten, was vorliegend auch geschehen ist und möglich war. Über diese Akten verfügte die Beschwerdeführerin bereits. Die Beschwerdeführerin hat darüber hinaus auch keinen Antrag gestellt, dass bei einer der Mitbewerberinnen eine andere Bewertung oder sogar ein Ausschluss angezeigt gewesen wäre, weshalb ihr bereits deshalb aufgrund mangelnder Relevanz keine weitere Einsicht in die Angebote ihrer Mitbewerberinnen zu geben ist.

E. 12.2.2

Abgesehen davon wurde dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin am 7. Juli 2022 bereits mehrheitlich entsprochen, da sie Einsicht in die für sie bestimmte (teilweise geschwärzte) Version der Verfahrensakten erhielt. Es ist nicht ersichtlich, welche weiteren Unterlagen die Beschwerdeführerin einsehen will oder ob sich ihr Begehren auf die nicht geschwärzte Version der Akten bezieht. Im letzteren Fall wäre eine weitergehende Einsicht in die Konkurrenzofferten auch wegen überwiegenden privaten Interessen der anderen Anbieterinnen abzulehnen.

E. 12.3

Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin ist deshalb, soweit es durch die bis die anhin gewährte Akteneinsicht nicht ohnehin gegenstandslos geworden ist, abzuweisen.

E. 13

Die Beschwerde erweist sich damit insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, noch über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dieser wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

E. 14

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

E. 14.1

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall

auf Fr. 3'000.- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

E. 14.2

Ausgangsgemäss hat die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die (im vorliegenden Verfahren ohnehin ebenfalls nicht anwaltlich vertretene) Vergabestelle ist als verfügende Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE nicht entschädigungsberechtigt und hat auch keine Entschädigung beantragt (Elisabeth Lang, Handkommentar, Art. 55 BöB N. 32; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1443 m.w.H.).

E. 14.3

Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Diese ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE) und umfasst auch Auslagen der Vertretung gemäss Art. 11 VGKE. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin reichte mit Eingabe vom 30. September 2022 eine Kostennote für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ein und macht ausgehend von einem Aufwand von insgesamt 14 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 300.- Kosten von Fr. 4'200.- geltend. Zusätzlich fordert er einen Ersatz für die ihm entstanden Auslagen in Höhe von Fr. 34.30 für Porti und Telefonate und von Fr. 139.- für Kopien (278 Seiten à Fr. 0.50). Damit beläuft sich die beantragte Parteientschädigung insgesamt auf Fr. 4'710.05 inklusive Mehrwertsteuer. Der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte zeitliche Aufwand von 14 Stunden erscheint im Hinblick auf den Inhalt sowie den Umfang der Eingaben als zu hoch und nicht notwendig, weshalb er um die Hälfte auf 7 Stunden zu kürzen ist. Der geltend gemachte Stundenansatz und die aufgeführten Auslagen sind nicht zu beanstanden. Die Parteientschädigung umfasst indessen vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragene Beschwerdegegnerin als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3; Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 7.2). Damit ist der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'273.30 zuzusprechen.

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