

BVGer B-3189/2016 vom 31. August 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-08-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3189_2016

FR: TAF B-3189/2016 du 31 août 2016

IT: TAF B-3189/2016 del 31 agosto 2016

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Diese Zuständigkeit ist gegeben bei Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). 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, m.H.). 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. Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 15. Dezember 2015 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BöB. Massgebend sind insoweit die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification, CPC; BVGE 2011/17 E. 5.2.1 f.). Gemäss der Ausschreibung beinhaltet der Beschaffungsgegenstand die Unterhaltsreinigung sowie die monatliche und die jährliche Reinigung für mehrere Liegenschaften, welche von der Vergabestelle genutzt werden (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.5). In der Ausschreibung wies die Vergabestelle die Beschaffung der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorie 90910000 "Reinigungsdienste" und 90911200 "Gebäudereinigung"

zu (vgl. Ziffer 2.4 der Ausschreibung). Die Angaben "CPV: 90910000 "Reinigungsdienste" und 90911200 "Gebäudereinigung" entsprechen der Sache nach einer Dienstleistung der CPC-Referenznummer 874 (Gebäudereinigung), welche unter anderem im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt ist. Der Beschaffungsgegenstand fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB. Der zu beschaffende Auftrag erstreckt sich über eine Laufzeit von vier Jahren (vgl. Ziffer 2.7 der Ausschreibung). Bei mehrjährigen Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen mit einer bestimmten Laufzeit ist der Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 15 Abs. 1 Bst. a VöB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 312). Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots für den Grundauftrag für vier Jahre bei Fr. 2'450'523.- und übersteigt damit zweifelsfrei den für Dienstleistungsaufträge geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB i.V. mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 2

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

E. 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 (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 4

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu-kommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Ge-such hin erteilt werden (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB). 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1, m.H.). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum

Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, m.H.). 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. 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) 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 (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die 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; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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 (vgl. Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1, m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). 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 (vgl. BVGE 2007/13 E. 2.2, m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341).

E. 5

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1). Diesbezüglich bestreiten die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin vorab die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin.

E. 5.1

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

E. 5.3

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

E. 5.4

Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin ein derartiges schutzwürdiges Interesse aufweist. Die Vergabestelle wendet diesbezüglich ein, die Beschwerdeführerin habe in der Evaluation lediglich den dritten Platz belegt. Ihre Ausführungen würden nicht ansatzweise dazu führen, dass sie die zweitplatzierte Anbieterin überholen könnte.

E. 5.5

Die Frage, ob der unterlegene, beschwerdeführende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären, oder aber dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als 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 und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, m.H.; Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

E. 5.6

In einem Vergabeverfahren wird einem nicht berücksichtigten Anbieter in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt, bevor er in seiner Beschwerde seine Legitimation darzulegen hat (vgl. Art. 26 BöB; GALLI/ MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags dem nicht berücksichtigten Anbieter zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen des berücksichtigten Anbieters sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von dessen Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB), im Gesetz

jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieter abgibt. Diese Beweiserschwerinis ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind (vgl. Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

E. 5.7

Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin geltend, gemäss dem Absageschreiben der Vergabestelle sei es ausschliesslich der Preis gewesen, welcher den Ausschlag dafür gegeben habe, dass der Zuschlag nicht ihr erteilt worden sei. Gemäss der Bewertungsübersicht habe sie beim Zuschlagskriterium Z1 (Preis) 136 von 500 möglichen Punkten erzielt, bei den übrigen Bewertungskriterien - Z2.1 (Qualitätssicherung), Z2.2 (Einsatz-/Ressourcenplanung), Z3 (Referenzen aus Projekterfahrungen in der Schweiz von vergleichbaren Aufträgen) - indessen die Maximalbewertung von 500 Punkten. Der Umstand, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin mit einem Preis von Fr. 2'450'523.- rund 27% unter ihrem eigenen Angebot liege, wecke berechnete Zweifel an den Kalkulationen der Mitbewerber. Da sie selber den in Frage stehenden Dienstleistungsauftrag bisher ausgeführt habe, habe sie für ihre Offerte auf Erfahrungszahlen zurückgreifen können. Aufgrund dieser Erfahrungswerte bestreite sie, dass den tieferen Offerten der Mitbewerber realistische Berechnungen zugrunde lägen. Zudem habe die Vergabestelle den Ausschreibungsbedingungen widersprechende Preisverhandlungen geführt und wohl auch bei anderen Anbietern tiefere Stundenberechnungen eingefordert. Würde der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass alle anderen Anbieterinnen, die vor ihr rangiert sind, in dem Umfang, in dem ihre Angebote niedriger sind, unzulässige Unterangebote eingereicht hätten, oder dass diese Angebote mittels unzulässiger Preisverhandlungen zustande gekommen wären, dann könnte dies dazu führen, dass die vor ihrer eigenen Offerte rangierenden Angebote ihrer Mitbewerber ausgeschlossen oder preislich korrigiert würden oder dass das Vergabeverfahren um die von ihr als unzulässig beanstandeten Preisverhandlungen korrigiert werden müsste. In diesen Fällen hätte sie eine reelle Chance, selbst den Zuschlag zu erhalten. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist daher nicht offensichtlich nicht gegeben.

E. 5.8

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5.9

Aufgrund einer prima-facie-Würdigung ergibt sich somit, dass die Beschwerde nicht bereits deswegen als offensichtlich aussichtslos einzustufen ist, weil die Eintretensvoraussetzungen nicht gegeben wären.

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe unzulässige Preisverhandlungen bzw. eine unzulässige Abgebotsrunde durchgeführt. Sie legt dar, sie habe am 22. Februar 2016 ein Angebot über Fr. 3'519'807.- eingereicht. Am 18. März 2016 sei die Vergabestelle per E-Mail mit folgendem Wortlaut an sie gelangt: "Sie haben uns ein Angebot eingereicht für unsere Ausschreibung Reinigungen vom 15.12.2015, SIMAP-Nr. 131813, wofür wir Ihnen

bestens danken. Bei der Prüfung des Preisblatts haben wir folgende Diskrepanz festgestellt: - Die von Ihnen ausgewiesenen Stunden erscheinen uns relativ hoch berechnet. Dürfen wir Sie bitten, diese Angaben auch noch einmal zu überprüfen? Dürfen wir Sie bitten, Ihre Preisberechnung für Los 5 noch einmal zu überprüfen und uns Ihr überarbeitetes Preisblatt per Mail an mich bis spätestens Freitag, 01.04.2016 zurück zu schicken?" In der Folge habe die Beschwerdeführerin am 1. April 2016 ein neues Preisblatt mit einer leicht reduzierten Gesamtsumme von Fr. 3'343'612.- eingereicht. Es sei anzunehmen, dass die Vergabestelle auch bei anderen Anbietern tiefere Stundenberechnungen eingefordert habe bzw. dass andere Anbieter zusätzliche Rückfragen oder Aufforderungen erhalten hätten, welche die Preisgestaltung beeinflusst hätten. In Ziffer 10.4.3 des Pflichtenhefts sei vorgesehen gewesen, dass es keine Verhandlungen gebe, ausser wenn besondere Umstände, wie die Klärung oder Konkretisierung der Anforderungen, es erforderten. Mit dieser Klausel habe die Vergabestelle ihre Befugnis zu Verhandlungen selbst beschränkt. Nichtsdestotrotz habe sie aber von Anbietern nach Abgabe der Offerte eine Neuberechnung der Stundenangaben verlangt. Gemäss der Rechtsprechung der BRK dürfe die Vergabestelle aber auf die Durchführung von Abgebotsrunden in einem laufenden Vergabeverfahren nicht wieder zurückkommen, wenn sie mittels einer derartigen Selbstbeschränkungsklausel vorgängig darauf verzichtet habe. Die Vergabestelle bestreitet, eine unzulässige Preisverhandlung durchgeführt zu haben. Vielmehr habe sie nur eine Bereinigung der Angebote vorgenommen, um danach eine rechtmässige Evaluation vornehmen zu können. Sie habe die Beschwerdeführerin eindeutig zur "Überprüfung der Stunden" und nicht zur "Abgabe eines neuen Preises" aufgefordert. Das von den Anbietern auszufüllende Preisblatt habe die Anzahl der vorgesehenen Stunden für Revierarbeiten, Tagesreinigung, Fensterreinigung und Spezialreinigung sowie eine Position Betriebsmittel enthalten. Bei einigen Anbietern hätten eine oder mehrere Positionen gefehlt. Da diese fehlenden Punkte einen korrekten Vergleich der Angebote verunmöglicht hätten, habe die Vergabestelle sie vor der Evaluation klären müssen. Daher sei jeder Anbieter konkret auf mögliche Mängel in der Preisberechnung hingewiesen worden. Der Hinweis, dass die ausgewiesenen Stunden relativ hoch erschienen, sei nur in der E-Mail an die Beschwerdeführerin enthalten. Die Anfrage der Vergabestelle habe einzig zum Ziel gehabt, dass die Beschwerdeführerin die im Vergleich mit allen anderen Anbietern deutlich höhere Stundenzahl überprüfe, ob es sich dabei allenfalls um einen Rechnungsfehler handle. Auch die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass Nachverhandlungen bzw. unzulässigen Preisverhandlungen durchgeführt worden seien. Sie habe im Preisblatt bei der Position Betriebsmittel den Betrag von 0.- Franken ausgewiesen und sei von der Vergabestelle aufgefordert worden, diesen Punkt nochmals zu überprüfen. Sie habe dies getan und am offerierten Preis festgehalten. Dies, weil die Betriebsmittel bereits in die Stundensätze integriert gewesen seien. Sie habe aber die Preise aufgeschlüsselt und damit Kostentransparenz geschaffen.

E. 6.1

Im Vergaberecht gilt der Grundsatz, wonach Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nur technisch und rechnerisch bereinigt (vgl. Art. 25 VöB), sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen. Dieser Grundsatz erleidet allerdings im Bundesvergaberecht eine wesentliche Einschränkung, indem dieses der Vergabebehörde - im Gegensatz zur Rechtslage in Rahmen IVöB (Art. 11 Bst. c der Vereinbarung) - grundsätzlich erlaubt, Verhandlungen über den Inhalt der Angebote, bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden zu führen (vgl. 20 Abs. 1 BöB; Art. 26 VöB; Entscheid der BRK 2003-016 vom 23. Juli 2003, publiziert in VPB 67.108 E. 4.b; 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 (vgl. Art. 20 Abs. 1 BöB).

E. 6.2

Im vorliegenden Fall behielt sich die Vergabestelle in der Ausschreibung die Durchführung von Verhandlungen vor (vgl. Ziffer 4.3 der Ausschreibung "Verhandlungen bleiben vorbehalten"). In den Ausschreibungsunterlagen dagegen hielt sie ergänzend fest: "Die Vergabestelle führt keine Preisverhandlungen durch. Nur falls besondere Umstände wie die Klärung oder Konkretisierung der Anforderungen es erfordern und die Vergabestelle mit der Einladung zu allfälligen Verhandlungen es ausnahmsweise ausdrücklich zulässt, erhalten die Anbieter Gelegenheit, die Preise anzupassen." (vgl. Ziffer 10.4.3 des Pflichtenhefts).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin bezieht sich in ihrer Beschwerde auf den Entscheid der BRK 2006-016 vom 23. Juli 2003. In jenem Fall hatte die Vergabebehörde in Ziff. 4.3 der Ausschreibung erklärt: "Verhandlungen bleiben vorbehalten. Es werden keine reinen Preisverhandlungen (so genannte Abgebotsrunden) durchgeführt. Allfällige Verhandlungen dienen lediglich der Bereinigung der Offerten; diese können begründete Preisanpassungen nach sich ziehen." (vgl. VPB 67.108 E. 4b). Die BRK kam in jenem Fall zum Schluss, die Vergabebehörde habe damit eine Verhandlungsregel stipuliert, welche den Ausschluss von Abgebotsrunden vorsehe. Preisanpassungen der Anbieter während des Submissionsverfahrens nach Ablauf der Eingabefrist müssten demnach begründet sein und dürften sich lediglich aus der Bereinigung der Offerten ergeben (vgl. VPB 67.108 E. 4b). Die Beschwerdeführerin argumentiert, die Formulierung im vorliegenden Fall sei praktisch identisch mit derjenigen, welche dem Entscheid der BRK zu Grunde gelegen habe, und stelle daher ebenfalls eine verbindliche Selbstbeschränkung der Vergabebehörde dar. Dennoch habe die Vergabestelle im vorliegenden Fall von Anbietern nach Abgabe der Offerte eine Neuberechnung der Stundenangaben verlangt, was unzulässig sei.

E. 6.4

Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, soweit sie die Formulierung im vorliegenden Fall als praktisch identisch mit derjenigen bezeichnet, welche dem Entscheid der BRK zu Grunde lag. Sowohl bezüglich der Voraussetzungen wie auch bezüglich der Rechtsfolgen unterscheiden sich die beiden Formulierungen wesentlich. Ob auch die Formulierung im vorliegenden Fall eine verbindliche Selbstbeschränkung der Vergabestelle zur Folge hatte oder ob die Voraussetzungen für Verhandlungen gegeben waren, kann indessen offen gelassen werden.

E. 6.5

Die Vergabestelle bestreitet, die Beschwerdeführerin in ihrer E-Mail vom 18. März 2016 zu einem Abgebot aufgefordert zu haben. Sie habe die Beschwerdeführerin zur "Überprüfung der Stunden" und nicht zur "Abgabe eines neuen Preises" aufgefordert. Aktenkundig ist, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 18. März 2016 darauf hingewiesen hat, dass die von der Beschwerdeführerin ausgewiesenen Stunden relativ hoch berechnet erschienen, und die Beschwerdeführerin darum ersucht hat, diese Angaben sowie ihre Preisberechnung für Los 5 "noch einmal zu überprüfen" und das "überarbeitete Preisblatt" zurück zu schicken. Aus den Akten geht auch hervor, dass die

Beschwerdeführerin der Vergabestelle in der Folge mit E-Mail vom 1. April 2016 mitgeteilt hat, dass sie aufgrund der Aussage, in Bezug auf die Stunden relativ hoch zu den Mitbewerbern zu stehen, einen Systemwechsel im Reinigungsverfahren vorgenommen habe, welcher ihr erlaube, die Ressourcen effizienter einzusetzen und die Stunden nachhaltig zu reduzieren. Trotz höherer Investitionskosten könne sie dank optimierten Reinigungsprozessen ihr Angebot preislich reduzieren. Die Vergabestelle akzeptierte diese Änderung offensichtlich, ging sie doch bei der Evaluation der Offerten von diesem neuen Angebotspreis der Beschwerdeführerin aus. Die Vergabestelle wies die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 18. März 2016 in Bezug auf das hier in Frage stehende Los darauf hin, dass diese die Kosten "Betriebsmittel pro Jahr" mit 0 Franken ausgewiesen habe und diese Angabe nicht stimmen könne. Daraufhin teilte die Beschwerdegegnerin der Vergabestelle mit E-Mail vom 24. März 2016 mit, dass die Kosten für die Verbrauchsmaterialien gemäss Beilage 2, Kapitel 5.1, bereits in ihren Stundensätzen enthalten seien. Die abgegebenen Preise seien entsprechend verbindlich. Die Beschwerdegegnerin sandte für das Los-Nr. 5 dementsprechend kein überarbeitetes Preisblatt zurück. Der von der Vergabestelle in der Evaluation zu Grunde gelegte Preis für das Angebot der Beschwerdegegnerin war dementsprechend identisch mit deren ursprünglichem Offertpreis.

E. 6.6

Ob die Vergabestelle berechtigt gewesen wäre, die Anbieter zu Verhandlungen einzuladen, kann offen gelassen werden. Offen gelassen kann auch, ob die Anfrage der Vergabestelle vom 18. März 2016 lediglich als Offertbereinigung gemeint war oder als Einladung zu einem Abgebot. Fest steht jedenfalls, dass die Beschwerdeführerin als Reaktion darauf keine bereinigte Offerte, sondern ein Abgebot einreichte und die Vergabestelle dieses nicht zurückwies, sondern akzeptierte. Die Frage stellt sich unter diesen Umständen, ob es nicht ein treuwidriges venire contra factum proprium darstellt, wenn die Beschwerdeführerin nun erstmals im Beschwerdeverfahren rügt, die Vorinstanz habe eine unzulässige Abgebotsrunde durchgeführt, nachdem sie auf die Anfrage der Vergabestelle hin keine Einwände vorgebracht, sondern selbst ein Abgebot eingereicht hatte. Auch diese Frage kann indessen offen gelassen werden. In sachverhaltlicher Hinsicht steht nämlich auch fest, dass die Beschwerdegegnerin ihrerseits auf die entsprechende E-Mail der Vergabestelle hin ihre Offerte nicht abgeändert hat, sondern erklärte, dass sie die Kolumne "Betriebsmittel pro Jahr" deshalb leer gelassen habe, weil diese Kosten in ihren Stundenansätzen bereits enthalten seien. Selbst wenn daher davon ausgegangen würde, dass die Vergabestelle unzulässige Preisverhandlungen durchgeführt hätte, könnte dieser Schluss lediglich dazu führen, dass allfällige Abgebote nicht berücksichtigt werden dürften und die Evaluation lediglich gestützt auf die Offertpreise der ursprünglich eingereichten Angebote vorzunehmen wäre. Da die Beschwerdegegnerin indessen kein Abgebot eingereicht hat, würde sich am Zuschlag daher nichts ändern.

E. 6.7

Prima facie ergibt sich somit, dass die Frage, ob die Vergabestelle allenfalls unzulässige Preisverhandlungen durchgeführt hat, in Bezug auf den angefochtenen Zuschlag offensichtlich irrelevant ist.

E. 7

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die vor ihr platzierten Anbieter hätten beim Zuschlagskriterium Z1 (Preis) ihren Offertpreis unrealistisch tief kalkuliert. Da sie selbst den zu vergebenden Auftrag bisher ausgeführt habe, könne sie für ihre Stundenberechnung auf Erfahrungszahlen zurückgreifen. Daher erstaune die erhebliche Preisspanne der eingegangenen Angebote. Den tieferen Offerten der Mitbewerber könnten daher keine realistischen Berechnungen zugrunde liegen. Dies treffe insbesondere in Bezug auf das rund 27% tiefere Angebot der Beschwerdegegnerin zu. Dies gelte umso mehr, als in der Reinigungsbranche ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag (im Folgenden: GAV) gelte, dessen Mindestlohnbestimmungen den Spielraum für die Preisgestaltung von vornherein stark einschränkten. Die Vergabestelle bestreitet die Vorwürfe der Beschwerdeführerin. Alle für die Evaluation zugelassenen Anbieter hätten die Lieferantenselbstdeklaration vollständig ausgefüllt, unterzeichnet und damit auch die Einhaltung der Bestimmungen des GAV bestätigt. Zudem sei mit allen Anbietern gleichzeitig eine Besichtigung an drei ausgewählten Standorten durchgeführt worden. Für die Berechnung der zu reinigenden Objekte und Flächen sei allen Anbietern eine Tabelle mit Flächenangaben zur Verfügung gestellt worden. Auch bei den anderen Anbietern handle es sich um professionelle Unternehmen, die seit Jahren im Reinigungssektor tätig seien. Auch die Beschwerdegegnerin bestreitet, ein unrealistisch tiefes Angebot bezüglich der Stunden eingereicht zu haben. Die Beschwerdeführerin führe den Auftrag bisher aus, ohne diesen in einem vergleichbaren Submissionsverfahren erhalten zu haben. Ein strenges Wettbewerbsverfahren wirke sich für den Auftraggeber günstig auf den Preis aus. Zudem liege es im Wesen von Vergabeverfahren, dass Angebote weit auseinander gehen könnten. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Differenz von 27% sei nicht ungewöhnlich. Vorliegend seien die "Erfahrungswerte" der Beschwerdeführerin nicht massgeblich, denn alle Anbieter hätten an einem obligatorischen Augenschein vor Ort teilnehmen und sich bei der Kalkulation auf die gleichen Angaben stützen müssen.

E. 7.1

Erhält die Vergabestelle ein Angebot, dessen Preis im Vergleich zu den andern Angeboten aussergewöhnlich niedrig ist, so kann sie bei dem Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann (vgl. Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA). Art. 25 Abs. 4 VöB ermächtigt die Vergabestelle, im Fall eines aussergewöhnlich niedrigen Angebots Erkundigungen einzuziehen, ob ein Ausschlussgrund nach Artikel 11 BöB vorliegt. Nach dieser Bestimmung kann die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder einen Anbieter vom Verfahren ausschliessen, wenn dieser insbesondere die geforderten Eignungskriterien nicht mehr erfüllt (vgl. Bst. a), der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt hat (vgl. Bst. b), Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat (vgl. Bst. c), den Verpflichtungen aus Artikel 8 BöB nicht nachkommt, also die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen oder die Gleichbehandlung von Frau und Mann beim Lohn nicht einhält (vgl. Bst. d), Abreden getroffen hat, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen (vgl. Bst. e) oder sich in einem Konkursverfahren befindet (vgl. Bst. f). Unterangebote, d.h. Angebote, in denen ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter seinen Gestehungskosten liegt, sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes grundsätzlich zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien erfüllt sind (vgl. BVGE 2011/40 E. 4.5; Hans Rudolf Trüb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 11 BöB N. 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1110 ff.). Für das Einreichen einer unter den Gestehungskosten liegenden Offerte kann

es aus Sicht des Anbieters gute, legitime Gründe geben, insbesondere wenn das Unterangebot abgegeben wird in der Absicht, in einem Markt neu Fuss zu fassen oder in einer kritischen Phase personelle Überkapazitäten zu überbrücken bzw. Arbeitsplätze zu erhalten (vgl. Robert Wolf, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, in: Baurecht, Sonderheft Vergabetagung 2004, S. 12 ff., insb. S. 13; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1115 und 1126, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Insofern gibt es weder eine beschaffungsrechtliche Verpflichtung jedes Anbieters, nur Offerten einzureichen, welche über den Gestehungskosten liegen, noch gibt es eine Verpflichtung der Vergabestelle, Offerten auszuschliessen, nur weil sie unter den Gestehungskosten liegen. Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA bzw. Art. 25 Abs. 4 VöB begründen insofern keinen zusätzlichen, selbständigen Ausschlussgrund wegen der aussergewöhnlichen Niedrigkeit des Angebots, sondern sie ermächtigen lediglich die Vergabestelle, zusätzliche Erkundigungen einzuziehen, ob der Anbieter die gesetzlichen Vorgaben (vgl. insb. Art. 8 und 11 BöB) und die Ausschreibungsbestimmungen auch wirklich einhalten wird (vgl. BVGE 2011/40 E. 4.2; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016 E. 3.1 ff.).

E. 7.2

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle im Leistungsbeschrieb detailliert dargelegt, welche Reinigungsarbeiten in welcher Frequenz und in welchen Räumlichkeiten der zu reinigenden Objekte vorzunehmen sind. Vorgaben dazu, wie viele Stunden ein Anbieter dafür aufzuwenden habe, hatte sie nicht gemacht. Die Anbieter waren daher frei, den Aufwand selbst zu schätzen. Die Vergabestelle hatte allen Anbietern zu diesem Zweck Tabellen mit Flächenangaben für sämtliche zu reinigenden Objekte und Flächen zur Verfügung gestellt. Aus diesen Tabellen gingen auch weitere Rauminformationen hervor, wie insbesondere die Raumbezeichnung, die Art des Bodenbelags oder die Funktion des Raums. Zudem führte die Vergabestelle am 26. Januar 2016 mit allen Anbietern von Los-Nr. 5 gleichzeitig eine obligatorische Objektbegehung an drei ausgewählten Standorten durch (vgl. Evaluationsbericht, Ziffer 2.6). Da die Vergabestelle den Anbietern keine Vorgaben gemacht hatte, in wie vielen Stunden diese Reinigungsarbeiten zu erledigen seien, sondern die Schätzung dieses Aufwands dem Ermessen der Anbieter anheimgestellt hatte, ist nicht ersichtlich, inwiefern im Umstand, dass ein Anbieter beabsichtigt, diese Reinigungsarbeiten in weniger Stunden zu erledigen als der bisherige Vertragspartner, ein Verstoß gegen die Ausschreibungsbestimmungen gesehen werden sollte.

E. 7.3

Die Vergabestelle sah im Pflichtenheft vor, dass im Preisblatt die geschätzten Stunden pro Gebäude einzutragen und mit dem fixen Ansatz pro Stunde zu multiplizieren waren (vgl. Pflichtenheft, Ziffer 7.2). Der Beschwerdeführerin wurde keine Einsicht in diese Preiskalkulation der vor ihr platzierten Angebote gewährt, da es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse ihrer Konkurrenten handelt. In den offerierten fixen Stundenansätzen sind nicht allein die Lohnkosten, sondern auch sämtliche Nebenauslagen des Anbieters inbegriffen, sodass aus den in den Preisblättern aufgeführten Werten nicht direkt auf die von den Anbietern bezahlten Löhne geschlossen werden kann. Dennoch ergibt sich aus der absoluten Höhe dieser Stundenansätze, dass keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind für den allenfalls implizit erhobenen Vorwurf, die Beschwerdegegnerin halte die Mindestlohnvorschriften nicht ein. Hinzu kommt, dass jeder Anbieter zu bestätigen hatte, dass er für Leistungen in der Schweiz die Arbeitsbedingungen, Arbeitsschutzbestimmungen, die Lohngleichheit von Frau und Mann und den GAV für die

Reinigungsbranche einhalte. Die Beschwerdegegnerin und alle anderen nicht ausgeschlossenen Anbieter haben dementsprechend in ihren Angeboten verbindlich zugesichert, dass sie die GAV-Bestimmungen, insbesondere auch in Bezug auf die Lohnvorschriften, einhalten (vgl. Beilage 1.1 "Lieferantenselbstdeklaration").

E. 7.4

Prima facie ist somit nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der Preisdifferenz zwischen der Offerte der Beschwerdeführerin und den auf dem ersten und zweiten Platz rangierten Angeboten Anhaltspunkte ergeben könnten, die den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin als rechtswidrig erscheinen lassen würden.

E. 8

Insgesamt ergibt die prima-facie-Würdigung somit, dass die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erscheint. Bei diesem Ergebnis ist es nicht erforderlich, in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

E. 9

Der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen.

E. 10

Über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden.

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