

BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-08-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3237_2020

FR: TAF B-3237/2020 du 5 août 2020

IT: TAF B-3237/2020 del 5 agosto 2020

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m.H. "Microsoft"; dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 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 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

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 (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 (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009,

auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"). 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 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, 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 B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

E. 5

Im vorliegenden Fall ist vorab umstritten, ob der massgebliche Schwellenwert erreicht und das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde überhaupt zuständig ist.

E. 5.1

Die Vergabestelle geht in der Ausschreibung vom 9. März 2020 von einem Bauauftrag und bei der Art des Bauauftrags von "Planung und Ausführung" aus (Ausschreibung, Ziff. 1.8 und 2.1). In der Ausschreibung hat die Vergabestelle die Beschaffung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer "45316210 - Installation von

Verkehrsüberwachungseinrichtungen" aufgeführt (Ausschreibung, Ziff. 2.5), welche einer Bauarbeit entspricht (vgl. CPV-Codes 2008, <http://www.cpv.enem.pl/de/45316210-0>), letztmals besucht am 4. August 2020). Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Einstufung. Aus der Umschreibung des Auftrags in der Ausschreibung gehe hervor, dass es sich um eine gemischte Leistung aus Lieferung und Dienstleistung handle. Gemäss der von der Rechtsprechung entwickelten Präponderanztheorie richte sich bei einer gemischten Leistung die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäfts nach der (zumeist in finanzieller Hinsicht) überwiegenden Teilleistung. Deutlich mehr als 60% des Gesamtbetrags ihrer Offerte für das Los 2 betreffe die Lieferung von Material (Positionen 100 + 200). Der Schwellenwert gemäss Art. 6 BöB sei damit erreicht. Demgegenüber ist die Vergabestelle der Meinung, die Gesamtheit der Leistungen sei als integrierender Teil eines Bauwerks (Tunnel) zu betrachten und werde auch so abgenommen. Ein Vertrag könne gleichzeitig mehr als eine Auftragskategorie nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a bis c BöB umfassen. Das BVGer habe bereits Arbeiten im Zusammenhang mit der Lieferung, Montage und Inbetriebnahme des Steuerungssystems der Lüftungsanlagen im Rahmen des Projekts für den Strassentunnel Belchen ("N02, 070037, Tunnel Belchen (BTB) TP4, 1 Fahrraumlüftung BSA / Lüftungssteuerung+ MCC") als Bauleistungen qualifiziert (Urteil BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 1.8 "Lüftung Belchentunnel"). Im vorliegenden Fall würden die IP-Kameras nicht nur durch den Zuschlagsempfänger geliefert, sondern auch durch ihn in Betrieb genommen. Unter die "Division 51" "construction work" der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang I Annex 5 des GPA fielen nicht nur klassische Bauwerke, sondern auch Arbeiten, die für sich genommen nicht als Bauleistungen einzustufen wären, in der Optik des öffentlichen Beschaffungswesens aber kraft der CPC-Klassifikation als solche gelten würden. Sämtliche unter Ziffer 2.6 Simap aufgeführten Leistungen würden in die Kategorien provCPC 516 "Einrichtungen von Installationen" und dort spezifisch unter 5164 "electrical work" fallen. Somit sei es korrekt, das vorliegende Projekt als ein Bauprojekt und somit die ausgeschriebene Leistung gesamthaft als Bauauftrag einzustufen.

E. 5.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 5.2.1

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 5.2.2

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Das BöB ist anwendbar, wenn der geschätzte Wert eines zu vergebenden Bauauftrags den

Schwellenwert von 8,7 Millionen Franken erreicht (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]). Als Lieferauftrag wird ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf bezeichnet (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB). Der Schwellenwert für Lieferaufträge beträgt 230'000 Franken (Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021).

E. 5.2.3

Im vorliegenden Fall beträgt der Zuschlagspreis Fr. 1'303'910.- (exkl. MWST), weshalb davon auszugehen ist, dass der geschätzte Wert des in Frage stehenden Auftrags unter dem Schwellenwert für Bauaufträge, aber über dem Schwellenwert für Lieferaufträge liegt.

E. 5.2.4

Das Vergaberecht verlangt mit Bezug auf jeden öffentlichen Auftrag eine einheitliche Qualifikation, obwohl sich nicht alle Geschäfte ohne weiteres eindeutig als Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag identifizieren lassen (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1119 f.). Wenn ein Geschäft Leistungen aus mehr als einer der Kategorien Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen enthält, ist bei notwendigen Mischungen über die einheitliche Qualifikation nach der Präponderanzmethode zu entscheiden. Grundsätzlich gilt, dass derjenige Schwellenwert einschlägig ist, der den gewichtigsten Auftragsteil betrifft (vgl. Beyeler, a.a.O, Rz. 1128, 1136; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O, Rz. 305).

E. 5.2.5

Was Bauleistungen betrifft, so verweisen alle für ihre Definition einschlägigen Vorschriften - Anhang I Annex 5 GPA; Anhang VII des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68); Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB; Anhang 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11); Art. 6 Abs. 1 Bst. a IVöB - umfassend auf die Division 51 der provCPC-Klassifikation respektive vollumfänglich auf die Gruppen 511-518 provCPC. Neben den klassischen Baumeisterarbeiten im Hoch- und Tiefbau gelten als Bauleistungen beispielweise auch elektrische Installationen (provCPC 51641) (Beyeler, a.a.O., Rz. 936 ff.).

E. 5.2.6

In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass der Auftrag über Bauleistungen praktisch immer auch die Lieferung wenigstens eines Teils der Baumaterialien umfasse, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich seien. Dies mache den Bauauftrag aber insoweit nicht zum gemischten Bau- und Lieferauftrag, als die fraglichen Materialien vom Beauftragten selber verbaut würden - in diesem Umfang gehe die Materiallieferung zunächst an den Leistungserbringer und erst durch den Einbau (und daher als Bauleistung) an den Auftraggeber, dieser erhalte die Materialien verarbeitet, inkorporiert in Bauleistungen, womit der ganze Auftrag einheitlich als Bauauftrag zu qualifizieren sei. Ein Lieferauftrag liege hingegen dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber Baumaterialien in beweglicher Form (also nicht eingebaut) beschaffe, um sie selber zu verwenden (zu

verbauen) oder sie Dritten (insbesondere einem Bau-Leistungserbringer) zur Verfügung zu stellen (Beyeler, a.a.O., Rz. 939 f.).

E. 5.2.7

Gegenstand der vorliegend umstrittenen Beschaffung Los 2 "Ersatz Kameras und BAS" sind die Lieferung und Inbetriebnahme von 122 neuen IP-Kameras inklusive Kameragehäuse, Befestigungen und Anschlussdosen; die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von 10 vollausgerüsteten Medien-Schränken inklusive E/O-Wandler; die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines neuen Bildauswertesystems (BAS), inklusive Anlagesteuerung und 2 Schränke; die Anbindung an das übergeordnete Videomanagementsystem (UeVM GE VIII), die Anbindung an das übergeordnete Leitsystem (BLS GE VIII); die Demontage der alten Verkehrsfernsehanlage und Encoder inklusive Entsorgung; den Rückbau und die Entsorgung der alten Ereignisdetektion sowie Dienstleistungen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Montage der neuen IP-Kameras und die Demontage und Entsorgung der alten Kameras gehört indessen nicht zum Los 2, sondern erfolgt im Los 1 "Kabelinfrastruktur" (Lastenheft BSA, Ziff. 1.1.3).

E. 5.2.8

Aus den Offerten der verschiedenen Anbieter geht hervor, dass auf die beiden Positionen 100 (Lieferung der 122 IP-Kameras inklusive Gehäuse, Medienschränke, WAN-Anschluss) und 200 (Bildauswertesystem) zusammen mehr als zwei Drittel des jeweiligen Angebotspreises entfällt.

E. 5.2.9

Letztlich kann indessen - im Kontext des vorliegenden Zwischenentscheidendes - die Frage offenbleiben, ob der Beschaffungsgegenstand von Los 2 als Liefer- oder als Bauauftrag einzustufen, der massgebliche Schwellenwert damit erreicht ist oder nicht und auf die Beschwerde entsprechend voraussichtlich einzutreten ist, da die Beschwerde jedenfalls in materieller Hinsicht prima facie als offensichtlich unbegründet einzustufen ist, wie noch darzulegen ist.

E. 6

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe, indem sie angenommen habe, die Referenz im Eignungskriterium 3 halte die Ausschreibungsvorgaben nicht ein, den Sachverhalt falsch dargestellt und das Gebot von Treu und Glauben sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Auch sei der Vergabestelle überspitzter Formalismus vorzuwerfen. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie in ihrem Angebot unter dem Punkt "Ausführungsbedingungen" das Kästchen "unter Verkehr" nicht angekreuzt habe, macht aber geltend, es handle sich dabei um ein reines Versehen der Beschwerdeführerin. Hätte die Vergabestelle die Kontaktperson des damaligen Bauherrn oder die Beschwerdeführerin selbst gefragt, hätte diese bestätigen können, dass das Referenzprojekt tatsächlich auch unter Verkehr und in Nacharbeit erfolgt sei. Die Beschwerdeführerin beantragt, die von ihr angegebene Referenzperson sei als Zeuge einzuvernehmen. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, tatsächlich hätten aufgrund von Planungsfehlern aus übergeordneten Projekten (Signalschilder vor die Kameras gestellt) die Kameras unter Verkehr und in Nacharbeit an neue Standorte versetzt werden müssen. Die Beschwerdeführerin reicht zum Beweis, dass die Kameras unter Verkehr versetzt worden seien, zwei Fotos ein. Sodann führt die Beschwerdeführerin aus, was die Nacharbeit angehe, sei das "Nachtarbeitskriterium" im Dokument

"Unternehmerangaben" nie zum Vorschein gekommen. Dies weist darauf hin, dass das "Nachtarbeitskriterium" erstens gar kein Eignungskriterium sei und zweitens für die Vergabestelle zweitrangig sei. Auf den einzureichenden Unterlagen habe somit nirgends angegeben werden können und müssen, dass das Referenzprojekt unter Nachtarbeit ausgeführt worden sei. Hätte die Vergabestelle dies als Eignungskriterium oder als eine wichtige Information erachtet, hätte sie die Beschwerdeführerin darüber informieren respektive nachfragen müssen. Ein Fehler in den Submissionsunterlagen könne nicht zu einem Nachteil für die Bewerber führen. Zudem müssten die Eignungskriterien immer auf die zu beschaffende Werkleistung angepasst sein. Im konkreten Fall würden die Montagearbeiten zum grössten Teil im Tunnel erbracht, und die Lichtverhältnisse während des Tags und der Nacht seien somit eher ähnlich. Das Kriterium lasse sich somit sachlich nicht vertreten. Die Vergabestelle wendet ein, dem Evaluationsbericht und der entsprechenden Notiz könne entnommen werden, dass die Referenzperson angefragt worden sei. Die Auskunft sei gewesen, dass im Referenzprojekt nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien. Im Tunnel selber sei jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden, da es sich um einen Neubautunnel gehandelt habe. Tatsächlich sei (...) ein Neubau, der erst 2017 in Betrieb genommen worden sei. Weil es sich um einen Neubau handle, sei auch nicht in der Nacht gebaut worden. Damit sei auch das Thema Nachtarbeit nicht erfüllt gewesen.

E. 6.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB). Fehlende Eignung beziehungsweise das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a BöB). Ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580).

E. 6.2

Art. 9 Abs. 1 BöB wird durch Art. 9 Abs. 1 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter die in Anhang 3 VöB genannten Unterlagen erheben und einsehen kann. Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. VöB, Anhang 3, Ziffer 8). Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt die Auftraggeberin bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1 m.H. "Personalverleih"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555 f. m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen

Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich").

E. 6.3

Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2 m.H.), in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (vgl. Zwischenentscheid B-504/2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1 "Signalisation"; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 324). Sofern ein solcher gewährleistet bleibt, ist eine restriktive Festsetzung der Eignungskriterien zulässig, vorausgesetzt, sie sind ausreichend auftrags- beziehungsweise leistungsbezogen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557).

E. 6.4

Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide B-504/2009 E. 5.3 und 6.1 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich" sowie Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2 "Bauftrag N3/68 Linthebene"; Entscheide der BRK 2004-003 und CRM 2004-004 vom 22. März 2004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 442). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (vgl. Zwischenentscheid B-7393/2008 E. 3.2.2.2 "Bauftrag N3/68 Linthebene"; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

E. 6.5

Im vorliegenden Fall legte die Vergabestelle in Ziffer 3.7 der Ausschreibung und im Dokument 5 "Unternehmerangaben" (Ziff. 2) die folgenden sechs Eignungskriterien fest: "EK1: Technische Leistungsfähigkeit (Firmenreferenz) EK2: Wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson (Referenzprojekt PL) EK4: Nachweis der Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen EK5: Leistungsanteil Unterakkordanten EK6: Referenzobjekt Browserschnittstelle / Datenpunktschnittstelle" Die Vergabestelle verlangte in der Ausschreibung (Ziff. 3.8) und in den Ausschreibungsunterlagen (Dokument 5 "Unternehmerangaben" Ziff. 2.3) in Bezug auf das Eignungskriterium 3 "Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson

(Referenzprojekt PL)" den folgenden Eignungsnachweis: "Zu EK3: Für die Schlüsselperson Projektleiter: 1 Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten in gleichwertiger Funktion oder Stv. Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich. Als gleicher Fachbereich gilt: Lieferung und Inbetriebnahme von Kameras und von einem Bildauswertesystem / Ereignisdetektion inkl. Arbeiten im Tunnel unter Verkehr in Nacharbeit auf Hochleistungsstrasse." In der Ausschreibung erklärte die Vergabestelle, dass die von ihr genannten Eignungsnachweise / Bestätigungen zusammen mit den (vorgegebenen) Angebotsunterlagen eingereicht werden müssten, ansonsten nicht auf das Angebot eingegangen werden könne (Ausschreibung, Ziff. 3.8).

E. 6.6

Die Vergabestelle verlangte sodann im Formular, in welchem die Anbieter das Referenzprojekt des Projektleiters beschreiben mussten, die folgenden Angaben: "Ausführungsbedingungen2[] Tunnel[] Abgeschlossen [] unter Verkehr[] Hochleistungsstrasse" In der Fussnote 2 legt die Vergabestelle fest, dass die genannten Punkte als Nachweis zur Eignung im Referenzprojekt zwingend erfüllt beziehungsweise bearbeitet worden sein müssten und der Anbieter dies durch Ankreuzen der Kästchen bestätige (Dokument 5 "Unternehmerangaben", Ziff. 2.3: EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson [Referenzprojekt PL]). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin in diesem Formular drei der Kästchen angekreuzt hatte, nicht aber das Kästchen "unter Verkehr".

E. 6.7

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, 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. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 m. H. "Vermessung Durchmesserlinie"). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteile des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.2 "Lüftung Kaserne Thun III" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 447 f.). Die Praxis unterscheidet diesbezüglich drei Kategorien: 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 (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). 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 "Vermessung Durchmesserlinie"). Massstab für die Beurteilung ist - abgesehen vom Gleichbehandlungsgebot - die Vergleichbarkeit der Angebote. Kann das fehlerhafte Angebot aufgrund der Formfehler nicht mit den Angeboten anderer Anbieter verglichen werden, ist regelmässig von einem wesentlichen Formfehler auszugehen (vgl. Hans Rudolf Trüeb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 19 BöB N. 6 m. H.). Fehlen relevante Angaben oder Unterlagen im eingereichten Angebot, führt das zum Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2 "Erneuerung Funksystem»). Auch Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Produkthanforderungen sind, soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergebe, absolute Kriterien: Ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteile des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.1 "Datennetzwerkkomponenten"; B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 "HP-Monitore"; Trüeb, a.a.O., Art. 12 BöB N. 2). 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 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich 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, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3; 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). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen oder wenn der Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteil B-985/2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 447 f.), nicht aber, wenn ein Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.2 "Elektroinstallationen Müllheim").

E. 6.8

Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin im fraglichen Formular drei von vier Kästchen angekreuzt, nicht aber das Kästchen "unter Verkehr". Anders als in jenem Fall, in dem die Anbieterin vergessen hatte, sämtliche Kreuze in einem bestimmten Formular anzubringen, mit denen sie ausdrücklich erklären musste, die von der Vergabestelle verlangten Bedingungen einzuhalten und über die nötigen personellen Ressourcen zu verfügen (vgl. Urteil B-985/2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"), ist prima facie nicht ersichtlich, warum die Vergabestelle dieses fehlende vierte Kreuz als Versehen hätte

ansehen müssen, das Anlass zu einer Nachfrage gegeben hätte. Vielmehr drängte dieses differenzierte Ankreuzen den Eindruck auf, dass das vierte Kästchen absichtlich leer gelassen worden war. Hinzu kommt, dass die Vergabestelle, obwohl die Beschwerdeführerin somit gar nicht geltend gemacht hatte, das Referenzprojekt sei unter Verkehr ausgeführt worden, dennoch die angegebene Referenzperson diesbezüglich anfragte, wie sich aus ihren Ausführungen und auch aus dem Evaluationsbericht ergibt. Die Auskunft sei gewesen, dass im Referenzprojekt nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien. Im Tunnel selber sei jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden, da es sich um einen Neubautunnel gehandelt habe. Insbesondere auch unter Berücksichtigung dieser Auskunft ist nicht ersichtlich, warum die Vergabestelle hätte annehmen sollen, die Beschwerdeführerin habe das vierte Kästchen lediglich versehentlich nicht angekreuzt, so dass sie ihr Gelegenheit geben müsste, ihre eigene Angabe, das Referenzprojekt sei nicht unter Verkehr ausgeführt worden, nachträglich zu ändern.

E. 6.9

Prima facie erscheint daher der Vorwurf der Beschwerdeführerin, aufgrund des Verbots von überspitztem Formalismus hätte die Vergabestelle ihr Gelegenheit geben müssen, ihre eigene Angabe, das Referenzprojekt sei nicht unter Verkehr ausgeführt worden, nachträglich zu ändern, als offensichtlich unbegründet.

E. 6.10

Entgegen ihrer eigenen Angabe in ihrer Offerte behauptet die Beschwerdeführerin erstmals im Rechtsmittelverfahren, das Referenzprojekt sei auch unter Verkehr ausgeführt worden. Tatsächlich hätten aufgrund von Planungsfehlern aus übergeordneten Projekten (Signalschilder vor die Kameras gestellt) die Kameras unter Verkehr und in Nacharbeit an neue Standorte versetzt werden müssen. Die Beschwerdeführerin reicht zum Beweis, dass die Kameras unter Verkehr versetzt worden seien, zwei Fotos ein, und beantragt die Einvernahme der von ihr angegebenen Referenzperson als Zeuge.

E. 6.11

Aufgrund des in Beschaffungsverfahren, namentlich bis zum Zwischenentscheid betreffend die Gewährung der aufschiebenden Wirkung, geltenden qualifizierten Beschleunigungsgebots ist über das Gesuch um aufschiebende Wirkung lediglich im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Sach- und Rechtslage aufgrund der Parteivorbringen und der bereits eingereichten Dokumente zu entscheiden (Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"). Die hypothetische Möglichkeit, dass diese bisherige Aktenlage durch weitere, noch einzuholende Beweismittel, Zeugenaussagen oder Gutachten widerlegt werden könnte, kann dabei nicht berücksichtigt werden, sofern dafür keine konkreten Anhaltspunkte vorhanden sind (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 10.9 "IT-Dienste ASALfutur").

E. 6.11.1

Im vorliegenden Fall zeigen die beiden eingereichten Fotos einen Strassenbereich ausserhalb des Tunnels. Weder diese Fotos noch die im Rechtsmittelverfahren vorgebrachte Behauptung, das Referenzprojekt sei "auch" unter Verkehr ausgeführt worden, stehen damit notwendigerweise in Widerspruch zu der von der Vergabestelle wiedergegebenen Auskunft der Referenzperson, dass nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien, im Tunnel selber jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden sei, da es sich um einen

Neubautunnel gehandelt habe. So bestreitet die Beschwerdeführerin insbesondere diese letzte Aussage nicht ausdrücklich.

E. 6.11.2

Unter diesen Umständen liegen keine hinreichenden konkreten Anhaltspunkte vor, um anzunehmen, dass die von der Vergabestelle dargelegte Aussage der Referenzperson unrichtig sein könnte.

E. 6.12

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass offensichtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Vergabestelle aufgrund der eigenen Angaben der Beschwerdeführerin in deren Offerte und den Aussagen der Referenzperson davon ausgegangen ist, das zum Eignungskriterium "EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson (Referenzprojekt PL)" angegebene Referenzprojekt sei insofern nicht vergleichbar, als es sich nicht um Arbeiten in einem Tunnel unter Verkehr auf einer Hochleistungsstrasse gehandelt habe.

E. 6.13

Wie es sich bezüglich der Anforderung, das Referenzprojekt sei zusätzlich auch in Nacharbeit auszuführen gewesen, zu der die Vergabestelle kein anzukreuzendes Kästchen vorgesehen hatte, verhält, kann offengelassen werden, da es sich um kumulative Anforderungen handelte.

E. 7

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Vergabestelle seien auch andere ihrer Referenzobjekte bekannt. Die alte Anlage N03 NTB sei vor circa 15 Jahren durch die Beschwerdeführerin geliefert worden. Die Vergabestelle habe somit eindeutig gewusst, dass die Beschwerdeführerin bereits Projekte in Nacharbeit und unter Verkehr erstellt habe. Die Vergabestelle wendet dagegen ein, ein solches Vorgehen wäre willkürlich und würde die Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbieterinnen favorisieren, was sowohl dem Prinzip der Transparenz als auch jenem der Gleichbehandlung widersprechen würde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es zwar nicht unzulässig, wenn eine Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens auf nicht ausdrücklich angeführte, aber für sie selbst ausgeführte Referenzprojekte zurückgreift, um die Eignung auch dann zu bejahen, wenn das von der Zuschlagsempfängerin angegebene Referenzprojekt nicht genügt (Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.5 "Betankungsanlagen"). Ein Rechtsanspruch einer Anbieterin darauf, dass eine Vergabestelle dies tut, besteht indessen nicht (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.8.5 "Erneuerung Videoanlage II"). Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall das Referenzprojekt die Eignung der betreffenden Schlüsselperson, nicht die Eignung der Beschwerdeführerin selbst belegen sollte, weshalb offen ist, ob die Lieferung der alten Anlage vor rund 15 Jahren durch die Beschwerdeführerin überhaupt ein geeignetes Referenzprojekt für den Nachweis der Erfüllung des Eignungskriteriums EK3 darstellen würde.

E. 8

Die Beurteilung prima facie ergibt somit, dass offensichtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson (Referenzprojekt PL)" ausgeschlossen hat, und die Beschwerde deswegen als offensichtlich

unbegründet einzustufen ist. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.

E. 9

Über die Kostenfolge dieses Zwischenentscheidungs wird mit dem Endentscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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