

BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-09-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3374_2019

FR: TAF B-3374/2019 du 2 septembre 2019

IT: TAF B-3374/2019 del 2 settembre 2019

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 1.2

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.3

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

E. 2.1

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

E. 2.2

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EU, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EU sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.4 "Projektcontrollingsystem Alptransit"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung der Reinigungs- und Pflegeprodukte für die Reinigung diverser Oberflächen von Fahrzeug- und Immobilieninnenräumen sowie die damit verbundenen Dosierstationen und deren Wartung funktional mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen.

E. 2.3

Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA).

E. 2.4

Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.- (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 VöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]).

E. 2.5

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. zum Ganzen auch die Urteile B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte Innenreinigung I", und B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2 "Produkte zur Innenreinigung II").

E. 2.6

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

E. 3.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 3.2

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 des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

E. 3.3

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, 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 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des

Vergabeentscheidendes 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 GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie").

E. 4.1

Die Vergabestelle bestreitet vorab die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 141 II 41 E. 4. 8 und 4.9 "Monte Ceneri". Das Angebot der Beschwerdeführerin sei mit zwei weiteren, gleichrangierten Anbietern an letzter Stelle. Auch wenn sie mit ihren Rügen durchdringe, so habe sie nicht substantiiert, inwiefern die vor ihr rangierten Anbieter nicht zu berücksichtigen wären. Daher habe sie keine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten, womit auf die Beschwerde von vorneherein nicht eingetreten werden könne (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 5. August 2019, Rz. 25 ff.).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass die Vergabestelle aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die falschen Schlüsse ziehe. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 141 II 41 "Monte Ceneri" ergebe sich nicht, dass die Legitimation von den Gutheissungschancen der Rügen abhänge. Vielmehr sei im Sinne einer Hypothese zu untersuchen, was wäre, wenn der Beschwerdeführerin Recht gegeben würde. Bei Gutheissung ihrer Rügen würde der Zuschlag aufgehoben, die Mitbewerber ausgeschlossen und die Beschwerdeführerin neue Zuschlagsempfängerin (Replik, Rz. 22 ff.).

E. 4.3

Die Vergabestelle hält mit Eingabe vom 26. August 2019 daran fest, dass keine reelle Chance bestehe, den Zuschlag zu erhalten, da die Beschwerdeführerin ohne Substantiierung den Ausschluss aller Anbieter ausser ihr verlange (Eingabe der Vergabestelle vom 26. August 2019, Rz. 11).

E. 4.4

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VGwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Zur Beschwerde ist demnach 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 (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 4.5

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin 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. 4.6

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri") 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. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz rangiert 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. Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer 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 (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 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 (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5).

E. 4.7

Im vorliegenden Fall beantragt die Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin und die vor ihr rangierenden Anbieter seien auszuschliessen und ihr sei der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei das Verfahren an die Vergabestelle zur Neubeurteilung der Angebote im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin macht unter anderem geltend, nur sie erfülle sämtliche Eignungskriterien und Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen und die Vorgaben in den technischen Lieferbedingungen. Der praktische Vorteil ergebe sich aus der in der Hauptsache beantragten Aufhebung des Zuschlags, dem Ausschluss der vor ihr rangierenden Anbieterinnen und der neuen Zuschlagserteilung, eventualiter der Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabestelle zur Neubeurteilung (Beschwerde, Rz. 4 ff.).

E. 4.8

Von den insgesamt acht eingereichten Angeboten ist eine Offerte nicht bewertet worden. Von den bewerteten Offerten liegen vier Anbieter vor der Beschwerdeführerin und zwei Anbieter sind auf dem gleichen Platz rangiert. Würde der beschwerdeführerischen Auffassung gefolgt, wonach sie die einzige Anbieterin ist, die alle formalen Anforderungen, Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfüllt, was zum Ausschluss der vor ihr rangierten Anbieter führen würde, so hätte sie eine reelle Chance, dass ihr der Zuschlag zu

erteilen wäre (vgl. zur insoweit vergleichbaren Rüge, wonach die vor der Beschwerdeführerin rangierten Anbieterinnen Unterangebote eingereicht haben, den Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.7 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung"). Das Argument der Vergabestelle, das diese Rüge nicht genügend substantiiert sei, vermag nicht zu überzeugen. Es berücksichtigt einerseits den Umstand nicht, dass diese Rüge nach dem zuvor Gesagten nur glaubhaft gemacht werden muss und lässt auch die Tatsache ausser Acht, dass die Beschwerdeführerin vor dem Beschwerdeverfahren zwar ein Debriefing erhielt, auf welches sie sich auch stützt, aber keine Akteneinsicht in die Vergabeakten hatte (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B- 3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.6 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung"). Zudem ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass nur in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin ein Bereinigungsprotokoll vorliegt, wogegen prima facie nicht ganz klar ist, wie in Bezug auf die anderen Anbieterinnen die Prüfung der Mindestvorgaben erfolgt ist. Damit braucht die zusätzlich erhobene Rüge, es seien nicht alle Anbieterinnen zu Bereinigungsgesprächen eingeladen worden (Replik, S. 9), nicht näher eingegangen zu werden. Jedenfalls erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass die Akten in Bezug auf die Prüfung der Mindestvorgaben nach wie vor unvollständig sind. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit wegen fehlender Legitimation nicht eingetreten werden kann.

E. 4.9

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

E. 5

Materiell rügt die Beschwerdeführerin, insbesondere die Zuschlagsempfängerin erfülle die Eignungskriterien nicht und ihr Angebot halte die Mindestanforderungen gemäss Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen nicht ein.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere, dass die Zuschlagsempfängerin sowie allenfalls die vor ihr rangierten Anbieter entgegen den Ausschreibungsbedingungen (je nach Aktenlage) keine eigenen Produkte, sondern ausschliesslich zugekaufte Artikel anbieten würden. Die Zuschlagsempfängerin würde mit ihrem überschaubaren Sortiment (Beschwerdebeilage 18) den verlangten Anteil an Eigenprodukten ohnehin nicht erfüllen. Die Zuschlagsempfängerin sei eine auf den Handel spezialisierte Gesellschaft mit Schwerpunkt Bürobedarf. Sie sei weder Entwicklerin der Produkte noch könne sie einen wesentlichen Einfluss auf deren Entwicklung oder Herstellung ausüben. Damit fungiere die Zuschlagsempfängerin als reine Händlerin, was die Vergabestelle ausdrücklich nicht gewünscht habe (Beschwerde, Rz. 27 f. und Rz. 51). Entgegen den Vorgaben im Anhang 2 zur Preisliste in der Spalte "Zukauf möglich?", wonach 18 Produkte selbst hergestellt werden müssten, umfasste das Angebot der Beschwerdeführerin mutmasslich ausschliesslich zugekaufte Produkte. Es sei fraglich, ob die Zuschlagsempfängerin die geforderte Rezeptur- und Sortimentsstabilität gewährleisten könne. Für das Unternehmen, von welchem die Zuschlagsempfängerin Produkte beziehe, würden, da es sich um einen internationalen Grosskonzern handle, die ausgeschriebenen Mengen kaum ins Gewicht fallen. Als Handelsunternehmung verfüge die Zuschlagsempfängerin über keine

hinreichende Verhandlungsposition, um einen allfälligen Produkts- oder Sortimentswechsel zu verhindern (Beschwerde, Rz. 51 ff.; Replik, Rz. 50 ff.).

E. 5.2

Die Vergabestelle entgegnet, dass in den Ausschreibungsunterlagen in keiner Weise vorgeschrieben sei, dass eine bestimmte Anzahl an Produkten selbst hergestellt werden müsste. Auch die Beschwerdeführerin könne für sich nicht in Anspruch nehmen, dass sie alle Reinigungsmittel vom Rohstoff bis Abfüllung inhouse herstelle. Der Anbieter dürfe zudem Sublieferanten beziehen (Ziff. 2.6 der Ausschreibungsbedingungen) und müsse gemäss den Eignungskriterien bestätigen, dass er entweder der Entwickler der Produkte ist oder einen massgebenden bzw. wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung hat. Entwickler sei nach Massgabe der Eignungskriterien derjenige, der "die Produkteigenschaften von den Inhaltsstoffen ableiten" könne. Ein spezieller Nachweis sei bei Produkten, welche gemäss Preisblatt nachgekauft werden dürfen (Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsbedingungen), nicht erforderlich. Sofern der Anbieter nicht Entwickler der Produkte sei, so habe er der Vergabestelle den "uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller" zu bestätigen. Der Sinn dieser Anforderung bestehe darin, dass die Kontrolle und Nachverfolgbarkeit der Inhaltsstoffe gewährleistet sei. Diese Inhaltsstoffe seien aufgrund regulatorischer und sanitärischer Anforderungen sowie aus technischen Gründen von vorrangiger Bedeutung. Eine vertikale Integration der Anbieter als Eignungskriterium vorzusehen sei mit den allgemeinen Prinzipien des GPA sowie des Beschaffungsrechts nicht vereinbar. Das Preisblatt bzw. die darin befindliche Anmerkung "Zukauf möglich?" könne nicht so verstanden werden, dass neue Eignungskriterien eingeführt würden. Würde eine solche Anforderung bei der Beschaffung von Büromobiliar oder Computermonitoren verlangt, so sei der Anbietermarkt künstlich und ohne Grund eingeengt, sodass der Grundsatz des Wettbewerbs und freien Marktzutritts verletzt wäre. Bei der Beschaffung von Standardleistungen ("commodities") sei dies undenkbar (Vernehmlassung vom 5. August 2019, Rz. 34 ff.). Die Rüge der Nichteinhaltung von Mindestanforderungen sei zu wenig substantiiert. Dessen ungeachtet hätten alle vor der Beschwerdeführerin rangierten Anbieter bestätigt, die technischen Bedingungen und Spezifikationen einzuhalten. Nachweise von Herstellern seien keine erforderlich (Vernehmlassung vom 5. August 2019, Rz. 46 ff.).

E. 5.3

Mit Replik vom 16. August 2019 führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Anbieter gemäss Ziff. 1.3 der Lieferbedingungen nur einen Teil der Produktpalette zukaufen dürften. Es gehe bei der entsprechenden Spalte der Offertunterlagen eindeutig um das Produkt und dessen Herkunft ("Zukauf möglich?") und nicht um Nachweise von Fachkontakten. So stehe in Ziff. 4.5 der Lieferbedingungen, dass Produkte, welche zugekauft werden auf dem Preisblatt erwähnt werden müssten. In der entsprechenden Excel-Tabelle habe das Feld "Hersteller" nur bei diesen Artikeln ausgefüllt werden können, welche allesamt ein Häkchen bei der Spalte "Zukauf möglich?" hatten. Die Produkte hätten im BAG-Register zwingend auf den Namen der Anbieterin oder bei einem möglichen Zukauf auf einen ebenfalls ordnungsgemäss registrierten Dritten zu lauten. An einen Nachweis der wesentlichen Einflussnahme auf die Herstellung und Entwicklung seien rechtsprechungsgemäss qualifizierte Anforderungen zu stellen. Es sei evident, dass eine einzelne Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin keinen Einfluss auf einen weltweit tätigen Grosskonzern haben könne. Somit fehle es am geforderten Nachweis und die Zuschlagsempfängerin sei auszuschliessen (Replik, Rz. 32 ff.).

E. 5.4

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 26. August 2019 äussert sich die Vergabestelle dahingehend, dass die Zuschlagsempfängerin keine reine Händlerin sei, da sie dank ihren internationalen Beziehungen zu verschiedenen Herstellern und dank ihrer starken Marktstellung über erheblichen Einfluss auf die gesamte Wertschöpfungskette verfüge (Eingabe der Vergabestelle vom 26. August 2019, Rz. 12).

E. 5.5

Gemäss Art. 9 Abs. 1 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt sie 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. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 "Privatisierung Alcosuisse I", auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, E. 2.1 mit Hinweisen). Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555 mit Hinweisen). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 5.1 "Lüftung Kaserne Thun I").

E. 5.6

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 "Erneuerung Videoanlage I"; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2 "Privatisierung Alcosuisse I"), den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 31 BöB; vgl. in Bezug auf Art. 16 IVöB das Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.6.1 "Erneuerung Videoanlage II").

E. 5.7

Im offenen Verfahren ist die Eignung des Anbieters durch die Vergabe-behörde (und auch die Beschwerdeinstanz) grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse bei der Einreichung der Offerte und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt eingelegten Unterlagen zu prüfen. Die Rechtsprechung zog aus dem Gleichbehandlungsgebot den Schluss, dass die Eignung der Anbieter aufgrund der eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen sei (vgl. Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7 "Neubau Galgenbucktunnel"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 573). Dieser Grundsatz wird allerdings durch die Untersuchungsmaxime relativiert, wonach der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Die Vergabebehörde bzw. die Beschwerdeinstanz hat entsprechende Hinweise zu überprüfen, aufgrund derer die ursprünglich angenommene Leistungsfähigkeit eines Anbieters nicht mehr bestehen könnte (Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.15.1 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 574).

E. 5.8

Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr"). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.4.2 "Gittermasten"; Urteile des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 "Neubau Galgenbucktunnel"; Entscheid der BRK 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c/aa; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2b). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie", mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: VPB 70.33 E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.1 "Lüftung Kaserne Thun III").

E. 6

Um die Rügen der Beschwerdeführerin richtig einordnen zu können, werden nachfolgend die massgeblichen Passagen der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen wie auch auszugsweise die Fragen der Anbieterinnen und die Antworten der Vergabestelle im Rahmen der Fragerunde wiedergegeben.

E. 6.1

Für die formelle Prüfung ist in Ziff. 2.8.1 der Ausschreibungsbedingungen folgendes festgehalten: "Die Anbieterin hat ein vollständiges Angebot auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen einzureichen. Die Angebote inkl. aller geforderten Nachweise werden nur in die Bewertung einbezogen, wenn sie vollständig, unterzeichnet und fristgerecht eingereicht worden sind."

E. 6.2

Gemäss Ziff. 3.7 f. der Ausschreibung ("Eignungskriterien" bzw. "Geforderte Nachweise") sowie Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsunterlagen ("Eignungskriterien") lautet das hier massgebende Eignungskriterium (bzw. Musskriterium) in Bezug auf die Herstellung der Produkte wie folgt: Musskriterium Nachweis Entwickler oder massgebenden Einfluss auf die Herstellung Bestätigung, dass der Anbieter gleichzeitig Entwickler der Produkte ist oder einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung der Produkte hat (Ausnahme: Produkte, welche gemäss Preisliste zugekauft werden dürfen). In beiden Fällen kann der Anbieter die Produkteigenschaften von den Inhaltsstoffen ableiten. Ist der Anbieter nicht Entwickler der Produkte, ermöglicht er der SBB den uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller (bitte Hersteller angeben, s. Preisblatt Anhang 2). Unter der Auflistung der "Musskriterien" ist unter Punkt 2.8.2 der Ausschreibungsunterlagen der Vermerk angebracht, dass das Angebot nicht in die Bewertung einbezogen wird, wenn die Anbieterin nicht sämtliche Eignungskriterien erfüllt.

E. 6.3

Unter Punkt 6 der Ausschreibungsunterlagen werden sämtliche Beilagen aufgelistet. Beilage 6.2 der Ausschreibungsbedingungen ("Checkliste") verweist für die erforderlichen Bestätigungen/Nachweise betreffend Ziff. 4.5 der technischen Lieferbedingungen auf Beilage 6.3 der Ausschreibungsbedingungen.

E. 6.4

Die als Eignungskriterium definierte Anforderung "Entwickler oder massgebenden Einfluss auf die Herstellung" wird in Beilage 6.3 der Ausschreibungsbedingungen (Formular Eignungskriterien) als Eignungskriterium 5 wie folgt aufgeführt: "Bestätigung, dass der Anbieter gleichzeitig Entwickler der Produkte ist oder einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung der Produkte hat (Ausnahme: Produkte, welche gemäss Preisliste zugekauft werden dürfen). In beiden Fällen kann der Anbieter die Produkteigenschaften von den Inhaltsstoffen ableiten. Ist der Anbieter nicht Entwickler der Produkte, ermöglicht er der SBB den uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller (bitte Hersteller angeben, s. Preisblatt Anhang 2). Stufe I:Anbieter hat einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung der Produkte und ermöglicht der SBB uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller. Stufe II:Anbieter ist Entwickler der Produkte. Beschreibung des Sachverhalts (max. 2 Seiten):"

E. 6.5

In Anhang 2 zu den Ausschreibungsbedingungen (Beschwerdebeilage 10 und Griff 10 der Vergabeakten) befindet sich die "Preisliste Reinigungs- und Pflegeprodukte" in Tabellenform. In dieser Tabelle figuriert die Spalte "Zukauf möglich?", wobei in der entsprechenden Spalte jeweils ein Häkchen gesetzt ist, sofern ein Zukauf von Produkten gestattet ist.

E. 6.6

Die Fragen 1, 3 und 8 des SIMAP-Fragenkatalogs und deren Antworten lauten: Frage Antwort 1 wir vertreiben Produkte von renommierten Herstellern und sind ein reines handelsunternehmen. Wir haben somit kein umwelt und qualitätsmanagement, jedoch der Lieferant. führt dies zum Ausschluss? Die Eignungskriterien unter Punkt 2.8.2 der Ausschreibungsbedingungen müssen zwingend erfüllt werden, ansonsten führt dies zum Ausschluss der Anbieterin. 3 Sie schreiben unter Punkt 3 Bedingungen:3.6 Subunternehmer zugelassen Kann dieses Geschäft über einen Subunternehmer abgewickelt werden? In Punkt 2.6 werden Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich ausgeschlossen. Subunternehmer sind zugelassen, da einige Produkte zugekauft werden können. Zudem gehen wir davon aus, dass kaum ein Hersteller auch die Rohstoffe selber gewinnt, d.h. Vorlieferanten gelten auch als Subunternehmer. Ist jedoch der Subunternehmer an einer Teilnahme interessiert, muss dieser die Offerte unter seinem Namen direkt eingeben.

E. 6.7

Die Mindestanforderung in Ziffer 2.8.3 der Ausschreibungsbedingungen verweist auf die technischen Lieferbedingungen. Ziff. 4.5 der technischen Lieferbedingungen lautet zur "Qualifikation der Anbieter" wie folgt: "Die Lieferantin ist Entwickler der vorgeschlagenen Produkte oder ermöglicht der SBB den direkten und uneingeschränkten technischen Kontakt zum Hersteller. Er verfügt über Referenzen für ähnliche Projekte bei anderen Bahnunternehmungen oder Grosskunden. Die Lieferantin arbeitet mit qualitätssichernden Massnahmen. Die Lieferantin verfolgt die Entwicklung der gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Einsetzbarkeit der Produkte und informiert die zentrale Zulassungsstelle FT-WK frühzeitig über sich daraus ergebende notwendige Produktweiterentwicklung. Produkte, welche zugekauft werden, müssen auf dem Preisblatt explizit erwähnt werden. Die Lieferantin übermittelt diesbezügliche Referenzen und Nachweise."

E. 6.8

Die Mindestanforderung verweist in Ziffer 2.8.3 der Ausschreibungsbedingungen auf die technischen Lieferbedingungen. Ziff. 4.4 der technischen Lieferbedingungen zur Rezepturstabilität lautet wie folgt: "Die Lieferantin garantiert eine über die gesamte Vertragslaufzeit anhaltende Rezepturstabilität. Es dürfen ohne Absprache mit der SBB keine Rezepturänderungen an den angebotenen Produkten vorgenommen werden. Die SBB muss in jedem Fall informiert werden. Die Lieferantin übermittelt diesbezügliche Nachweise und Bestätigungen." 7. 7.1 Die Rügen betreffend die fehlerhafte Definition der Ausschreibung sind mit Urteil B-4086/2018 vom 12. August 2019 "Produkte zur Innenreinigung II" abgewiesen worden. Das Eignungskriterium 5 "Entwickler oder massgebenden Einfluss auf die Herstellung" wurde in diesem Beschwerdeverfahren ebensowenig beanstandet wie die Vorgaben in Bezug auf die Rezepturstabilität oder die Zulassung von Subunternehmern. Es sind prima facie keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach die Vergabestelle das Eignungskriterium 5 nicht gemäss den gesetzlichen Vorgaben bzw. nicht im Rahmen ihres grossen Ermessensspielraums hinsichtlich Wahl und Formulierung von Eignungskriterien definiert hätte (vgl. Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.4 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"). Es stellt sich daher einzig die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium 5 erfüllt bzw. ob die Vergabestelle die Zuschlagsempfängerin zwingend hätte vom Vergabeverfahren ausschliessen müssen, weil diese das Eignungskriterium 5 oder allenfalls andere Mindestanforderungen, namentlich zur Rezepturstabilität, nicht einhält. Die Beschwerdeführerin zweifelt an der Eignung der Zuschlagsempfängerin, da deren

Sortiment mutmasslich nur zugekaufte Handelsprodukte umfasse bzw. sie selbst keinen massgebenden Einfluss auf die Entwicklung der Produkte ausüben könne. Die in Frage stehenden Mengen würden für (ihre Lieferantin bzw.) einen internationalen Konzern kaum ins Gewicht fallen, weshalb der Einfluss nicht als wesentlich zu qualifizieren sei. Sie begründet ihr Vorbringen im Wesentlichen mit der Antwort zur Frage 8 (vgl. E. 6.6 hiervor), wonach kein Händler von der Vergabestelle gewünscht sei. 7.2 Unbestritten ist vorliegend, dass die Zuschlagsempfängerin keine Herstellerin von Reinigungsprodukten ist (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 5. August 2019, Rz. 41). Bestritten ist jedoch, inwiefern Produkte zugekauft werden dürfen. Das Eignungskriterium 5 ist so auszulegen, wie es nach guten Treuen verstanden wird (vgl. E. 5.6 hiervor). Gemäss Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsbedingungen gibt es für das Eignungskriterium 5 prima facie drei Sorten von Produktkategorien, für welche jeweils zu prüfen ist, was in Bezug auf die Eignung der Anbieterinnen gilt: Die erste Kategorie besteht aus Produkten, die selbst entwickelt wurden. Insoweit ist die Anforderung "Entwicklerin" erfüllt, womit die Eignung unbestrittenermassen gegeben ist. Zweitens gibt es die zugekauften Produkte, wobei die Zulässigkeit des Zukaufs in der entsprechenden Spalte der Preistabelle ersichtlich sind (vgl. E. 6.5 hiervor). Die dritte Kategorie bilden Produkte, die nicht selbst entwickelt wurden, auf deren Herstellung und Entwicklung der Anbieter aber einen massgebenden bzw. wesentlichen Einfluss hat. Für diese Kategorie hat der Anbieter nach Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls den Fachkontakt zum Hersteller zu ermöglichen. Es wurde jedoch prima facie nicht verlangt, dass eine Anbieterin auch Herstellerin oder Entwicklerin der Produkte sein muss. Damit ist ein Zukauf von Produkten eines Subunternehmers auch insoweit zumindest denkbar. Die Ausschreibungsunterlagen verlangen jedoch in einem solchen Fall unter dem Eignungskriterium 5 einen massgebenden bzw. wesentlichen Einfluss auf die Herstellung und Entwicklung der Produkte, die nicht selbst hergestellt werden (vgl. Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsbedingungen; vgl. E. 6.2 hiervor). Eine Vorschrift, dass eine bestimmte Anzahl an Produkten selbst hergestellt werden müsste, besteht indessen prima facie wohl nicht. Soweit die Beschwerdeführerin also ausführt, es müssten mindestens 18 von 38 Reinigungs- und Pflegeprodukten selbst hergestellt werden (Beschwerde, S. 19 f.), kann ihr prima facie nicht gefolgt werden. Dies kann indessen mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offen bleiben. Damit braucht auch nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob ein dem Konzept der Beschwerdeführerin entsprechendes Verständnis der Vorgaben nicht auch mit Blick auf die damit verbundenen Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb eher zu vermeiden wären (vgl. dazu das Urteil B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.4 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"). 7.3 Bleibt demnach zu prüfen, was - unter der Prämisse, dass kein Produkt selbst hergestellt werden muss - für Produkte gilt, die nicht im Sinne eines Häkchens gemäss E. 6.5 hiervor zugekauft werden dürfen. Die Vergabestelle begründet ihre Ansicht, wonach die Zuschlagskriterien das Eignungskriterium 5 erfüllt, im Wesentlichen damit, dass zum einen Entwickler der Produkte sei, wer "die Produkteigenschaften von den Inhaltsstoffen" ableiten könne. Sofern ein Anbieter nicht Entwickler sei, habe er den "uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller" zu ermöglichen. Sinn und Zweck der Regelung sei somit die Nachvollziehbarkeit der Inhaltsstoffe. Eine vertikale Integration der Anbieter als Eignungskriterium sei von vornherein unvereinbar mit dem Beschaffungsrecht, da ohne Grund in die Organisationsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer eingegriffen werde. Der Fachkontakt sei mit einer Mitarbeiterin gegeben, welche als ehemalige Mitarbeiterin der

Lieferantin bzw. Subunternehmerin über das erforderliche Know-how verfüge und einen direkten Draht zu diesem Unternehmen habe, wobei diese als Zeugin zu befragen sei. Das Bereinigungsgespräch habe zudem bestätigt, dass die Zuschlagsempfängerin mit ihren Produkten bestens vertraut sei. Schliesslich habe die Zuschlagsempfängerin schriftlich bestätigt, dass sie wesentlichen Einfluss habe und diesen Einfluss auch wahrnehme (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 5. August 2019, Rz. 36 ff.). 7.4 Bereits die Auffassung der Vergabestelle, wonach ein Entwickler nach Massgabe der Eignungskriterien sei, wer "die Produkteigenschaften von den Inhaltsstoffen" ableiten könne (Vernehmlassung vom 5. August 2019, Rz. 36 und 40), ist mit Blick auf die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen keineswegs selbstverständlich. In Ziff. 3.8 der Ausschreibung bzw. Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsunterlagen steht: "In beiden Fällen kann der Anbieter die Produkteigenschaften von den Inhaltsstoffen ableiten". Damit kann sich prima facie weder die Anforderung des "Entwicklers" noch diejenige des "massgebenden Einflusses" bzw. "wesentlichen Einflusses" in der Ableitung der Produkteigenschaften erschöpfen. Auch die Auslegung der Vergabestelle, wonach unter Eignungskriterium 5 - für den Fall, dass das Produkt nicht selbst hergestellt wird - lediglich ein Fachkontakt nachzuweisen sei, deckt sich prima facie nicht mit den Ausschreibungsunterlagen. Vielmehr verlangt Ziff. 2.8.2 der Ausschreibungsunterlagen wohl als zusätzliches Kriterium für nicht selbst entwickelte Produkte den uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller. Das geht auch aus Beilage 6.2 "Checkliste" zu Ziff. 4.5 der technischen Lieferbedingungen hervor, welche wiederum auf Beilage 6.3 zu Eignungskriterium 5 verweist. Es ist auch dort explizit von einer "Bestätigung, dass der Anbieter (...) einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung der Produkte hat", die Rede. Dass es sich bei den Kriterien "wesentlicher Einfluss" und "Fachkontakt" wohl eher um kumulative Kriterien handelt, geht auch im anzukreuzenden Feld von Beilage 6.3 nochmals hervor, welches lautet: "Anbieter hat einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung der Produkte und (Hervorhebung durch das Gericht) ermöglicht der SBB uneingeschränkten Fachkontakt zum Hersteller." Daher ist der durch eine Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin garantierte Fachkontakt wohl nicht hinreichend, um den massgebenden Einfluss auf die Herstellung und Entwicklung der Produkte zu substituieren oder diesbezüglich als Nachweis zu dienen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Vergabestelle den Beizug von Subunternehmern gestattet hat, da diese gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibungsbedingungen unter der Leitung der Anbieterin stehen müssen. Ebenso geht auch aus den Antworten der Vergabestelle im SIMAP-Forum nichts Anderes hervor. Die Vergabestelle hat gemäss den Antworten zu den Fragen 1 und 8 des SIMAP betont, dass kein Händler als Vertragspartner gewünscht sei und dass die Eignungskriterien unter Punkt 2.8.2 der Ausschreibungsbedingungen zwingend erfüllt sein müssten, ansonsten führe dies zum Ausschluss der Anbieterin, was die Bedeutung des Eignungskriteriums und die Anforderungen an die Bestätigung noch unterstreicht. Zu überzeugen vermag auch nicht das Vorbringen, wonach eine derartige Vorgabe bei Standardgütern unzulässig bzw. nicht Sinn und Zweck sei, zeigen doch die Ausschreibungsunterlagen sowie die technischen Lieferbedingungen, welchen hohen Stellenwert die Vergabestelle der (gleichbleibenden) Qualität der Inhaltsstoffe zugemessen hat. Die Vergabestelle macht diesbezüglich auch nicht geltend, dass ein anderes Verständnis den Anbietermarkt über Gebühr einschränken würde. Die seitens der Beschwerdeführerin erhobene Rüge des fehlenden massgebenden bzw. wesentlichen Einflusses der Zuschlagsempfängerin auf die Herstellung und Entwicklung der Produkte

wird durch die Vergabestelle nicht entkräftet. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass ein massgebender bzw. wesentlicher Einfluss der Zuschlagsempfängerin auf die Subunternehmerin, d.h. auf den internationalen Grosskonzern, vorhanden wäre. Vielmehr belegt die Zuschlagsempfängerin vor allem das gleiche Verständnis der Vorgabe wie die Vergabestelle, wenn sie unter dem Titel "Eignungskriterien: Entwickler oder massgebenden Einfluss auf die Herstellung" lediglich bestätigt, dass sie über "einen uneingeschränkten Fachkontakt" verfüge (vgl. Griff 9). Als nicht offensichtlich unbegründet erweist sich vielmehr der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Möglichkeiten der Einflussnahme der Zuschlagsempfängerin auf einen internationalen Grosskonzern gering sein dürften. Wirkt ein internationaler Grosskonzern als Subunternehmer, ist nicht von der Hand zu weisen, dass es prima facie nicht überwiegend wahrscheinlich erscheint, dass die Zuschlagsempfängerin Wünsche in Bezug auf die Rezeptur anbringen kann. Der Vorbehalt solcher Wünsche würde sich - wenn das Kriterium des "massgebenden Einflusses" mehr sein soll als nur ein Fachkontakt - möglicherweise auch preislich auf die Kalkulation auswirken. Vor diesem Hintergrund wäre prima facie etwa eine entsprechende Vereinbarung mit der Subunternehmerin oder eine Erklärung derselben naheliegende Nachweise für hinreichende Einflussmöglichkeiten (vgl. dazu mutatis mutandis zur Eignungsleihe den Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.6 f. "ERP alcosuisse").

7.5 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vergabestelle trotz einer prima facie von den Ausschreibungsbedingungen abweichende Bestätigung der Zuschlagsempfängerin, welche zwar ausdrücklich den Fachkontakt, nicht aber den massgebenden bzw. wesentlichen Einfluss auf die Herstellung und Entwicklung mit dem Hersteller bestätigt (vgl. Griff 9), die Eignung bejaht hat und diesem Umstand im Rahmen der Offertevaluation offenbar nicht nachgegangen ist (vgl. Griff 4 und 6 der Vergabeakten e contrario). Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass es an einem der geforderten Eignungsnachweise fehlt (vgl. E. 5.8; Ziff. 2.8.1 der Ausschreibungsbedingungen und Beilage 6.3 der Ausschreibungsunterlagen). Auch de lege ferenda sind Eignungsnachweise - das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen vor Augen - mit der Teilnahme einzureichen, sofern die Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Abweichung vorgesehen ist (Art. 27 Abs. 3 E-BöB e contrario; BBl 2017 1941). Ob die Bestätigung vollständig eingereicht wurde oder ob eine Bestätigung allenfalls hätte nachgereicht werden können, kann aber im vorliegenden Zusammenhang letztlich offenblieben, da bereits die Rüge bezüglich der fehlenden Eignung der Zuschlagsempfängerin nicht offensichtlich unbegründet erscheint. Da im Zwischenverfahren - wie in der Regel so auch hier - keine Zeugen einvernommen werden (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2), ist insoweit der aufgrund der Akten festgestellte Sachverhalt massgebend. Der von der Vergabestelle gestellte Antrag betreffend Zeugeneinvernahme zur Frage des wesentlichen Einflusses auf Herstellung und Entwicklung ist im Rahmen des Hauptverfahrens zu beurteilen.

7.6 Darüber hinaus stellte die Vergabestelle auch Mindestanforderungen zur Rezepturstabilität auf, welche zwingend einzuhalten sind und eng mit der Frage des massgebenden bzw. wesentlichen Einflusses auf die Herstellung verknüpft sind (vgl. E. 6.8 hiavor). Die Anbieter haben nämlich gemäss Ziff. 4.4 der technischen Lieferbedingungen nicht nur Bestätigungen, sondern auch Nachweise für die Rezepturstabilität zu erbringen. Aus den Akten ergibt sich eine Bestätigung der Zuschlagsempfängerin, wonach sie "in Zusammenarbeit mit seinen Subunternehmern" die entsprechende Bestätigung abgibt. Es ist prima facie möglich, dass Nachweise über die Einhaltung einer solchen Abmachung

zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Subunternehmerin erforderlich sind. Solche sind indessen nicht bei den Akten, obschon in den Mindestanforderungen ausdrücklich von Bestätigungen und Nachweisen die Rede ist. Auch hier ist nämlich nicht selbstverständlich, dass eine Anbieterin einen Einfluss auf die Rezeptur der Produkte eines internationalen Grosskonzerns ausüben kann. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, inwiefern diesbezügliche Nachweise erbracht wurden. Damit erweist sich auch diese Rüge als nicht offensichtlich unbegründet. 7.7 Zusammenfassend erweisen sich nach dem Gesagten die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium 5 sowie die Mindestanforderungen an die Rezepturstabilität nicht erfülle, als nicht offensichtlich unbegründet. Da das auf das Verständnis der Vergabestelle in Bezug auf die Bedeutung der Vorgaben zurückzuführen ist, sind diesbezüglich prima facie auch Vorbehalte in Bezug auf die übrigen Anbieterinnen nicht von der Hand zu weisen. Demnach erweist sich die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet, womit es sich erübrigt, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Schliesslich braucht im Rahmen des Zwischenverfahrens auch nicht weiter auf den Umstand eingegangen zu werden, dass die Vergabeakten möglicherweise nach wie vor unvollständig sind.

E. 8

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle - und der Zuschlagsempfängerin - 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 (vgl. E. 3.3 hiavor).

E. 8.1

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Vielmehr hat die Auftraggeberin den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (Urteil des BGer 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4.1 "Kurierdienst BAG I"). Aber auch eine selbstverschuldete Dringlichkeit kann nicht dazu führen, dass sich der Richter daran gehindert sieht, einer Beschwerde zur Vermeidung substantiiert dargelegter gravierender Folgen einer Verzögerung im Einzelfall nicht gleichwohl die aufschiebende Wirkung zu versagen (zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2 "Datentransport BIT"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E.14.1 "Laborneubau ETH Basel").

E. 8.2

Die Vergabestelle hält im vorliegenden Fall dafür, dass selbst bei Erfolgchancen der Beschwerde das überwiegende öffentliche Interesse an einem raschen Vertragsschluss gegen die aufschiebende Wirkung spricht. Die Produkte der Beschwerdeführerin seien zwar qualitativ nicht besser als diejenigen der anderen Anbieterinnen, wohl aber deutlich teurer. Mit jedem Monat Verfahrensdauer würde der Vergabestelle und damit auch der Allgemeinheit ein keineswegs zu vernachlässigender Geldbetrag entgehen. Die Beschwerdeführerin profitiere als bisherige Lieferantin wiederum davon, dass das neue Konzept nicht umgesetzt werden könne. Dieser Liquiditätsabfluss wiege schwer, und zwar gerade dann, wenn man sich das aktuelle Sparprogramm RailFit vor Augen halte (Vernehmlassung, Rz. 57). Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass der Vertrag mit der Beschwerdeführerin ohne öffentliche Ausschreibung abgeschlossen worden sei (Vernehmlassung, Rz. 60). Eventualiter sei der Vergabestelle bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu gestatten, bis zur Aufhebung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Sache die mit dem Projekt ausgeschriebene Leistung bei der Zuschlagsempfängerin oder einem Dritten zu beziehen, da die Produkte der Zuschlagsempfängerin günstiger seien (Vernehmlassung, Rz. 62).

E. 8.3

Die Beschwerdeführerin hält demgegenüber fest, dass es der Vergabestelle nicht gelinge, gravierende Folgen einer Verzögerung zu benennen, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung begründen sollen. Die Einsparungen würden auf einer Zahlenspielerei und falschen Mengengerüsten basieren. Zudem hätte auch der eventualiter beantragte Anbieterwechsel negativ präjudizierende Wirkung. Die Vergabestelle mache im Übrigen an keiner Stelle eine zeitliche Verzögerung oder Dringlichkeit geltend. Aus den entschwärzten Passagen des Vergabeantrags (Griff 6, Seite 1) gehe hervor, dass die Vergabestelle den Vertragsbeginn offenbar beliebig verschieben könne. Aktuell sei dieser am 1. Dezember 2019 geplant. Im Übrigen seien die Durchführung des Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens so zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten könne (Replik, Rz. 77 ff).

E. 8.4

Vorliegend macht die Vergabestelle insoweit Dringlichkeit geltend, als sie auf ihre finanziellen Interessen an einem raschen Vertragsschluss hingewiesen hat. Soweit die Beschwerdeführerin diesbezüglich behauptet, es handle sich um reine Zahlenspielereien betreffend angebliche Einsparungen im Falle eines Anbieterwechsels, kann ihr in keiner Weise beigeplant werden. Den geltend gemachten keineswegs zu vernachlässigenden Interessen der Vergabestelle stehen die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, gegenüber. Da es um einen Leistungsbezug für mehrere Jahre geht, sind die Interessen der Beschwerdeführerin als gewichtig zu beurteilen. Wird der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen, so kann das Bundesverwaltungsgericht, selbst wenn es die Beschwerde gutheissen sollte, den Zuschlag nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BöB). Demnach fällt die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zugunsten der Beschwerdeführerin aus (vgl. zur Interessenabwägung in Bezug auf wiederkehrende Leistungen den Zwischenentscheid B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.8.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Mit Blick auf den Umstand, dass die Ausschreibung vom 22. Juni 2018 nach Entzug der aufschiebenden Wirkung mit Urteil vom 12. August

2019 beurteilt worden ist, werden die Möglichkeiten der Beschwerdeführerin, den status quo aufrechtzuerhalten, derart beschränkt, dass es sich rechtfertigt, den Eventualantrag der Vergabestelle auf Erlaubnis zum anderweitigen Bezug von Leistungen bis zur Aufhebung der aufschiebenden Wirkung bzw. zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids ebenfalls abzuweisen.

E. 8.5

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist, wobei auch dem Eventualantrag der Vergabestelle auf anderweitigen Bezug von Leistungen nicht entsprochen werden kann.

E. 9

Die Beschwerdeführerin verlangt schliesslich Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle. Nachdem sie indessen mit dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung durchdringt, entsteht ihr kein Nachteil, wenn die Akteneinsicht, soweit den Begehren der Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist, ins Hauptverfahren verschoben wird. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist vorliegend entsprechend vorzugehen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 8 "Lüftung Kaserne Thun I"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371 mit weiteren Hinweisen). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

E. 10

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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