

# **BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-09-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3596\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3596_2015)

FR: TAF B-3596/2015 du 3 septembre 2015

IT: TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 beziehungsweise BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). 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). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA). Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 3. November 2014 von einem Bauauftrag aus. 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 GATT-Übereinkommens. Die ausgeschriebenen Leistungen des Auftrags BKP 244 Lüftungs- und Klimaanlageanlagen werden im Rahmen des Um- und Neubaus eines Verwaltungszentrums, 1. Etappe, erbracht. Es handelt sich demnach offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8,7 Mio. CHF. Bei der Vergabe von mehreren Bauaufträgen im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauwerks ist grundsätzlich ihr Gesamtwert massgebend. Der Bundesrat legt den Wert der einzelnen Bauaufträge fest, die auf jeden Fall den Bestimmungen des BöB unterstehen (vgl. Art. 7

Abs. 2 BöB). Entscheidend ist, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist. Vergibt eine Auftraggeberin im Rahmen der Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so unterstehen diese auf jeden Fall dem BöB, wenn ihr Wert je einzeln 2 Mio. CHF erreicht oder ihr Wert insgesamt mehr als 20 Prozent des Gesamtwertes des Bauwerkes ausmacht (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz 309; Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Der Auftrag BKP 244 Lüftungs- und Klimaanlage wurden im Rahmen eines Gesamtwerks, nämlich des Um- und Neubaus eines Verwaltungszentrums, 1. Etappe, vergeben, dessen Entstehungskosten die Vergabestelle auf rund 325 Mio. CHF beziffert hat (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Der Wert des Gesamtwerks erreicht somit offensichtlich den für Bauwerke massgeblichen Schwellenwert; auch übersteigt der Wert des Auftrags BKP 244 den Betrag von 2 Mio. CHF. Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung fällt demnach auch vom Beschaffungsgegenstand her in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **E. 2**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts können Mitglieder eines nicht berücksichtigten Konsortiums nur gemeinschaftlich gegen den Vergabeentscheid Beschwerde führen (BVGE 2008/7 E. 2.2.2; BGE 131 I 153 E. 5; Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1307 f.). Vorliegend haben die beiden Beschwerdeführerinnen, welche die Arbeitsgemeinschaft X. \_\_\_\_\_ AG / Y. \_\_\_\_\_ AG bilden, gemeinsam Beschwerde erhoben.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]) und sind durch die angefochtene Verfügung - der Zuschlag wurde nicht ihnen erteilt - besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Diese formelle Beschwer und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG): Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann.

## **E. 4**

Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Beschwerdeführerinnen ein derartiges schutzwürdiges Interesse aufweisen.

### **E. 4.1**

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.) genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der bisherigen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag

selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht im zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen. 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, mit Hinweisen). In einem Vergabeverfahren wird einem nicht berücksichtigten Anbieter in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt, bevor er in seiner Beschwerde seine Legitimation darzulegen hat (vgl. Art. 26 BöB, Galli/ Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags dem nicht berücksichtigten Anbieter zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen des berücksichtigten Anbieters sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von dessen Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieter abgibt. Diese Beweiserschwerms ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind.

#### **E. 4.2**

Im vorliegenden Vergabeverfahren kam die Vergabestelle zum Schluss, dass sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Beschwerdeführerinnen sowie die zweitplatzierte Anbieterin die Eignungskriterien erfüllten. Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien erhielten die Beschwerdeführerinnen dann aber von gesamthaft 500 möglichen Punkten nur 413, wogegen die Beschwerdeführerin 470 Punkte und die zweitplatzierte Offerentin 463 Punkte erzielten. Die Beschwerdeführerinnen erreichten damit nur den dritten Rang.

#### **E. 4.3**

In ihrer Beschwerde beziehen sich die Beschwerdeführerinnen ausdrücklich auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung und machen in Bezug auf die Legitimationsfrage geltend, sowohl die erst- als auch die zweitplatzierte Offerentin hätten das in der Ausschreibung verlangte Eignungskriterium E1.2 "Ausreichende personelle Ressourcen" nicht erfüllt, weshalb sie vom Vergabeverfahren hätten ausgeschlossen werden müssen.

##### **E. 4.3.1**

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 (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren. Art. 9 Abs. 1 BöB lautet: "Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf." Als Nachweise in diesem Sinn gelten die Erklärung über Anzahl und Funktion der in den drei Jahren vor der Ausschreibung im Unternehmen beschäftigten Personen (VöB, Anhang 3, Ziffer 4), sowie die Erklärung betreffend einsetzbare Personalkapazität und Ausstattung im Hinblick auf die Erbringung des zu vergebenden Auftrags (VöB, Anhang 3, Ziffer 4).

#### **E. 4.3.2**

Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE139 II 489 E. 2.2.4; GALL/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz.580).

#### **E. 4.3.3**

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle in Ziff. 3.8 der Ausschreibung zwei Eignungskriterien festgelegt: E1: Technische Leistungsfähigkeit E2: Wirtschaftliche / finanzielle Leistungsfähigkeit Hinsichtlich des Eignungskriteriums 1 "Technische Leistungsfähigkeit" mussten gemäss Ziffer 3.8 der Ausschreibung mit Bezug auf den Auftrag BKP 244 Lüftungs- und Klimaanlageanlagen die folgenden Eignungsnachweise erbracht werden: "E1.1: Referenzen (...) über die Ausführung von 2 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten (...) in den letzten ca. 5 Jahren. (...). E1.2: Ausreichende personelle Ressourcen zur termingerechten Realisierung des Bauvorhabens. Der Nachweis ist auf dem Formular 1 zu erbringen. Ergänzend zum Formular 1 muss der Ressourcenplan des Anbieters beigelegt werden. Der vom Anbieter ausgefüllte Ressourcenplan wird zur Plausibilisierung der ausreichenden Ressourcen hinzugezogen. E1.3: Angebotssumme dividiert durch 2.5 30% des Jahresumsatzes des Anbieters (...). E1.4: Eine Sicherheitserklärung (PSP) ohne Auflagen betreffend sämtlicher an der Ausführung der sicherheitsrelevanten Teile des Auftrages beteiligten Mitarbeiter. (...). E1.5: Nachweis über genügende berufliche Qualifizierung der Schlüsselpersonen: (...)."

#### **E. 4.3.4**

Das Formular 1 ("Angaben zum Anbieter") sah vor, dass die Anbieter unter dem Titel "Der Anbieter verfügt über folgende Ressourcen in der anbietenden Geschäftseinheit/Filiale" das Total der beschäftigten Mitarbeiter anzugeben und, nach den verschiedenen Funktionen aufgeschlüsselt, die Anzahl der Mitarbeiter einzutragen hatten, die sie für den Auftrag einsetzen würden.

#### **E. 4.3.5**

Die Beschwerdeführerinnen rügen nun, die von der Vergabestelle im Formular 1 "Angaben zum Anbieter" geforderten Angaben bezögen sich ausdrücklich auf die Ressourcen in der anbietenden Geschäftseinheit bzw. Filiale. Im Raum Bern verfüge aber kein Anbieter über die personellen Ressourcen, um einen Auftrag von der Grössenordnung des vorliegenden

auszuführen. Aus diesem Grund hätten sich die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerin 2 zu einer ARGE zusammengeschlossen. Namentlich vermöchten weder die Zuschlagsempfängerin noch die mutmasslich zweitplatzierte Offerentin die erforderlichen personellen Ressourcen (alleine) mit der anbietenden Geschäftseinheit/Filiale zu stemmen. Die Vergabestelle sei daher offensichtlich von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen und habe die gesamte Holding, und nicht nur die Geschäftseinheit/Filiale Bern als massgebend bewertet, was unzulässig sei. Bei korrekter Auslegung hätten sowohl die Zuschlagsempfängerin wie auch die mutmasslich zweitplatzierte Offerentin vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabestelle bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin und die zweitplatzierte Anbieterin das Eignungskriterium E1.2 "Ausreichende personelle Ressourcen" nicht erfüllen würden. In der Ausschreibung finde sich keine Vorgabe, wonach die "Geschäftseinheit/Filiale" im Raum Bern angesiedelt sein müsse. Eine solche Lokalisierung des Anbieterkreises wäre ohnehin unzulässig. Sinn und Zweck des Formulars 1 sei, dass diejenigen personellen Ressourcen nachgewiesen würden, die konkret für die Ausführung des Auftrags zur Verfügung stehen würden. Die Zuschlagsempfängerin sei eine AG mit Sitz in (...) und zehn Zweigniederlassungen, eine davon in Bern. Sie sei vorliegend nicht einmal angehalten gewesen, sich auf ihre Einheit Region Bern Mitte einzuschränken, sondern hätte ausschreibungskonform auch mit der gesamten Unternehmung anbieten können. Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen verfange umso weniger, als ausschreibungskonform auch Subunternehmer zugelassen gewesen seien. Konnten sich die Beschwerdeführerinnen zu einer ARGE zusammenschliessen, könne eine schweizweite Unternehmung ihrerseits auch mit mehreren Filialen oder Geschäftseinheiten anbieten. Wesentlich bleibe einzig die Sicherstellung der Ressourcen für den konkreten Auftrag. Auch die Beschwerdegegnerin argumentiert, weder aus der Ausschreibung noch aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass nur Anbieterinnen mit Sitz in Bern zugelassen seien. Die Beschwerdegegnerin habe ihren Sitz in (...) und habe das Angebot über ihre Zweigniederlassung Bern eingereicht. Sie habe auf dem Formular 1 zulässigerweise die Ressourcen der Zweigniederlassung Bern, ergänzt um diejenigen der übrigen Standorte der Gebietseinheit Region Mitte, ausgewiesen.

#### **E. 4.3.6**

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, mit Hinweisen). In Bezug auf die Formulierung der Eignungskriterien dürfen die Anbieter grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht, andernfalls muss sie das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert zu umschreiben, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie genügen müssen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. Rz. 566, mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall enthielten die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien keinerlei Vorgabe, dass die für den Auftrag eingesetzten Mitarbeiter bei einer Geschäftseinheit oder Filiale im Raum Bern angestellt sein müssten. Eine derartige Bedingung lässt sich auch dem Formular 1 nicht entnehmen. Wie die Vergabestelle zu Recht darlegt, würde eine solche Einschränkung auch offensichtlich Art. VII GPA und Art. 8 Art. 1 Bst. a BöB widersprechen.

#### **E. 4.3.7**

In ihrer Stellungnahme vom 29. Juli 2015 machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es gehe gar nicht darum, dass eine Offerentin in Bern ansässig sein müsse, sondern darum, dass die anbietende Geschäftseinheit bzw. Filiale selbst die Anforderungen an die personellen Ressourcen erfüllen müsse. Diese Frage könnte sich dann stellen, wenn eine anbietende Filiale ein juristisch selbständiges Unternehmen ist, welches Ressourcen einer Konzernschwester oder -mutter einsetzen will, obwohl in den Ausschreibungsbestimmungen vorgesehen ist, dass unternehmensfremde personelle Ressourcen nicht oder nur in bestimmtem Umfang und nach offizieller Deklaration eingesetzt werden dürfen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4). Diese Voraussetzungen sind indessen vorliegend offensichtlich nicht gegeben, da es sich bei den Zweigniederlassungen der Beschwerdegegnerin nicht um rechtlich selbständige Unternehmen handelt. Insbesondere aber machen die Beschwerdeführerinnen selbst nicht geltend, dass sich diese Frage in Bezug auf die zweitplatzierte Anbieterin stelle. Diese - den Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren bekannt gegebene zweitplatzierte Anbieterin - hat ihren Hauptsitz in (...) und damit weniger als eine halbe Stunde Fahrzeit von der Baustelle entfernt, so dass dem Einsatz der dort angestellten Mitarbeiter offensichtlich nichts entgegengestanden hätte.

#### **E. 4.3.8**

Soweit die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die zweitplatzierte Anbieterin erfülle das Eignungskriterium 1.2 nicht, ist ihre Argumentation daher offensichtlich haltlos.

#### **E. 4.4**

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabebehörde habe in ihren Ausschreibungsunterlagen, namentlich in den Ziffern 6.2 und 19.2.1 der fachbezogenen Bedingungen BBL und Fachplaner, Ventilatorenantriebe einzig und allein mit Flach- und Keilriemen vorgesehen. Die Beschwerdegegnerin habe indessen ausschreibungswidrig keinen Flachriemenantrieb offeriert. Ihre Offerte sei daher nicht konform mit den Ausschreibungsunterlagen, weshalb der Zuschlag rechtswidrig sei. Es ist unbestritten, dass die zweitplatzierte Anbieterin - wie die Beschwerdeführerinnen - in ihrem Angebot Flachriemen vorgesehen hatte. Diese Rüge ist daher in Bezug auf die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert sind oder nicht, irrelevant. Selbst wenn sie sich als begründet erweisen würde, würde dadurch höchstens das Angebot der Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen, nicht auch das Angebot der Zweitplatzierten. Die Beschwerdeführerinnen haben diese Rüge denn auch nicht im Kontext der Legitimationsfrage erwähnt.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerinnen erachten auch das Verfahren zur Offertbereinigung und die von der Vergabestelle durchgeführte Abgebotsrunde als rechtswidrig. Sie vertreten die Auffassung, es wäre Pflicht der Vergabebehörde gewesen, sämtliche Offerentinnen auf die Möglichkeit, Direktantriebe zu offerieren, aufmerksam zu machen, und ihnen eine Frist anzusetzen zur Einreichung von mit dem Angebot der Zuschlagsempfängerin vergleichbaren Offerten. Die Vergabebehörde habe auf unzulässige Weise die Verfahrensschritte der technischen Bereinigung einerseits und der Abgebotsrunden vermischt. Verhandlungsrunden dürften erst geführt werden, wenn bereinigte Angebote vorlägen. Die Vergabebehörde hätte im Rahmen der Bereinigung der eingegangenen

Offerten erkennen müssen, dass diese nicht vergleichbar seien, da die Kosten für den Unterhalt der direktangetriebenen Ventilatoren der Zuschlagsempfängerin markant höher seien als diejenigen der Ventilatoren mit Riemenantrieb. Anstatt schon die Abgebotsrunde einzuleiten, hätte die Vergabestelle vielmehr die technische Bereinigung an die Hand nehmen müssen. Die Vergabestelle habe im Rahmen dieser Abgebotsrunde auch rechtswidrig neue Angebote zugelassen. Mutmasslich sei das Angebot der Beschwerdeführerinnen erst nach der Abgebotsrunde noch von zwei Offerentinnen überholt worden, welche im Rahmen der Abgebotsrunde unzulässige Änderungen an der Offerte vorgenommen hätten. Die Vergabestelle bestreitet diese Vorwürfe, insbesondere bestreitet sie, im Rahmen der Abgebotsrunde eine unzulässige technische Bereinigung bzw. inhaltliche Änderung einer Offerte zugelassen zu haben.

#### **E. 4.5.1**

Die Beschwerdeführerinnen haben erstmals in ihrer Eingabe vom 29. Juli 2015 geltend gemacht, die von ihnen behaupteten Verfahrensfehler im Zusammenhang mit der Offertbereinigung bzw. der Abgebotsrunde seien in Bezug auf die Legitimationsfrage relevant. Diesbezüglich führen sie indessen lediglich aus, die Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Vergabestelle betreffe neben der Zuschlagsempfängerin auch die Zweitplatzierte, weshalb ihre Legitimation gegeben sei.

#### **E. 4.5.2**

Sie haben indessen nicht dargetan, aufgrund welcher Anhaltspunkte sie mutmassen, dass die Zweitplatzierte im Rahmen der Abgebotsrunde unzulässige Änderungen an ihrer Offerte vorgenommen habe. Die Vergabestelle bestreitet derartige Änderungen ausdrücklich, und auch die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, dass dies gemäss der Einladung der Vergabestelle zu einem allfälligen Abgebot nicht zulässig gewesen war. Die Argumente, welche die Beschwerdeführerinnen anführen um darzulegen, dass das Angebot der Zweitplatzierten auszuschliessen gewesen wäre, erweisen sich somit als offensichtlich unbegründet. Wie dargelegt (vgl. E. 4.1), verfügt ein nicht berücksichtigter Anbieter unter Umständen über fast keine Informationen über die vor ihm platzierten, aber ebenfalls nicht berücksichtigten Angebote. Soweit er daher in Bezug auf seine Legitimation glaubhaft zu machen hat, dass nicht nur der Zuschlag, sondern auch diese schlechtere Platzierung unzulässig gewesen sei, kann daher im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung offensichtlich kein voller Beweis aller für diese Frage massgeblichen Sachverhaltsumstände verlangt werden. Auch unter Berücksichtigung dieser Erschwernis ist aber von einem Beschwerdeführer zu verlangen, dass er seine Legitimation zumindest anhand von konkreten Anhaltspunkten glaubhaft bzw. "mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht" ("rende vraisemblable"). Eine reine "Mutmassung", für welche keinerlei konkrete Belege oder Indizien angeführt werden, kann dafür nicht ausreichen.

#### **E. 4.5.3**

Die Beschwerdeführerinnen machen auch nicht geltend, die von ihnen behaupteten Verfahrensfehler seien derart gravierend, dass deswegen das Vergabeverfahren ganz oder teilweise wiederholt werden müsste. So stellen sie insbesondere kein entsprechendes Rechtsbegehren, sondern beantragen eine reformatorische Gutheissung im Sinne eines direkten Zuschlags an sie selbst bzw., eventualiter, eine Rückweisung zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen.

#### **E. 4.6**

Insgesamt gelingt es den Beschwerdeführerinnen somit nicht, glaubhaft zu machen, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass, sofern ihre Rügen in Bezug auf den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin begründet wären, sie, und nicht die vor ihnen im zweiten Rang platzierte Mitbewerberin den Zuschlag erhalten würde. Sie sind daher zur Beschwerdeerhebung nicht legitimiert.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerinnen haben Einsicht in "sämtliche entscheidungswesentlichen Unterlagen" beantragt, sämtliche Unterlagen betreffend direktangetriebene Ventilatoren der Zuschlagsempfängerin, namentlich alle diesbezüglichen Kostenrechnungen, die Rangierung der Offerierenden vor Durchführung der Abgebotsrunden, eingeholte Referenzen betreffend die Beschwerdeführenden und in das Aktenverzeichnis zuhanden der Beschwerdeinstanz.

### **E. 5.1**

Inwieweit bzw. in welchem Ausmass ein Beschwerdeführer in einem Beschwerdeverfahren gegen eine Zuschlag Anspruch auf Akteneinsicht hat, wenn seine Legitimation bestritten ist und ein möglicher Nichteintretensentscheid sich abzeichnet, ist differenziert zu beurteilen. Einerseits gilt der allgemeine Grundsatz, dass das Akteneinsichtsrecht an die Parteistellung gebunden ist (vgl. Art. 26 ff. VwVG; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 503). Die Beschwerdelegitimation ist insofern eine Voraussetzung für den Anspruch auf Akteneinsicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass, wie dargelegt, in Vergabeverfahren die Akteneinsicht überhaupt erst im Rechtsmittelverfahren stattfinden kann, da ein entsprechendes Recht im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. Art. 26 BöB, Galli/ Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Das Bundesverwaltungsgericht hat daher in einem anderen Verfahren entschieden, einem Beschwerdeführer sei in dieser Situation jedenfalls Einsicht in diejenigen Akten zu gewähren, welche in Bezug auf die Legitimationsfrage relevant seien (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 5; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1368).

### **E. 5.2**

Im vorliegenden Fall wurde den Beschwerdeführerinnen Einsicht in diejenigen Akten gewährt, die angesichts ihrer Argumentation für die Legitimationsfrage relevant erscheinen könnten, soweit ihre Rügen konkrete Anhaltspunkte enthielten und die Einsicht unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der zweitplatzierten Anbieterin als zulässig erschien. So wurde ihnen der Name der zweitplatzierten Anbieterin mitgeteilt und sie erhielten Einsicht in die teilweise abgedeckten E-Mails vom 16. Februar 2015, mit welchen die Vergabestelle die Beschwerdegegnerin und die später zweitplatzierte Anbieterin zur technischen Bereinigung und einem allfälligen Abgebot eingeladen hatte. Bezüglich ihrer Behauptung, dass die zweitplatzierte Anbieterin ihre Offerte im Abgebotsverfahren geändert haben könnte, haben die Beschwerdeführerinnen indessen, wie dargelegt, keinerlei konkrete Anhaltspunkte angeführt, welche sie zu dieser "Mutmassung" veranlasst haben könnten, weshalb ein Anspruch auf Einsicht in die Offerte der zweitplatzierten Anbieterin zu verneinen ist.

### **E. 5.3**

Die Frage, inwieweit den Beschwerdeführerinnen Einsicht in weitere Akten, insbesondere in die Offerte der Zuschlagsempfängerin oder in deren Bewertung gewährt werden könnte, hätte sich nur gestellt, wenn auf ihre Beschwerde einzutreten gewesen wäre. Da sie indessen, wie dargelegt, nicht beschwerdelegitimiert sind, sind diese Akten offensichtlich nicht entscheidrelevant, und es besteht kein Anspruch auf Einsicht.

**E. 6**

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen ist daher nicht einzutreten.

**E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

**E. 8**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Beschwerdegegnerin war im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, hat indessen keine Kostennote eingereicht. Die der Beschwerdegegnerin zuzusprechende Parteientschädigung (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) ist daher ermessensweise und aufgrund der Akten auf CHF 1'500.- festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE).

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