

BVGer B-3970/2021 vom 20. Dezember 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3970_2021

FR: TAF B-3970/2021 du 20 décembre 2021

IT: TAF B-3970/2021 del 20 dicembre 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

E. 1.2

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 22. Dezember 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB [AS 1996 508 ff.]) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB [AS 1996 518 ff.]).

E. 1.3

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a aBöB).

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin ficht vorliegend die am 18. August 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 9. August 2021 an. Mit Schreiben vom 18. August 2021 machte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin auf die Veröffentlichung des Zuschlags auf der Internetplattform SIMAP aufmerksam und verwies für die Rechtsmittelbelehrung auf die elektronische Publikation. Dieses Schreiben ist nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-5941/2019 vom 19. Februar 2020 E. 1.3 mit Verweis auf Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1271). Anfechtungsobjekt des

vorliegenden Verfahrens ist demnach die publizierte Zuschlagsverfügung vom 18. August 2021.

E. 2.1

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der aVöB geregelt. Die Art. 32 ff. aVöB (im 3. Kapitel: "Übrige Beschaffungen") regeln Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder aus anderen Gründen nicht dem aBöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteile des BVGer B-5941/2019 E. 2.1, B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das aBöB ist demnach anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

E. 2.2

Die Schweizerische Post AG ist gemäss Art. 2 des Postorganisationsgesetzes vom 17. Dezember 2010 (POG, SR 783.1) eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, deren Unternehmenszweck in Art. 3 POG definiert wird. Nach dieser Bestimmung bezweckt das Unternehmen unter anderem die Beförderung von Postsendungen, das Erbringen gewisser Finanzdienstleistungen sowie Dienste im regionalen Personenverkehr. Die Post CH AG wiederum bezweckt die ordnungsgemässe Erfüllung der von der Schweizerischen Post AG übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung mit Postdiensten gemäss Postgesetzgebung (vgl. dazu Art. 13 ff. des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 [PG, SR 783.0]). Weiter bezweckt die Gesellschaft die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die Schweizerische Post AG kann die Erfüllung der Verpflichtung zur Grundversorgung mit Postdiensten nur an direkt kontrollierte Postkonzerngesellschaften übertragen; sie muss an der Post CH AG kapital- und stimmenmässig die Mehrheit halten (Art. 2 Abs. 1 und 2 der Postorganisationsverordnung vom 24. Oktober 2012 [VPOG, SR 783.11]). Tatsächlich ist die Post CH AG eine von der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nach Art. 2 POG zu hundert Prozent gehaltene Tochtergesellschaft (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 2.1.3 und B-3863/2013 vom 2. September 2013 Sachverhalt Bst. A).

E. 2.2.1

Im vorliegenden Vergabeverfahren ist ohne Zweifel davon auszugehen, dass die Post CH AG als Vergabestelle zu qualifizieren ist, da sie gemäss Ausschreibung sowohl als Bedarfsstelle/Vergabestelle als auch als Beschaffungsstelle angegeben ist (vgl. zum Begriff der Vergabestelle: Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 18).

E. 2.2.2

Die Post ("La Poste") ist zwar eine öffentliche Auftraggeberin gemäss Annex 1 Anhang I GPA 1994, untersteht diesem Abkommen aber nicht, soweit sie in Konkurrenz mit Unternehmen steht, auf welche das GPA keine Anwendung findet (Fussnote 2 Annex 1 Anhang I GPA 1994; Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 490). Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. d aBöB

unterstehen die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post dem Gesetz, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 E. 2.1.4). Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern. Soweit die Post CH AG, der die Grundversorgung übertragen ist, dieses Monopol ausübt, erbringt sie "reservierte Dienste", auf welche das Vergaberecht anwendbar ist (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 538). Indessen umfassen die Tätigkeiten der Schweizerischen Post AG insgesamt überwiegend nicht reservierte Dienste, welche auch Dritte anbieten können (Art. 3 POG; vgl. Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 539). Insoweit unterstehen sie bzw. ihre Konzerngesellschaften nicht dem BöB. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen und den Ausführungen der Vergabestelle in der Vernehmlassung geht es bei der vorliegenden Beschaffung um den jährlichen Ersatzbedarf von ca. 1000 Stück Briefeinwürfe (Briefkästen). Diese dienen unbestrittenermassen und zum weitaus grössten Teil den Postdiensten der Schweizerischen Post AG zur Beförderung von Briefen unter 50 Gramm (vgl. Art. 18 Abs. 1 PG). Diese Beschaffung fällt somit in den Monopolbereich der Post, weshalb die Beschaffung unter das BöB fällt.

E. 2.3

Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 und 2.1 der Ausschreibung von einem Lieferauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a aBöB bedeutet der Begriff "Lieferauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Vorliegend ist der Beschaffungsgegenstand der jährliche Ersatzbedarf an Briefeinwürfen. Die Einstufung als Lieferauftrag ist daher zutreffend. Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von jährlich Fr. 633'038.19 (exkl. MwSt) bei einer Mindestvertragslaufzeit von 48 Monaten zweifelsfrei über dem Schwellenwert für Lieferaufträge (Art. 6 aBöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2019 4101]).

E. 2.4

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des aBöB.

E. 2.5

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

E. 3

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 aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 4

Das aBöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1296). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c müssen dabei kumulativ erfüllt sein (Urteil des BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen "Versicherungen BE"; BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen "Hörgeräte", vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 46 Rz. 2.60). Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - der Zuschlag wurde nicht ihr 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. 5

Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin ein derartiges schutzwürdiges Interesse aufweist.

E. 5.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. «Monte Ceneri») genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der früheren 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 (vgl. hierzu auch Urteile des BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 4.5 und B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). 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", "rendre 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; Urteile des BVGer B-7463/2016 E. 4.5 und B-3596/2015 E. 4.). 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. 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 aBöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieter abgibt. Diese Beweiserschwernis ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind (vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 4.5 und B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

E. 5.2

Im vorliegenden Vergabeverfahren kam die Vergabestelle zum Schluss, dass sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Beschwerdeführerin sowie die zweitplatzierte Anbieterin die Eignungskriterien erfüllten. Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien erhielt die Beschwerdeführerin dann aber von gesamthaft 10'000 möglichen Punkten nur 5'076, wogegen die Zuschlagsempfängerin 9'141 Punkte und die zweitplatzierte Offerentin 7'240 Punkte erzielten. Die Beschwerdeführerin erreichte damit nur den dritten Rang.

E. 5.3

In ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin insbesondere geltend, dass die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, da sie unvollständige bzw. unsorgfältig ausgefüllte Preisblätter eingereicht habe. Im Rahmen der Vernehmlassung nahm die Vergabestelle ausdrücklich auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug und beantragte, auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Sie begründete dies mit dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin als Drittplatzierte keine Gründe vorbringe, wonach sie die Zuschlagsempfängerin und/oder die zweitplatzierte Mitbewerberin überholen könnte und/oder diese (auch) auszuschliessen wäre. Entsprechend vermöge die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, dass sie bei einem Durchdringen mit ihren Rügen den Zuschlag erhalten würde. In der Replik vom 5. Oktober 2021 machte die Beschwerdeführerin erstmals geltend, dass auch die Zweitplatzierte womöglich vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, da auch sie womöglich ein unvollständiges Angebot eingereicht habe. Die Beschwerdeführerin räumte jedoch ein, dass sich das vorliegende Verfahren, angesichts der grossen Punktedifferenz zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und demjenigen der Zuschlagsempfängerin sowie der Zweitplatzierten, auf die Frage beschränken könne, ob die beiden vor ihr platzierten Offerentinnen nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden müssten. Nachdem der Beschwerdeführerin Einsicht in diverse Akten im Zusammenhang mit den

Angebotsbereinigungen gegeben wurde, hielt sie im Schreiben vom 10. November 2021 an ihren Anträgen und am Ausschluss der beiden vor ihr liegenden Offerentinnen fest. Sie vertritt die Auffassung, durch das Nachverlangen der detaillierten Kalkulationen und Detail-Preisangaben habe die Vergabestelle zum Ausdruck gebracht, dass die eingereichten Angebote ohne die verlangten Unterlagen nicht geprüft werden konnten.

E. 5.4

Das Beschaffungsrecht des Bundes kennt verschiedene Bestimmungen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren. Nach Art. 11 aBöB kann die Auftraggeberin einen Anbieter vom Verfahren ausschliessen, insbesondere, wenn er einen der in Bst. a bis f genannten Tatbestände erfüllt. Zulässig ist ein Verfahrensausschluss namentlich, wenn der Anbieter die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt (Art. 11 Bst. a i.V.m. Art. 9 aBöB), den Verpflichtungen aus Art. 8 aBöB nicht nachkommt (Art. 11 Bst. d aBöB) oder Abreden getroffen hat, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen (Art. 11 Bst. e aBöB). Weitere Ausschlussgründe betreffen Formfehler im Angebot (Art. 19 Abs. 3 aBöB), eine unzulässige Vorbefassung (Art. 21a aVöB) und den Verstoss gegen das Anonymitätsgebot im Planungs- und Gesamleistungswettbewerb (Art. 48 Abs. 3 aVöB.) Der Wortlaut des Gesetzes als grammatikalisches Auslegungselement macht jedoch deutlich, dass die Aufzählung der Ausschlussgründe in Art. 11 aBöB nicht abschliessend ist (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4).

E. 5.5

Die Anbieter müssen ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 aBöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 aBöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 m.w.H.). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie"). Der Ausschluss eines Anbieters wegen Unvollständigkeit seiner Offerte setzt daher grundsätzlich voraus, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar bekannt gegeben hat, dass die entsprechenden Angaben oder Dokumente in der Offerte enthalten sein müssen.

E. 5.6

Im vorliegenden Fall wurde gemäss Pflichtenheft vom 22. Dezember 2020 erwartet, dass ein Anbieter die Preisblätter sorgfältig und vollständig ausfüllt. Dabei hatte der Preis nebst der Herstellung und der Lieferung des Beschaffungsgegenstandes ebenfalls sämtliche Verpackungs-, Verzollungs-, Versicherungs-, Transport- und Abladekosten, Spesen sowie sonstige Nebenkosten zu beinhalten (Ziff. 19.7.). Weiter wurde festgehalten, dass unvollständig ausgefüllte oder geänderte Preisblätter zum Ausschluss führen können (Ziff. 22.4.1. Pflichtenheft). Betreffend Ausschluss aus dem Verfahren wird in Ziff. 21.4. des Pflichtenhefts zudem Folgendes ausgeführt: "Die Nichteinhaltung der Vorgaben kann zum Ausschluss aus dem Verfahren führen. Von der Beurteilung werden grundsätzlich Angebote ausgeschlossen, welche die verlangten Angaben und Unterlagen nicht vollständig enthalten; bei welchen die von der Auftraggeberin abgegebenen Unterlagen geändert wurden; welche

entweder nur in digitaler oder nur in Papierform vorliegen; die nicht rechtsgültig unterzeichnet sind; die verspätet eingereicht wurden." Auch im Anhang Nr. 6 "Guideline Gliederung der Angebotseingabe" wird darauf hingewiesen, dass vom Anbieter erwartet wird, dass er die vorbereiteten Preisblätter (Anhang 17 der Ausschreibungsunterlagen) sorgfältig und vollständig ausfüllt, und dass unvollständig ausgefüllte oder abgeänderte Preisblätter zum Ausschluss führen können. Gemäss Preisblatt waren zusätzliche Beilagen und Erklärungen mit detaillierten Kalkulationen und Detail-Preisangaben dem Angebot zwingend beizulegen.

E. 5.7

Die Vergabestelle macht geltend, dass sämtliche Angebote gewisse Formfehler bzw. gewissen Erklärungsbedarf aufgewiesen hätten. Sie habe jedoch einen sofortigen Ausschluss in sämtlichen Fällen für überspitzt formalistisch gehalten. Die veranlassten Nachbereinigungen seien zulässig gewesen und hätten im Ermessen der Vergabestelle gelegen.

E. 5.8

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt 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 die Vergabestelle den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen hat oder bei Unklarheiten Rückfrage beim Anbieter nehmen muss. Voraussetzung dafür ist indessen, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. Eine derartige Pflicht zur Rückfrage und Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung besteht daher nur bei unwesentlichen Formfehlern (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteile des BVGer B-3084/2016 vom 5. April 2017 E. 4 "Energieverbrauchserhebung 2016-2020"; B-2599/2016 vom 17. August 2016 E. 4.1 m. H. "Baumeisterarbeiten N1 Anschluss Baden/Dättwil"). Die Korrektur erfolgt in diesem Fall im Rahmen der Offertbereinigung und dem Einholen von Erläuterungen beziehungsweise bei Verhandlungen mit dem Anbieter.

E. 5.9

In Bezug auf die Frage, ob die Vergabestelle einem Anbieter Gelegenheit geben darf oder sogar muss, eine nicht den Anforderungen entsprechende Offerte zu ergänzen, unterscheidet die Praxis drei Kategorien (vgl. zum Ganzen Zwischenentscheide des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.8.2 und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"): 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. Insbesondere Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. 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 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 des BVGer 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.), 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").

E. 5.10

Im vorliegenden Fall forderte die Vergabestelle die Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Bereinigung auf, eine unterzeichnete Bescheinigung (offizielles Dokument) betreffend die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie in Bezug auf das Zuschlagskriterium "4.1 Wirtschaftlichkeit (Preise)" zusätzliche Beilagen und Erklärungen mit detaillierten Kalkulationen und Detail-Preisangaben nachzureichen, mit dem Hinweis, dass eine Anpassung der bisherigen Preise nicht zulässig sei. Mit letzterer Aufforderung gelangte die Vergabestelle ebenfalls an die zweitplatzierte Anbieterin. Zusätzlich wurde diese noch aufgefordert, Angaben zu allfälligen Subunternehmen (Selbstdeklaration 1.2) und zur vorgesehenen Technologie für das Katalogmanagement (Eignungskriterium / 2.19 SAP Ariba Katalogmanagement) zu machen sowie einen Betreibungsregistrauszug einzureichen. Die im Februar 2021 eingereichten Preise wurden im Rahmen dieser Bereinigung nicht verändert und die nachgereichten Unterlagen bzw. Erläuterungen haben sich nachweislich auch nicht auf das Preis-Leistungs-Verhältnis ausgewirkt. Demzufolge ist in casu nicht die Grenzziehung zwischen der ersten und zweiten Kategorie massgebend, da es nicht um die Frage geht, ob die von der Beschwerdeführerin bemängelten Offerten der Mitkonkurrentinnen ausgeschlossen werden müssen. Es geht vielmehr um die Grenzziehung zwischen der zweiten und der dritten Kategorie, die darüber entscheidet, ob die Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums berechtigt war, im Zusammenhang mit einer Offertbereinigungsrunde Rückfragen zu stellen bzw. den betroffenen Offerentinnen, darunter auch die Beschwerdeführerin, Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu bieten, oder dass die Mängel der Angebote derart geringfügig

sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-) Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird.

E. 5.11

Im Ergebnis handelte es sich bei den in den Offerten festgestellten Unvollständigkeiten bzw. Unklarheiten nicht um derart wesentliche Formfehler oder erhebliche Mängel, die einen zwingenden Ausschluss nach sich ziehen müssten. Es lag vielmehr im Ermessen der Vergabestelle, ob sie Nachbereinigungen durchführen wollte. Indem sie sämtlichen Anbieterinnen die gleiche Möglichkeit zur Nachbesserung gegeben hat, ist auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat schliesslich auch nicht dargetan, aufgrund welcher Anhaltspunkte sie mutmasst, dass die Zweitplatzierte im Rahmen der Bereinigung unzulässige Änderungen an ihrer Offerte vorgenommen habe. Die Argumente, welche die Beschwerdeführerin anführt um darzulegen, dass das Angebot der Zweitplatzierten auszuschliessen gewesen wäre, erweisen sich somit als offensichtlich unbegründet. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 5.1 hiervor), verfügt ein nicht berücksichtigter Anbieter unter Umständen über wenige Informationen über die vor ihm platzierten, aber ebenfalls nicht berücksichtigten Angebote. Soweit er 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" ("rendre vraisemblable"). Eine reine "Mutmassung", für welche keinerlei konkrete Belege oder Indizien angeführt werden, kann dafür nicht ausreichen.

E. 5.12

Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, die von ihr behaupteten Verfahrensfehler seien derart gravierend, dass deswegen das Vergabeverfahren ganz oder teilweise wiederholt werden müsste. So stellt sie insbesondere kein entsprechendes Rechtsbegehren, sondern beantragt eine reformatorische Gutheissung im Sinne eines direkten Zuschlags an sie selbst bzw., eventualiter, eine Rückweisung zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen.

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Preisunterschied zwischen ihrem Angebot und demjenigen der Zuschlagsempfängerin sei derart gross, dass dasjenige der Zuschlagsempfängerin schlicht nicht korrekt sein könne. Sie deutet somit sinngemäss an, dass es sich beim Angebot der Zuschlagsempfängerin um ein Unterangebot handeln könnte.

E. 6.1

Ein Angebot, das unter den Gestehungskosten liegt (sog. Unterangebot), ist als solches nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt (BGE 143 II 553 E. 7.1; 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri"; BGE 130 I 241 E. 7.3; BVGE 2011/40 E. 4.1 ff. Zwischenentscheid des BVGer B-1515/2020 vom 24. November 2020 E. 6.3.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1112 ff.). Die Vergabestelle kann ergänzende Erkundigungen einziehen, wenn sie daran Zweifel hat. Sie ist dazu aber nicht verpflichtet, jedenfalls dann nicht, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Anbieter

eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt (BGE 141 II 14 E. 10.3). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt und sich der Anbieter damit - sofern der Vertrag zustande kommt - verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3 m.w.H.).

E. 6.2

Wie sich aus den Angebotspreisen ergibt, betrug die Differenz zwischen dem Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin und demjenigen der Zweitplatzierten bezüglich der jährlichen Gesamtkosten nicht ganz vier Prozent. Es bestand somit für die Vergabestelle überhaupt kein Grund zur Annahme eines Unterangebots, weshalb sie auch nicht gehalten war, in diesem Zusammenhang weitere Abklärungen zu treffen. Auch sonst ergeben sich aus den Akten keinerlei Anhaltspunkte, wonach die Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt haben sollte.

E. 7

Insgesamt gelingt es der Beschwerdeführerin 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 Zuschlagsempfängerin begründet wären, sie und nicht die vor ihr im zweiten Rang platzierte Mitbewerberin den Zuschlag erhalten würde. Sie ist daher nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

E. 8

Die Frage, inwieweit der Beschwerdeführerin Einsicht in weitere Akten zu gewähren ist, hätte sich nur gestellt, wenn auf die Beschwerde einzutreten gewesen wäre. Da die Beschwerdeführerin jedoch, wie dargelegt, nicht beschwerdelegitimiert ist, hat sie keinen Anspruch auf Einsicht (vgl. Art. 26 VwVG). Entsprechend ist dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin keine weitere Folge zu leisten.

E. 9.1

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin nach Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 2'000.- festgelegt. Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

E. 9.2

Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, am Beschwerdeverfahren teilzunehmen und sich als Partei zu konstituieren. Entsprechend sind ihr für das vorliegende Beschwerdeverfahren weder Verfahrenskosten aufzuerlegen noch eine Parteientschädigung

zuzusprechen.

E. 9.3

Im Übrigen haben weder die obsiegende Vergabestelle noch die unterliegende Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

E. 10

Die am 7. September 2021 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Urteils dahin. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der übrigen Rechtsbegehren.

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