

BVGer B-4019/2021 vom 25. November 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-11-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4019_2021

FR: TAF B-4019/2021 du 25 novembre 2021

IT: TAF B-4019/2021 del 25 novembre 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Anträge, die bis zum 30. November 2021 laufende Frist für schriftliche Fragen und die bis zum 5. Januar 2022 laufende Frist für die Einreichung der Angebote, seien einstweilen abzunehmen.

E. 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. Vorliegend wurde das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 20. August 2021 eingeleitet, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

E. 3.1

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 54 Abs. 2 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen eine Ausschreibung (Art. 53 Abs. 1 lit. a BöB) bzw. gegen Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar sind (Art. 53 Abs. 2 BöB; vgl. zu dieser gesetzlichen Klarstellung Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 [BBl 2917 1851, 1979 f.; vgl. auch Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 4.3).

E. 3.2

Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB bzw. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von

Art. 10 BöB gegeben ist.

E. 3.2.1

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 (Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) dem BöB direkt unterstellt (Art. 4 Abs. 2 lit. f BöB). Ausgenommen sind die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bahnbetrieb zu tun haben (Art. 4 Abs. 3 BöB). Dabei genügt es, 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, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 158; Daniel Zimmerli, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [Handkommentar BöB], 2020, Art. 4 Rz. 54 f.). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung von Reinigungsprodukten für Züge funktional mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen (vgl. Urteile des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 3.2 "Produkte zur Aussenreinigung II", BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II").

E. 3.2.2

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. 8 Abs. 4 BöB, Anhang 2 Ziff. 1.1 lit. b BöB, Art. II Ziff. 2 GPA 2012).

E. 3.2.3

Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich von Fr. 640'000.- (Art. 8 Abs. 4 und Art. 16 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 BöB).

E. 3.2.4

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht (vgl. zum Ganzen auch das Urteil B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte zur Innenreinigung I").

E. 3.3

Vorliegend handelt es sich um eine Ausschreibung im Staatsvertragsbereich (vgl. E. 3.2.3 hiervor), weshalb primärer Rechtsschutz verlangt werden kann (Art. 53 Abs. 1 Bst. a und Art. 52 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 i.V.m. Anhang 4 BöB).

E. 3.4

Das Bundesverwaltungsgericht ist prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 52 Abs. 1 lit. a BöB).

E. 4.1

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. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 4.2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 "Produkte zur Aussenreinigung II", B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung").

E. 5.1

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

E. 5.2

Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen "Hörgeräte"), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich grundsätzlich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat, wobei die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c kumulativ erfüllt sein müssen (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).

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin war über 30 Jahre lang Hauptlieferantin von Innen- und Aussenreinigungsmittel für Schienenfahrzeuge, tritt damit offensichtlich im relevanten Markt auf und hat auch an der letzten Ausschreibung der Produkte zur Aussenreinigung von Schienenfahrzeugen teilgenommen. Damit ist sie zur Beschwerde gegen die Ausschreibung legitimiert, was die Vergabestelle im Übrigen auch nicht bestreitet.

E. 5.4

Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5.5

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

E. 6.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 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. 54 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 6.2

Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zum aBöB können 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft", B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 4).

E. 6.3

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. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) - heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 (in Kraft seit 1. Juli 2021) - fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA 1994 bzw. von Art. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341; Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 4).

E. 7.1

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen der in der Ausschreibung bekanntgegebenen und der effektiven Gewichtung der Preis- und Qualitätskriterien. Mit dem Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts gehe ein Paradigmenwechsel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb einher. Wie für die Mindestgewichtung des Preises sei deshalb nach neuem Recht auch eine Mindestgewichtung der Qualität von 20 bis 30 % sinnvoll und nach dem Gesetzeszweck angezeigt. Zusätzlich verstärke die in der angefochtenen Ausschreibung erwähnte Preisspanne von 35 % die ohnehin hohe Preisgewichtung. Die kritische Preisgrenze, ab der sich ein Punkterückstand aus dem Preiswettbewerb nicht mehr aufholen lasse, betrage 18.85 %, was aus Sicht der Beschwerdeführerin gegen die Mindestgewichtung der Qualität verstosse (Beschwerde Rz. 3.1).

E. 7.2

Die Vergabestelle hält dem entgegen, sie verfüge bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen weiten Ermessensspielraum. In der Tat seien die Auftraggeberinnen dabei gehalten, nebst dem Preis auch Qualitätskriterien zu berücksichtigen, was vorliegend mit einer Gewichtung von 65 % für den Preis und insgesamt 35 % für qualitätsbezogene Aspekte auch gemacht worden sei. Die gewählte Gewichtung sei insbesondere auch deshalb sachgerecht, weil es sich vorliegend nicht um eine komplexe Leistung, sondern um Verbrauchsmaterial handle. Auch die Kritik an der gewählten Preisspanne von 35 % sei unberechtigt. Die Vergabestelle erwarte eine effektive Angebotsspanne von 30 bis 40 %, was bei dieser Art von nicht komplexen Beschaffungen üblich sei (Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen Rz. 3.2.1).

E. 7.3

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die im vorliegenden Verfahren gewählte Gewichtung der Zuschlagskriterien und die Auswahl der Preisbewertungsmethode von der Beschwerdeführerin bereits in einem früheren Verfahren gerügt wurden (Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 5 "Produkte zur Aussenreinigung II"). In den entsprechenden Erwägungen hielt das Bundesverwaltungsgericht mit ausführlicher Begründung fest, dass die Vergabestelle ihr Ermessen bei der vorgenommenen Gewichtung der Zuschlagskriterien (ZK 1 Preis 65 %, ZK 2 Qualität 20 %, ZK 3 Logistik/Service 15 %) und bei der Wahl der Preisbewertungsmethode (Preisspanne 35 % für die Beschaffung von Aussenreinigungsmitteln für Personenzüge) nicht überschritten hat (Urteil BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 5.3 bis E. 5.7 "Produkte zur Aussenreinigung II"; vgl. zum Ganzen Claudia Schneider-Heusi, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 344 ff.; vgl. auch Baurecht 4/2021, S. 210 Nr. 324). Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden.

E. 7.4

Die Beschwerdeführerin macht im vorliegenden Verfahren neu geltend, mit dem Inkrafttreten des neuen Vergaberechts sei ein Paradigmenwechsel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb einhergegangen. Die Vergabestelle habe daher auch bei einer tieferen Gewichtung der Qualität sicherzustellen, dass eine Mindestgewichtung der Qualitätskriterien eingehalten und diese nicht durch die Kriterienwahl, die Gewichtung und/oder die Methodik unterschritten werde. Ähnlich wie bei der Preisgewichtung sei deshalb davon auszugehen, dass nach dem neuen Gesetzeszweck eine Mindestgewichtung der Qualität von 20 bis 30 % angezeigt sei. Gemäss geltender Rechtsprechung muss der Preis einer nachgesuchten Leistung auch bei der Beschaffung komplexer Werke oder Dienstleistungen im Umfang von mindestens 20 % bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden (BGE 143 II 553 E. 6.4). Eine Mindestgewichtung in Bezug auf die Qualität verlangt das Bundesgericht bisher nicht. Die Frage kann aber hier auch deshalb offengelassen werden, weil es sich beim vorliegenden Beschaffungsgegenstand um Reinigungsmittel und somit um reine Verbrauchsgüter handelt. Aus vergaberechtlicher Sicht kann deshalb nicht von einer komplexen Beschaffung gesprochen werden, die gegebenenfalls eine höhere Gewichtung der Qualität verlangen würde, auch wenn die Beschwerdeführerin das als Herstellerin dieser Reinigungsmittel anders dazustellen versucht (vgl. Beschwerde Rz. 11, 28).

E. 7.5

Prima facie führt die Wahl und die Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie die gewählte Preisspanne im vorliegenden Fall - auch nach Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts - zu keiner rechtswidrigen Diskrepanz zwischen der bekanntgegebenen und der effektiven Gewichtung der Preis- und Qualitätskriterien.

E. 8.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Ausschreibung verstosse gegen die Anforderung der Produktneutralität. Art. 30 Abs. 3 BöB halte fest, dass es grundsätzlich unzulässig sei, bestimmte Firmen, Marken, Patente oder Urheberrechte im Rahmen der technischen Spezifikation vorzugeben. In Beilage 6.4 und 6.6 der Ausschreibungsunterlagen sei jedoch ein direkter Vergleich mit den (bisherigen) Produkten der Beschwerdeführerin vorgesehen.

E. 8.2

Die Vergabestelle hält auch diese Rüge für unbegründet. Die in der Ausschreibung genannten Produkte würden einzig als Vergleichsbasis herangezogen. Die ausgeschriebenen Reinigungsmittel müssten eine Vielzahl technischer und rechtlicher Mindestanforderungen erfüllen, welche auch in den Ausschreibungsunterlagen umschrieben seien. Aus Gründen der Klarheit und der Praktikabilität habe sich deshalb die Vergabestelle dazu entschieden, die Reinigungsprodukte im Rahmen der Evaluation einem direkten Vergleich mit den bisherigen Produkten zu unterziehen.

E. 8.3

Die Ausschreibungsunterlagen sehen vor, dass die vier ausgeschriebenen Reinigungsmittel (Neutraler Aussenreiniger "maschinell", saurer Aussenreiniger "maschinell", saurer Aussenreiniger "manuell" sowie Mückenentferner "maschinell/manuell") jeweils mit Produkten der bisherigen Lieferantin - im vorliegenden Fall der Beschwerdeführerin - verglichen werden. So ist in Beilage 6.4 (Position 18) beispielsweise vorgesehen, dass die Reinigungswirkung des angebotenen Produktes mit der Reinigungswirkung des bisherigen Produktes verglichen wird. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vergabestelle handelt es sich hierbei einzig um eine Referenz bzw. eine Vergleichsbasis, die für sämtliche Anbieter die gleiche ist. Ein Verstoß gegen Art. 30 Abs. 3 BÖB ist prima facie nicht zu erkennen.

E. 9.1

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Formulierungen der Mindestanforderungen und der Zuschlagskriterien seien in mehrfacher Hinsicht vergaberechtswidrig erfolgt: Erstens mache die Vergabestelle keine hinreichend klaren und ausführlichen Angaben zu den Eigenschaften der Referenzflächen, die bei der Prüfung der Produkte gemäss den Prüfschritten 1 und 2 zum Einsatz kämen (Ziff. 2.9.3.2 der Ausschreibungsunterlagen, Beilage 6.4). Die Vergabestelle verweise einzig auf die verwendeten Referenzprodukte. Das sei aber unzureichend. Zudem würden für den Prüfschritt 1 zwei externe, unabhängige Firmen beigezogen, was ein weiterer Grund dafür sei, hohe Anforderungen an die Vollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen zu stellen. Zweitens sehe die Vergabestelle eine sehr grobe vergleichende Prüfungsmethode ohne sachgerechte Differenzierung vor, in dem sie einzig zwischen "gleich sauber wie die Referenzfläche", "etwas sauberer" und "deutlich sauberer" unterscheide (Beilage 6.4 Position 19, Beilage 6.6 Position 77). Drittens habe sich die Vergabestelle zur Simulation der Kratzempfindlichkeit für eine Labortestwaschanlage für Automobilfahrzeuge entschieden, was nicht sachgerecht sei. Und viertens führe der Umstand, dass die Eigenschaften der bisherigen Produkte der Beschwerdeführerin, welche als Referenzprodukte dienten, mit der Erfüllung der Mindestanforderung gleichgesetzt und im Rahmen der Bewertung der Qualität mit 0 Punkten bewertet würden, zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung der Beschwerdeführerin gegenüber ihren Mitbewerbern. Die Beschwerdeführerin befürchte zudem, dass ihre Mitbewerber die Zusammensetzung ihrer bisherigen Produkte in Erfahrung bringen und der Vergabestelle letztlich identische Produkte offerieren würden (Beschwerde Rz. 3.3).

E. 9.2

Die Vergabestelle hält dem entgegen, erstens handle es sich bei der Referenzfläche um eine Testoberfläche, deren Beschaffenheit und Grösse in allen Tests und für alle Teilnehmer gleichbleibe und anhand derer die Reinigungswirkung im Vergleich zu den benannten

Referenzprodukten bewertet werde. Der Beizug externer Prüffirmen böte sodann Gewähr für die fachkundige Durchführung der Tests und erhöhe die Unabhängigkeit bzw. die Objektivität der Bewertung. Zweitens obliege es dem behördlichen Ermessen, ob der Verschmutzungsgrad in drei oder fünf Abstufungen erfolge. Soweit die Beschwerdeführerin dieses Bewertungssystem als zu schematisch rüge, wirke dies konstruiert. Drittens werde mit der vorgesehenen Anlage "Amtec Kistler LW" für den Prüfschritt 1 eine Durchlaufreinigungsanlage im Laborformat simuliert, was eine gute und vergleichsweise realitätsnahe erste Bewertung der Eigenschaften der angebotenen Reinigungsprodukte ermögliche. Beim Prüfschritt 2, den Grosstests, würden die Produkte sodann unter realen Bedingungen in einer Zugwaschanlage eingesetzt und erneut bewertet. Dieses Vorgehen sei nicht nur sachgerecht, sondern auch noch klar und deutlich ausgewiesen worden. Viertens sei auch keine Diskriminierung der Beschwerdeführerin erkennbar, wenn die Eigenschaften der bisherigen Produkte mit der Erfüllung der Mindestanforderungen gleichgestellt würden. Auch die Befürchtung der Beschwerdeführerin, Mitbewerber könnten wegen der vorliegenden Ausschreibung die Zusammensetzung ihrer Produkte in Erfahrung bringen und letztlich identische Produkte offerieren, scheine wenig wahrscheinlich, auch, weil für Mitbewerber einerseits ein Anreiz bestehe, hochwertigere Produkte anzubieten und die Vergabestelle andererseits keine Produktmuster herausgeben würde.

E. 9.3

Gemäss Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 lit. b BöB und Art. 7 VöB bezeichnet die Vergabestelle die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, Vergabe- und Vertragsunterlagen, wobei die Anforderungen an die geforderten Leistungen in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit umschrieben sein müssen (Oechslin/Locher, Handkommentar BöB, a.a.O., Art. 30 Rz. 7 ff; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 BBl 2017 1851, 1945 zu Art. 30 Abs. 1 BöB). Dabei ist hinsichtlich der Transparenz grundsätzlich zwischen der Transparenz zum Voraus (ex ante) und im Nachhinein (ex post) zu unterscheiden (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 "Gebäudeautomation ETH"). Die Transparenz soll die Vorbedingung für ein inhaltlich korrektes Verfahren sein und die Überprüfung desselben absichern. Zum einen geht es dabei um Klarheit über das Verfahren, die in diesem Verfahren geltenden Regeln und die verfahrensgegenständliche Leistung zum Voraus (ex ante), zum anderen um die Verständlichkeit des Verfahrensablaufes im Nachhinein (ex post). Für die Ausschreibungsunterlagen, welche den Beschaffungsgegenstand beschreiben und die wichtigsten Eckpunkte, Teilschritte und Spielregeln des Verfahrens bekannt geben, ist grundsätzlich eine Transparenz ex ante notwendig (Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 24 und 25).

E. 9.4

Gleichzeitig verfügt die Vergabebehörde bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Die Rüge der Unangemessenheit vergaberechtlicher Verfügungen ist auch nach neuem Recht ausgeschlossen (Art. 56 Abs. 3 BöB; Florian C. Roth, Handkommentar BöB, a.a.O., Art. 56 Rz. 19 ff; vgl. auch E. 4.1 hiervor). Dies gilt auch für die Festlegung der technischen Spezifikationen. Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3; Urteile des BVGer B-879/2020 vom 8.

März 2021 E. 9.4. "Produkte zur Aussenreinigung II" und B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" m.H. auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

E. 9.5

Der breite Ermessensspielraum in Bezug auf die Ausgestaltung der Vergabekriterien dient auch dazu, Vergabestellen vor überhöhten Erwartungen der Anbieter an die "richtige" Ausschreibung zu schützen (vgl. Urteil des BVer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 9.5 "Produkte zur Aussenreinigung II").

E. 9.5.1

Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, die fehlenden Angaben zu den Referenzflächen würden gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstossen, kann dem nicht gefolgt werden. In Beilage 6.4 sind die technischen Mindestanforderungen der ausgeschriebenen Reinigungsmittel für den Prüfschritt 1 (insgesamt 76 verschiedene Anforderungen) und für den Prüfschritt 2 (insgesamt 23 verschiedene Anforderungen) aufgelistet. Zusätzlich wird in den technischen Anforderungen darauf verwiesen, mit welchen aktuell eingesetzten sauren bzw. alkalischen Reinigungsprodukten die Angebote verglichen werden. In Beilage 6.6 (Bewertungsbogen für das Zuschlagskriterium Qualität) wird sodann detailliert aufgeführt, welche weiteren qualitativen Eigenschaften bewertet werden, namentlich die Eintrocknungszeit, die Reinigungswirkungen, das Benetzungsverhalten sowie die Abspühlbarkeit. Zwar ist der Beschwerdeführerin insofern zuzustimmen, dass die Referenzflächen, auf denen die angebotenen Produkte getestet werden, nicht weiter definiert sind. Allerdings grenzt die Vorgabe, Aussenreiniger für Personenzüge sachgerecht prüfen zu müssen, die Wahl der Referenzfläche deutlich ein. Im Übrigen bleibt die Beschaffenheit und die Grösse der Testflächen für alle Anbieter gleich, worauf auch die Vergabestelle zu Recht verweist. Die fehlenden Angaben zu der Referenzfläche sind jedenfalls für sich alleine prima facie kein Grund, die Ausschreibung aufzuheben.

E. 9.5.2

Die Beschwerdeführerin macht keine weiteren Angaben dazu, warum ihrer Meinung nach die Differenzierung der Reinigungswirkung der ausgeschriebenen Produkte mit "gleich sauber wie die Referenzfläche", "etwas sauberer" und "deutlich sauberer" nicht sachgerecht sein soll. Im Übrigen ist, in Übereinstimmung mit der Vergabestelle darauf hinzuweisen, dass die Reinigungswirkungen nur zwei von fünf Kriterien der Qualitätsbewertung betreffen (Eintrocknungszeit, Reinigungswirkung 1, Reinigungswirkung 2, Benetzungsverhalten, Abspühlbarkeit, vgl. Beilage 6.6). Eine nicht ausreichend differenzierte Beurteilung der Reinigungswirkung ist prima facie jedenfalls nicht zu erkennen.

E. 9.5.3

Die Ausschreibungsunterlagen sehen sodann vor, dass die angebotenen Produkte im Prüfschritt 1 unter Laborbedingungen, unter anderem mit Hilfe der Labor-Automobilwaschanlage "Amatec Kistler LWA", geprüft werden. Diejenigen Produkte, welche den Prüfschritt 1 erfüllen, werden sodann zum Prüfschritt 2 zugelassen. Im Prüfschritt 2 werden die technischen Spezifikationen im Grosstest geprüft, unter anderem in einer Durchlaufreinigungsanlage für Züge (Ziff. 2.9.3.2 der Ausschreibungsunterlagen). Die Vergabestelle begründet dieses Vorgehen mit Effizienz- und Kosteneinsparungsgründen: In einer ersten Runde werde die

Durchlaufreinigungsanlage mit Hilfe der genannten Anlage simuliert. Der zweite Prüfschritt erfolge unter realen Bedingungen. Dieses Vorgehen scheint sachgerecht, auch deshalb, weil mit dem Prüfschritt 1 eine erste grobe Vorauswahl und nicht die gesamte Prüfung der technischen Spezifikation vorgenommen wird. Zudem ist das genannte zweistufige Prüfverfahren in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt, unter Angabe der zur Anwendung gelangenden Anlage. Ein Verstoss gegen das Klarheits- und Transparenzgebot ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb auch diese Rüge prima facie ins Leere zielt.

E. 9.5.4

Die Beschwerdeführerin erkennt sodann im Umstand, dass die Eigenschaften der Referenzprodukte - welche aus dem (bisherigen) Sortiment der Beschwerdeführerin stammen - keine zusätzlichen Punkte bei der Qualitätsbewertung erhalten, eine ungerechtfertigte Diskriminierung. Eine Begründung dafür liefert sie nicht. Sie hat, genau wie die übrigen Mitbewerber auch, die Möglichkeit, in der vorliegenden Ausschreibung (neue) Produkte anzubieten, die in der Qualitätsbewertung Punkte erhalten. Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, die Konkurrenz werde letztlich identische Produkte wie ihre Referenzprodukte offerieren, ist diese Befürchtung unbegründet, auch weil die Vorinstanz keine Produktmuster herausgibt (vgl. E. 9.2 hiavor).

E. 9.6

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von der Beschwerdeführerin gerügten Formulierungen der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien prima facie vergaberechtskonform erfolgt sind.

E. 10.1

Abschliessend rügt die Beschwerdeführerin, die bekanntgegebenen Bezugsmengen und die Vertragsdauer würden gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstossen. Als bisherige und ausschliessliche Lieferantin stelle die Beschwerdeführerin fest, dass die total ausgeschriebenen Bezugsmengen zu hoch seien. Weiter würde die Ausschreibung auch widersprüchliche Angaben zur Vertragsdauer enthalten, weshalb eine genaue Kalkulation eines Angebotes nicht möglich sei (Beschwerde Rz. 3.4).

E. 10.2

Die Vergabestelle begründet den grösseren künftigen Bedarf an Reinigungsmitteln mit steigendem Waschbedarf. Dabei falle insbesondere ins Gewicht, dass in den letzten Jahren stets mindestens eine grössere Zugwaschanlage wegen Umbauten ausser Betrieb gestanden und die Corona-Pandemie zu einem reduzierten Zugsangebot bzw. einem geringeren Waschbedarf geführt habe. Die uneinheitlichen Angaben zur Vertragsdauer seien zwischenzeitlich im SIMAP-Frageforum korrigiert worden.

E. 10.3

Die Vergabebehörden haben bei der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen darauf zu achten, diese so auszugestalten, dass die Anbieter ordnungsgemäss offerieren können (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 401). Das gilt auch für die voraussichtlichen Bestellmengen, welche hinsichtlich der Produktentwicklungs- und Transportkosten von grosser Bedeutung sind. Die Vergabestelle ist dabei zu einer genauen Bedürfnisabklärung verpflichtet, dient diese doch, im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes, dem optimalen Einsatz der öffentlichen Mittel (BVGE 2018 IV/2 E. 4.2 "Produkte zur

Innenreinigung I"; Urteil BVGer vom 12. August 2019 E. 5.3 "Produkte zur Innenreinigung II", vgl. zum Ganzen auch GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 382). Allerdings bleibt ihr, auch bezüglich der zu beschaffenden Menge bzw. der davon abhängigen Ausgestaltung der Transport- und Logistikkosten ein erheblicher Ermessensspielraum (Urteil BVGer vom 12. August 2019 E. 5.3 "Produkte zur Innenreinigung II").

E. 10.4

Die Begründung für den zusätzlichen Bedarf an Reinigungsmitteln durch die Vergabestelle erscheint nachvollziehbar. Das Zugsangebot wurde in den vergangenen Monaten pandemiebedingt reduziert. Weiter fanden Umbauten oder Sanierungen von grösseren Zugwaschanlagen statt. Es sind jedenfalls keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Bedarfsrechnung durch die Vergabestelle nicht sorgfältig kalkuliert worden wäre. In Übereinstimmung mit der Vergabestelle ist sodann darauf zu verweisen, dass die künftige Lieferantin für Aussenreiniger (genau wie bisher) exklusiv liefern wird. Soweit die Beschwerdeführerin die unterschiedlichen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zu der Vertragsdauer rügt, hat die Vergabestelle diese zwischenzeitlich im SIMAP-Frageforum geklärt.

E. 10.5

Auch die Angaben zum Vertragsgegenstand und der Vertragsdauer verstossen deshalb prima facie nicht gegen das Klarheits- und Transparenzgebot.

E. 11

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde gegen die Ausschreibung als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen, ebenso wie die damit verbundenen prozessualen Anträge betreffend die laufenden Fristen.

E. 12

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Frist für schriftliche Fragen noch immer und noch bis zum 30. November 2021 läuft. Die Beschwerdeführerin hat somit weiterhin Gelegenheit, allfällige Unklarheiten zur Ausschreibung im SIMAP-Frageforum zu klären (zu möglichen Fallkonstellationen mit einer Fragepflicht vgl. Urteil des BGer 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004 E. 3.3, Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 Rz. 25).

E. 13

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen für das Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

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