

BVGer B-4165/2022 vom 23. November 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4165_2022

FR: TAF B-4165/2022 du 23 novembre 2022

IT: TAF B-4165/2022 del 23 novembre 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition.

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), 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, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA; SR 0.632.231.422]) 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 leitete die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Ausschreibung des Lieferauftrags "20-021 Rippenplatten" am 14. April 2022 ein, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen den Ausschluss eines Anbieters, sofern die betreffende Vergabe in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Rechtsschutz einschlägigen Schwellenwerte erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. h BöB). Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden. 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-EG, 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-EG 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 unterstellt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB). Ausgenommen sind die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bahnbetrieb zu tun haben (Art. 4 Abs. 3 BöB). Der von der Vergabestelle ausgeschriebenen Lieferung der Rippenplatten ist ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang mit dem Verkehrsbereich zuzusprechen. Entsprechend fällt die Beschaffung, in deren Kontext die vorliegende angefochtene Ausschlussverfügung erging, unter diesem Gesichtspunkt in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB). Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wurde vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt ist (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 2 Ziff. 1.1 Bst. b zum BöB) Die Vergabestelle rechnet für den erwarteten Bedarf mit einem Beschaffungsvolumen im Millionenbereich für das erste Los. Dieser Betrag liegt deutlich über dem für Lieferungen im Auftrag einer Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB geltenden Schwellenwert von Fr. 640'000.00 (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB). Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vorliegt, fällt die vorliegende Beschaffung sowohl in den Anwendungsbereich des BöB als auch in denjenigen des Staatsvertrags. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.3

Die Ausschreibung umfasst drei Lose. Die Beschwerdeführerin hat lediglich für das Los 1 ein Angebot eingereicht. Das Rubrum ihrer Beschwerde bezieht sich indessen auf die ganze Ausschreibung, ohne bezüglich der Lose zu differenzieren. Die angefochtene Ausschlussverfügung nennt das betroffene Los zwar nicht, bezieht sich aber ausdrücklich auf das Angebot der Beschwerdeführerin. Soweit die Beschwerdeführerin Rechtsbegehren stellt, welche nicht nur das Los 1, sondern undifferenziert das gesamte "Vergabeverfahren" betreffen, wie insbesondere das Eventualbegehren auf Abbruch des "Vergabeverfahrens", geht ihr Begehren über den Streitgegenstand hinaus, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

E. 1.4

Die Vergabestelle macht geltend, Beschwerdeführerin sei gar nicht zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.4.1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 4.2.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art.

48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 1.4.2

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat ein Angebot für das Los 1 eingereicht und am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Als Adressatin der Ausschlussverfügung ist sie offensichtlich berührt, weil ihr dadurch die Möglichkeit entzogen wird, den Zuschlag zu erhalten.

E. 1.4.3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine derartige reelle Chance besitzt, ist aufgrund der von ihr gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). 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 (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 5.1.2 "Elementwandsysteme ETH"). Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe ein überaus wettbewerbsfähiges Angebot eingereicht, welches insbesondere durch ein detailliertes und überzeugendes Logistikkonzept, verhältnismässig kurze Lieferfristen sowie relativ geringen CO₂-Ausstoss überzeuge, weshalb bei der Bewertung der Zuschlagskriterien eine sehr gute Benotung zu erwarten sei und bei einer Zulassung des Angebots zur Bewertung eine reelle Chance auf den Zuschlag bestehe. Die Vergabestelle bestreitet, dass die Beschwerdeführerin bei Gutheissung eine realistische Chance habe, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen. Die Beschwerdeführerin sei daher nicht zur Beschwerde legitimiert. Die Begründung, warum sie dies nicht sei, ist in der Vernehmlassung der Vergabestelle aber vollständig abgedeckt. Dürfen diese Argumente der Vergabestelle der Beschwerdeführerin nicht offengelegt werden, kann darauf auch nicht zu ihrem Nachteil abgestellt werden. Sie haben daher vorliegend unberücksichtigt zu bleiben. Würden sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin als stichhaltig erweisen, so würde ihr Angebot die höchste Punktzahl erzielen, so dass ihr der Zuschlag für das Los 1 zu erteilen wäre. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde gegen den Ausschluss ihres Angebots für das Los 1 legitimiert.

E. 1.5

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG)

E. 1.6

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit sie sich gegen den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin richtet.

E. 2

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe ihre Ausschlussverfügung ungenügend begründet und damit das rechtliche Gehör verletzt. Es werde darin lediglich darauf hingewiesen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausgeschlossen werde, weil der Nachweis der Erfüllung des Eignungskriteriums "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" der Herstellerin B._____ fehle und auch innert der gewährten Nachfrist nicht eingereicht worden sei und weil keine Bestätigung erfolgt sei, dass die Beschwerdeführerin ihr Angebot auch ohne die Herstellerin B._____ abdecken könne. Eine Begründung für das Vorgehen der Vergabestelle fehle, insbesondere enthalte die Verfügung keine Angaben dazu, warum die eingereichten Dokumente nicht genügen sollten, obwohl sie mit der Ausschreibung und der diesbezüglichen Konkretisierung in der Frage- und Antwortrunde im Einklang stünden. Aufgrund der fehlenden Begründung der Verfügung sei es der Beschwerdeführerin nicht möglich, nachzuvollziehen, weshalb sie ausgeschlossen worden sei. Die Vergabestelle bestreitet eine Verletzung der Begründungspflicht. Die Begründung in der Ausschlussverfügung habe sich nicht auf blosse Formeln ohne inhaltlichen Gehalt beschränkt, vielmehr sei darin der Beschwerdeführerin konkret dargelegt worden, weshalb ihr Angebot mangels Nachweises des Eignungskriteriums "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" der Herstellerin B._____ ausgeschlossen worden sei.

E. 2.1

Gemäss Art. 51 Abs. 2 BöB sind beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen. Art. 51 Abs. 2 BöB ist insofern eine lex specialis zu Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG.

E. 2.2

In der angefochtenen Ausschlussverfügung führte die Vergabestelle zur Begründung aus, die formelle Angebotsprüfung habe ergeben, dass das Angebot die Formvorschriften gemäss Art. 34 BöB wegen Unvollständigkeit nicht erfülle. Konkret fehle der Nachweis für das Eignungskriterium "Einhaltung der Sozial- und Verhaltenskodex BSCI des Produzenten", nämlich das unterschriebene BSCI Dokument für Produzenten vom Hersteller B._____. Die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin eine Frist bis zum 19. Juli 2022 für das Nachreichen des Dokuments gewährt. Beim ersten Mal sei das Dokument vom Geschäftspartner und nicht vom Produzenten eingereicht worden. Die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin daher erneut eine Frist bis zum 26. Juli 2022 gewährt, um ihr das Nachreichen des Dokuments für die Einhaltung der BSCI für Produzenten zu ermöglichen. Das Dokument sei indessen innert dieser Frist nicht nachgereicht worden. Daraufhin habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin eine Frist bis zum 9. August 2022 gewährt, damit diese bestätige, ob das Angebot mit den bestehenden Herstellern (auch ohne den Hersteller B._____) abgedeckt werden könne. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspreche, würde gegen das Gebot der Gleichbehandlung und gegen das Transparenzgebot verstossen. Der Ausschluss des von der Beschwerdeführerin eingereichten Angebots sei daher erforderlich.

E. 2.3

Neben der Begründung in der Ausschlussverfügung selbst ist auch der dieser vorangegangene E-Mail-Verkehr zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle

in der Zeit vom 7. Juli 2022 bis zum 8. August 2022 zu berücksichtigen, in dem die relevante Frage ausdrücklich und unzweideutig diskutiert wurde. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin kein Debriefing verlangt hat, was die Frage aufdrängt, ob ihre Rüge, die angefochtene Verfügung sei nicht genügend begründet, nicht gegen Treu und Glauben verstösst (Urteil des BVGer B-1486/2022 vom 13. Juli 2022 E. 3.3). Vor allem aber zeigen die Ausführungen in der Beschwerde unzweideutig, dass die Beschwerdeführerin die Motivation für ihren Ausschluss kannte.

E. 2.4

Die Rüge einer Verletzung der Begründungspflicht erweist sich daher als haltlos.

E. 3

Vorliegen eines hinreichenden Umweltkonzept

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Gemäss den Ausschreibungsbedingungen sei als Nachweis für die Erfüllung des letzten Eignungskriteriums "Einhaltung des Sozial- und Verhaltens-Kodex (beispielsweise amfori BSCI gemäss Beilage)" die Einreichung der unterschriebenen Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder der Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z. B. SA8000 usw.) verlangt gewesen. Der Ausschreibung seien die amfori BSCI "Countries Risk Classification" (Risikoländerliste), die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner, die Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI-Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner (Produzenten) und der amfori BSCI-Verhaltenskodex beigelegt gewesen. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht weiter ausgeführt gewesen, welche der beiden Umsetzungsbedingungen vom Anbieter beziehungsweise allenfalls seinen Subunternehmern oder sonstigen Lieferanten zu unterzeichnen seien. Die Ausschreibungsunterlagen seien in dieser Hinsicht offensichtlich unklar gewesen, weshalb die Beschwerdeführerin sich in der Frage- und Antwortrunde bei der Vergabestelle erkundigt habe, welche der beiden Umsetzungsbedingungen im Zusammenhang mit der Submission relevant sei sowie welche der Bedingungen unterzeichnet werden müsse. Gemäss der Antwort der Vergabestelle seien die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner zu unterzeichnen gewesen. Sofern die Herstellung der Rippenplatten in einem Risikoland erfolge, müsse die Herstellerfirma die Umsetzungsbedingungen für Produzenten unterzeichnen. Die Herstellerin der Rippenplatten habe folglich nur dann die Umsetzungsbedingungen für Produzenten zu unterzeichnen gehabt, wenn die Herstellung in einem entsprechend der "Countries Risk Classification" (Risikoländerliste) der amfori BSCI als Risikoland klassifiziertem Land erfolgt sei. Gemäss der Risikoländerliste, die der Ausschreibung beigelegt habe, sei Tschechien kein Risikoland. Folglich habe die Beschwerdeführerin gemäss der Präzisierung der Vergabestelle in der Frage- und Antwortrunde keine von der B. _____ unterzeichneten Umsetzungsbedingungen für Produzenten einzureichen gehabt, sondern diejenige für Geschäftspartner. Die Beschwerdeführerin habe daher mit ihrem Angebot die von ihrer Subunternehmerin A. _____ AG sowie die von ihr selber unterzeichneten Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner eingereicht und auf Nachfrage der Vergabestelle fristgerecht auch die von der B. _____ unterzeichneten Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner nachgereicht. Die Umsetzungsbedingungen für Produzenten seien nicht gefordert gewesen

und seien daher im Zusammenhang mit der Frage der Vollständigkeit des Angebots nicht relevant. Das Angebot der Beschwerdeführerin enthalte alles, was gemäss den Ausschreibungsunterlagen und den diesbezüglichen Präzisierungen in der Frage- und Antwortrunde verlangt gewesen sei. Wenn die Vergabestelle nun plötzlich und in Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen und den diesbezüglichen Präzisierungen im Rahmen der Frage- und Antwortrunde die Anforderungen an den Nachweis für das Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" verändere, indem sie die Einreichung von durch die Herstellerin (B._____) unterzeichneten Umsetzungsbestimmungen für Produzenten verlange, so verändere sie nachträglich die festgelegten Eignungskriterien. Das sei vergaberechtswidrig und unzulässig. Die Anpassung sei wesentlich, denn hätte die Vergabestelle von Anfang an klar kommuniziert, welche amfori BSCI Umsetzungsbedingungen sie akzeptieren wolle, hätten die Anbieter eine Herstellerin in ihr Angebot integriert, welche in der Lage beziehungsweise dazu bereit gewesen wäre, das Dokument für Produzenten zu unterzeichnen oder über einen vergleichbaren zertifizierten Standard (z.B. SA8000) verfüge. Überdies sei die von der Vergabestelle gemachte Anpassung unsachlich. Die amfori BSCI Umsetzungsbedingungen für Produzenten seien nur dann vom Produzenten beziehungsweise Hersteller zu unterzeichnen, wenn er durch den amfori BSCI-Teilnehmer (vorliegend die Vergabestelle) oder einen Geschäftspartner des amfori BSCI-Teilnehmers (vorliegend entweder die Beschwerdeführerin oder allenfalls die A._____) in den sogenannten "Überwachungsprozess" aufgenommen worden sei. Die Notwendigkeit der Unterzeichnung der Umsetzungsbedingung für Produzenten hänge damit nicht davon ab, ob der Unterzeichnende selber ein Hersteller beziehungsweise Produzent sei, sondern davon, ob der spezifische Hersteller von einem amfori BSCI-Mitglied in einen Überwachungsprozess aufgenommen worden sei. Vorliegend bestünden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die B._____ von der Vergabestelle in einen solchen Prozess aufgenommen worden sei. Dies habe die Vergabestelle im Verlauf des Vergabefahrens denn auch nie gegenüber der Beschwerdeführerin geltend gemacht. Es sei daher unsinnig, die Einreichung von durch die B._____ unterzeichneten Umsetzungsbedingungen für Produzenten zu verlangen.

E. 3.2

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin sei rechtmässig. Die Vergabestelle sei Teilnehmerin der Unternehmensinitiative amfori BSCI zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in globalen Lieferketten. Die amfori BSCI habe einen Verhaltenskodex entwickelt und sehe die Möglichkeit vor, bei Herstellern - unabhängig vom Produktionsland - Sozialaudits durchzuführen. Die Beschaffung von Produkten für den Schienenverkehr komme ohne "Muss"-Kriterien zur Einhaltung und Kontrolle sozialer Mindeststandards nicht aus. Aufgrund ihrer Erfahrungen habe die Vergabestelle als Eignungskriterium unter anderem den Nachweis betreffend die "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex (beispielsweise amfori BSCI gemäss Beilage)" durch "unterschiedene Umsetzungsbedingungen zum amfori BSCI oder Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbar zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z.B. SA8000 usw.)" verlangt. BSCI-Teilnehmer, die den Verhaltenskodex annähmen, seien verpflichtet, die darin enthaltenen Grundsätze entlang ihrer Lieferkette zu beachten und von allen ihren Geschäftspartnern die Einhaltung des Verhaltenskodex zu verlangen. Zu diesem Zweck stelle amfori BSCI Umsetzungsbedingungen - namentlich für Produzenten und für sonstige Geschäftspartner - bereit. Beide Bedingungen seien Teil der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Die

Umsetzungsbedingungen für Produzenten stellten klar, dass die Entscheidung über eine künftige Auditierung durch den amfori BSCI-Teilnehmer getroffen werden könne. Die Produzenten-Umsetzungsbedingungen seien von jedem Unternehmen in der Lieferkette zu unterzeichnen, das Hersteller sei und das vom SCI-Teilnehmer (hier die Vergabestelle) während der Vertragsbeziehung auditiert werden solle. Alle übrigen Unternehmen in der Lieferkette hätten die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner zu unterzeichnen. Aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem den beigelegten Vertragsunterlagen beigelegten Vertragsentwurf, ergebe sich klar, dass die Vergabestelle beabsichtige, die Produzenten zu auditieren. Unter Ziffer 1.5 der Ausschreibungsbedingungen mit der Überschrift "Hersteller- und Produktqualifizierung" werde die Erfüllung der Eignungskriterien als erste Stufe der Qualifizierung beschrieben, ohne dass für Hersteller bestimmter Länder eine Ausnahme gemacht werde. Unter Ziffer 10.18 des Vertragsentwurfs heisse es, die Firma sei verpflichtet, jede ihrer Produktionen innerhalb eines Jahres nach dem Sozial- und Verhaltenskodex auf ihre Kosten auditieren zu lassen, sofern sie in einem Land produziere, das auf der aktuellen amfori BSCI "Risk countries list" als "Risk Country" aufgeführt sei. Sei das Land, in welchem produziert werde, auf der Liste als "Low risk Country" aufgeführt, müssten die Umsetzungsbedingungen zur Einhaltung des amfori BSI-Verhaltenskodexes trotzdem unterschrieben werden, ein Sozialaudit sei jedoch nicht zwingend. Die Vergabestelle behalte sich aber vor, auch bei Produzenten in "Low Risk countries" Sozialaudits durchführen zu lassen (Rahmenvertrag, Ziff. 10.18). Tschechien sei gemäss der amfori BSCI Risikoländerliste 2020 auf der Risikoländerliste unter den "Low Risk Countries" aufgeführt, ebenso Deutschland, die Schweiz und die Niederlande. Aus den Ausschreibungsunterlagen sei daher klar ersichtlich gewesen, dass zum Nachweis des Eignungskriteriums jeder Produzent in der Lieferkette die Umsetzungsbedingungen für Produzenten zu unterzeichnen habe, unabhängig davon, in welcher Kategorie ("Risk Country" oder "Low Risk Country") der Standort des Betriebs falle. Auf die Frage der Beschwerdeführerin in der Fragerunde, welche der zwei Bedingungen - Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner und Umsetzungsbedingungen für Produzenten - unterzeichnet werden müssten, habe die Vergabestelle bedauerlicherweise auf missverständliche Weise geantwortet und geschrieben, dass die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner unterzeichnet werden müssten und, falls die Herstellung der Rippenplatten in einem Risikoland geschehe, die Herstellerfirma die Umsetzungsbedingungen für Produzenten unterzeichnen solle. Die Vergabestelle habe demnach vergessen zu ergänzen, dass auch Produzenten in "Low Risk Countries" die Umsetzungsbedingungen für Produzenten zu unterzeichnen hätten. Indessen sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden. Das Missverständnis der Beschwerdeführerin hinsichtlich des geeigneten Nachweises für das Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" sei spätestens mit E-Mail der Vergabestelle vom 21. Juli 2022 ausgeräumt gewesen, und in der Folge sei der Beschwerdeführerin eine Frist von nochmals insgesamt 19 Tagen bis zum 9. August 2022 gewährt worden, damit sie die richtigen Umsetzungsbedingungen einreichen respektive den Nachweis des Eignungskriteriums erbringen könne. Sie habe zur Finalisierung ihres Angebots nach Aufklärung des Missverständnisses demnach ausreichend Gelegenheit zur Nachbesserung gehabt. Die Beschwerdeführerin nehme die Q&A-Antwort der Vergabestelle zum einzig gültigen Massstab für die Auslegung des im Streit stehenden Eignungskriteriums. Sie blende aus, dass die Ausschreibungsunterlagen in sich in allen Punkten konsistent seien und dass ihr nach Aufklärung des durch die Q&A-Antwort hervorgerufenen Missverständnisses

mehrfach Nachfrist angesetzt worden sei.

E. 3.3

Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt unter anderem den wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel (Art. 2 Bst. a BöB). Dem entsprechend muss es sicherstellen, dass nur Anbieterinnen zugelassen werden, die überhaupt in der Lage sind, den Auftrag zu erfüllen. Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist deswegen die Befähigung jeder einzelnen Bewerberin zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 27 Abs. 1 BöB verlangt daher, dass die Auftraggeberin in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen objektiv erforderliche und überprüfbare Eignungskriterien festlegt, die insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen zur Erfüllung des konkreten Projekts betreffen. Dies galt schon unter dem bis Ende 2020 geltenden Beschaffungsrecht (vgl. Urteil des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 2.1 "A1 / Weiningen"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 8.2 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 555 f.). An der bisherigen Praxis zu den Eignungskriterien ist auch unter neuem Recht festzuhalten (Urteil des BVGer B-4467/2021 vom 15. Juni 2022 E. 3.1).

E. 3.4

Zu den allgemeinen Grundsätzen des BöB gehört die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts (Art. 12 BöB). Danach vergibt die Auftraggeberin für die im Ausland zu erbringenden Leistungen einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 6 einhalten. Die Auftraggeberin kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren (vgl. Art. 12 Abs. 2 BöB). Die Auftraggeberin vergibt sodann einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhalten; dazu gehören im Inland die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts und im Ausland die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt (vgl. Art. 12 Abs. 3 BöB). Die Subunternehmerinnen sind verpflichtet, die Anforderungen nach den Absätzen 1-3 einzuhalten. Diese Verpflichtungen sind in die Vereinbarungen zwischen den Anbieterinnen und den Subunternehmerinnen aufzunehmen (Art. 12 Abs. 4 BöB). Die Auftraggeberin kann die Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1-3 kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Für die Durchführung dieser Kontrollen kann die Auftraggeberin der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Auf Verlangen hat die Anbieterin die erforderlichen Nachweise zu erbringen (Art. 12 Abs. 5 BöB).

E. 3.5

Eignungskriterien dienen dazu, den Kreis der Anbieterinnen auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen

(vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.1 "Mobile Warnanlagen"; 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil B-6506/2020 E. 2.2 "A1 / Weiningen"). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt notwendigerweise zum Ausschluss der Anbieterin (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1 "Umnutzung Bundesarchiv"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580), sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. Urteile des BGer 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3; 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E.3.3").

E. 3.6

Der Ausschluss eines Anbieters wegen Unvollständigkeit seiner Offerte setzt 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 (vgl. Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1).

E. 3.7

Im vorliegenden Fall stellte die Vergabestelle in der Ausschreibung (Ziff. 3.7 und 3.8) die folgenden Eignungskriterien auf beziehungsweise sie forderte die folgenden Nachweise:
"3.7 Eignungskriterien aufgrund der nachstehenden Kriterien: 1. Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung 2. Hinreichendes Qualitätsmanagement

E. 3.8

In den Ausschreibungsbedingungen stellte die Vergabestelle in Ziffer 2.9.2 "Eignungskriterien" die folgenden Anforderungen auf: "Für die Prüfung der Eignung gelten folgende Kriterien. Deren Erfüllung muss durch folgende Nachweise belegt werden: Falls der Anbieter (z.B. Händler) nicht zugleich der Hersteller des Beschaffungsgegenstandes ist, muss das Eignungskriterium Umweltmanagementsystem durch den Hersteller als Sublieferanten des Anbieters erfüllt und mit entsprechenden Nachweisen belegt werden. Musskriterium Nachweis Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung Stufe 2 gemäss HPQ (Dokument Hersteller und Produkte Qualifikation) Hinreichendes Qualitätsmanagement Nachweis eines unternehmensbezogenen Qualitätsmanagements Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems Vorhandensein eines Umweltkonzepts; Nachweise, dass Umweltaspekte in der Firma berücksichtigt werden wie z.B.: ISO Zertifikat 14001 Oder Bericht eines aktuellen internen Umweltaudits; oder ein erfasstes Umweltkonzept Einhaltung des Sozial- und Verhaltens-Kodex (beispielsweise amfori BSCI gemäss Beilage) Factsheet amfori BSCI Unterschriebene Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z.B. SA8000 usw.). Erfüllt die Anbieterin nicht sämtliche Eignungskriterien, wird ihr Angebot nicht in die Bewertung einbezogen."
(Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 2.9.2).

E. 3.9

Ob die Vergabestelle diese Anforderungen zu Recht als Eignungskriterien bezeichnet oder ob es sich dabei nicht vielmehr um Teilnahmebedingungen handelt (vgl. zur Unterscheidung noch unter dem alten Recht BVGE 2019 IV/1 E. 3.4), kann vorliegend offenbleiben, da auch die Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen zum Ausschluss führt, wenn die Vergabestelle, wie im vorliegenden Fall, dies in der Ausschreibung ausdrücklich angedroht hat.

E. 3.10

Bei der amfori Business Social Compliance Initiative (amfori BSCI) handelt es sich um ein Programm des Wirtschaftsverbandes amfori zur Verbesserung der sozialen Standards in einer weltweiten Wertschöpfungskette. Die amfori BSCI unterstützt Unternehmer dabei, eine ethische Lieferkette aufzubauen, indem den Unternehmen ein Verhaltenskodex angeboten wird. Der amfori BSCI-Verhaltenskodex ("amfori BSCI Code of Conduct"), in Kraft seit 1. Januar 2014, stützt sich auf internationale Übereinkommen wie die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die Leitlinien Kinderrechte und Unternehmerisches Handeln, die Leitlinien der Vereinten Nationen "Wirtschaft und Menschenrechte", die OECD-Leitsätze sowie den UN Global Compact und die Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), die massgeblich sind für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Lieferkette und umfasst eine Reihe von Grundsätzen und Werten, die die Überzeugungen der amfori BSCI-Teilnehmer und ihre Erwartungen gegenüber ihren Geschäftspartnern widerspiegeln (vgl. amfori BSCI-Verhaltenskodex, V.1/2017, Teil I. Präambel, S. 1 f.). Beispielsweise erwarten die amfori BSCI-Teilnehmer von all ihren Geschäftspartnern die Einhaltung des amfori BSCI-Verhaltenskodexes. Darüber hinaus haben alle Geschäftspartner, die im Hinblick auf die im Verhaltenskodex verankerten Grundsätze überwacht werden, nachzuweisen, dass sie (a) alle erforderlichen Massnahmen ergreifen, um ihre eigene Einhaltung des amfori BSCI-Verhaltenskodex sicherzustellen, und (b) zumutbare Massnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass alle ihre an den Produktionsprozessen beteiligten Geschäftspartner den amfori BSCI-Verhaltenskodex einhalten (vgl. amfori BSCI-Verhaltenskodex, V.1/2017, Teil V. Grundsätze, S. 4). Gemäss Teil II des amfori BSCI-Verhaltenskodex gelten für jedes Wirtschaftsunternehmen unterschiedliche Umsetzungsbedingungen, die von seiner Rolle in der Lieferkette und davon abhängen, ob es im Rahmen der amfori BSCI überwacht werden soll (vgl. amfori BSCI-Verhaltenskodex, V.1/2017, Teil II. Auslegung, S. 2). BSCI-Teilnehmer, die den Verhaltenskodex annehmen, sind verpflichtet, die in ihm enthaltenen Grundsätze entlang ihrer Lieferkette zu beachten und von all ihren Geschäftspartnern zu verlangen. Zu diesem Zweck stellt amfori BSCI Umsetzungsbedingungen bereit, namentlich Umsetzungsbedingungen für Produzenten und Umsetzungsbedingungen für sonstige Geschäftspartner. In den "Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner" wird als Geschäftspartner die wirtschaftliche Einheit, wie Importeure oder Agenten, bezeichnet, zu welcher der amfori BSCI-Teilnehmer eine Geschäftsbeziehung unterhält und über welche die amfori BSCI-Teilnehmer die Grundsätze des amfori BSCI-Kodex an möglicherweise zu überwachende Produzenten weiterleiten möchten. Ausserdem kann der Begriff Geschäftspartner die wirtschaftliche Einheit, wie Unterauftragnehmer oder Unterlieferanten, bezeichnen, zu der ein Produzent eine Geschäftsbeziehung unterhält und über die der Produzent die Grundsätze des amfori BSCI-Kodex weitergibt. Geschäftspartner, die diese Umsetzungsbedingungen unterzeichnet haben, werden nicht dem amfori BSCI-Überwachungsprozess unterzogen. Der amfori BSCI-Teilnehmer behält sich jedoch das Recht vor, sie darin einzubeziehen, wenn dies infolge des Due-Diligence-Prozesses des amfori BSCI-Teilnehmers als relevant eingestuft wird; in diesem Fall muss der Geschäftspartner die Umsetzungsbedingungen für Produzenten unterzeichnen (vgl. Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner, Teil I. Einführung, S. 1). Gemäss den "Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI-Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner (Produzenten)" bezeichnet "Produzent" den Geschäftspartner in der Lieferkette eines amfori BSCI-Teilnehmers, der

Waren (Lebensmittelerzeugnisse oder Nicht-Lebensmittelerzeugnisse) herstellt oder Grundstoffe erzeugt und der infolge der Due-Diligence-Prüfung des amfori BSCI-Teilnehmers oder des Geschäftspartners in den amfori BSCI-Überwachungsprozess aufgenommen wurde. Die amfori BSCI-Teilnehmer behalten sich das Recht vor, den Produzenten aufgrund ihrer eigenen Risikodefinitionen jederzeit in den Überwachungsprozess aufzunehmen oder davon auszuschliessen. Mit der Unterzeichnung der Umsetzungsbedingungen nehmen die Produzenten die Werte und Grundsätze des amfori BSCI-Verhaltenskodex an und verpflichten sich, angemessene Massnahmen zur Einhaltung der Grundsätze des amfori BSCI-Verhaltenskodexes zu ergreifen (vgl. Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI-Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner [Produzenten] Teil I. Einführung, S. 1).

E. 3.11

Die in Frage stehenden Bestimmungen der Ausschreibung und der Ausschreibungsbedingungen sind insofern klar und eindeutig, als darin verlangt wird, dass die Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodexes amfori BSCI oder eines vergleichbaren Standards beim Produzenten nachgewiesen werden muss. Aufgrund der dargelegten Definitionen in den amfori BSCI-Dokumenten ergibt sich weiter eindeutig, dass das amfori BSCI-System davon ausgeht, dass ein Produzent die "Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner (Produzenten)" einhalten und unterzeichnen muss, während die "Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner" lediglich für den Importeur oder Zwischenhändler vorgesehen ist. Auch der Umstand, dass jemand möglicherweise in den Überwachungsprozess einbezogen wird, führt dazu, dass er die "Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner (Produzenten)" unterzeichnen muss. Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle sich im Vertragsentwurf, der Teil der Ausschreibungsunterlagen ist, ausdrücklich vorbehalten, nicht nur bei Produktionsbetrieben in Risikoländern, sondern auch bei Produzenten in "low risk countries" Sozialaudits durchführen zu lassen (Rahmenvertrag, Ziff. 10.18). Diese vertraglich vorbehaltene Möglichkeit eines Einbezugs in den amfori BSCI Überwachungsprozess führt ebenfalls dazu, dass die "Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner (Produzenten)" als das massgebliche, zu unterzeichnende Dokument anzusehen ist. Angesichts dieser Umstände erscheinen die in Frage stehenden Bestimmungen der Ausschreibung und der Ausschreibungsbedingungen als klar und eindeutig in dem Sinn, dass die "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodexes amfori BSCI oder eines vergleichbaren Standards beim Produzenten" nachgewiesen werden musste durch vom Herstellungsbetrieb unterzeichnete "Umsetzungsbedingungen für in den amfori BSCI Überwachungsprozess einzubeziehende Geschäftspartner (Produzenten)" oder durch einen vergleichbaren Nachweis.

E. 3.12

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, diese Bestimmungen der Ausschreibung und der Ausschreibungsbedingungen seien unklar oder auslegungsbedürftig, ist daher nicht nachvollziehbar.

E. 3.13

Die Ausschreibung sowie Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden

(Art. 53 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BöB). Wie dargelegt, war die Bedeutung der in Frage stehenden Bestimmungen klar und daher ohne Weiteres erkennbar. Da weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen fristgerecht angefochten wurden, sind sie in Rechtskraft erwachsen. Die Frage, ob die Vergabestelle derartige Eignungskriterien aufstellen oder entsprechende Nachweise verlangen durfte, braucht daher nicht behandelt zu werden, selbst wenn die Beschwerdeführerin diesbezügliche Rügen vorgebracht hätte.

E. 3.14

In den Fragen und Antworten im Rahmen der vorgesehenen Frage- und Antwortrunde reichte die Beschwerdeführerin am 29. April 2022 folgende Frage ein:

"Ausschreibungsbedingungen; Punkt 2.9.2: Welche Äquivalenten zum amfori BSCI-Verhaltenskodex werden akzeptiert? Es gibt Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner und Umsetzungsbedingungen für Produzenten; welche Bedingungen sind im Zusammenhang mit der Submission relevant. Welche der zwei Bedingungen müssen unterzeichnet werden?" Die Vergabestelle antwortete darauf: "Wir akzeptieren beispielsweise SA8000 als gleichwertig. Die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner müssen unterzeichnet werden. Falls die Herstellung der Rippenplatten in einem Risikoland geschieht, soll die Herstellerfirma die Umsetzungsbedingungen für Produzenten unterzeichnen." (Fragen/Antworten "Projekt: 234598") In der Folge reichte die Beschwerdeführerin ihr Angebot ein, welches die A. _____ AG als Subunternehmerin beziehungsweise Importeurin und die Firma B. _____ mit Sitz in Tschechien als Lieferantin der Importeurin und Herstellerin der Rippenplatten vorsah. Dem Angebot waren von der Beschwerdeführerin selbst sowie von der A. _____ AG unterzeichnete "Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner" beigefügt.

E. 3.15

Am 7. Juli 2022 kontaktierte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin per E-Mail und teilte ihr mit, dass sie bei der Überprüfung ihres Angebots festgestellt habe, dass in ihrem Angebot unter anderem folgende Dokumente fehlten: "Unterschiedenes BSCI aller Produktionsbetriebe gemäss Ausschreibungsbedingungen Ziffer 2.9.2 für die mögliche Produktion der jeweiligen angebotenen Lose, unterschriebenes BSCI des Herstellers B. _____ liegt nicht vor." Die Beschwerdeführerin antwortete daraufhin: "Die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner wurden durch die Firma X. _____ AG und ihrem Subunternehmer A. _____ AG unterzeichnet und liegen dem Angebot bei. Die Firma B. _____ ist Produzent der Regelrippenplatten und stellt diese in Tschechien her. Gemäss der amfori BSCI Risikoländerliste ist Tschechien kein Risikoland. Daher ist gemäss Submission kein unterschriebenes BSCI des Herstellers B. _____ nötig. Von einer Nachreichung des unterzeichneten BSCI für Produzenten des Herstellers B. _____ wird daher abgesehen." Die Vergabestelle antwortete daraufhin mit E-Mail vom 13. Juli 2022: "Betreffend BSCI müssen wir uns entschuldigen für die unglücklich falsche Kommunikation in der Frage/Antwortrunde. Massgebend ist das Eignungskriterium aus der Ausschreibung. Dieses ist ganz eindeutig und setzt voraus, dass das unterschriebene BSCI Dokument vom Produktionsbetrieb unterschrieben als Nachweis eingereicht werden muss. Ohne diesen Nachweis, sind wir gezwungen betreffende Lose von der Ausschreibung auszuschliessen. Für die Nachreichung des unterschriebenen BSCI aller Produktionsbetriebe geben wir eine Nachfrist für die Einreichung bis am 19. Juli 2022 17:00 Uhr." Mit E-Mail vom 19. Juli 2022 teilte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle mit, dass sie im Anhang "das BSCI Dokument unterzeichnet von der B. _____" erhalte.

Die Vergabestelle erwiderte der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 21. Juli 2022, dass es sich bei dem ihr zugesandten unterschriebenen Dokument um das Dokument für Geschäftspartner und nicht um das Dokument für den Produzenten handle. Sie gewähre der Beschwerdeführerin erneut eine Nachfrist für das Einreichen des vom Produzenten unterzeichneten korrekten Dokumentes, wie es auch im Eignungskriterium in den Ausschreibungsbedingungen geschrieben sei. Bei Nichteintreffen des korrekten unterzeichneten Dokumentes des Produzenten innerhalb dieser Frist könne das Angebot in der Ausschreibung nicht weiter berücksichtigt werden. In der Folge sandte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle mit E-Mail vom 21. Juli 2022 die folgende Antwort: "Gemäss Ziff. 2.9.2 der Ausschreibungsbedingungen müssen unterschriebene Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex BSCI eingereicht werden. Es ist weder klar, wer diese Bedingungen alles unterschreiben muss, noch welche der in der Ausschreibung beigelegten Bedingungen (Geschäftspartner oder Produzenten) unterschrieben werden müssen. Aus diesem Grund hatten wir uns mit Frage Nr. 10 erkundigt, welche der beigelegten Bedingungen unterschrieben werden müssten. Die Antwort der SBB war hier ganz klar: 'Die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner müssen unterzeichnet werden. Falls die Herstellung der Rippenplatten in einem Risikoland geschieht, soll die Herstellerfirma die Umsetzungsbedingungen für Produzenten unterzeichnen.' Unser Hersteller B. _____ hat seinen Sitz in Tschechien. Tschechien ist gemäss der amfori Countries' Risk Classification, welcher der Ausschreibung beigelegt hat, kein Risikoland. Tschechien ist mit einem Rating von 80.3 auf der Liste der Low Risk Countries, ebenso wie z.B. die Schweiz oder Deutschland. Mit der Einreichung der von B. _____ unterzeichneten Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner haben wir somit dieses Eignungskriterium der Ausschreibung, präzisiert durch die Antwort der SBB auf Frage 10, vollumfänglich erfüllt. Unser Hersteller B. _____ weigert sich indes, die Umsetzungsbedingungen für Hersteller zu unterzeichnen, was wir angesichts der Qualifikation von Tschechien als Nicht-Risikoland durchaus verstehen können. Wenn die SBB nun nach Einreichung der Offerten dieses Eignungskriterium dahingehend anpassen will, dass auch Hersteller in Nicht-Risikoländern die Umsetzungsbedingungen für Hersteller unterzeichnen müssen, bedeutet dies eine unzulässige Änderung der Ausschreibungsbedingungen nach der Offerteingabe. Diese Änderung ist von wesentlicher Natur, da sie direkt wettbewerbswirksam ist, indem sie zu einer Einschränkung des Kreises der potentiellen Anbieter führt. Eine solche wesentliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen durch die Vergabestelle nach der Offerteingabe ist nach klarer Rechtsprechung unzulässig. Eine solche Änderung kann nicht im laufenden Verfahren sondern nur über einen Abbruch und eine Neuausschreibung durchgeführt werden. Sie werden verstehen, dass wir angesichts dieser Umstände gezwungen wären, einen Ausschluss unseres Angebots anzufechten." Daraufhin teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 2. August 2022 mit, dass der Hersteller B. _____ das Eignungskriterium BSCI nicht erfülle, da das BSCI für den Produzenten vom Hersteller nicht unterzeichnet worden sei. Die Vergabestelle bitte um Bestätigung innerhalb von einer Frist bis am 9. August 2022, ob das Angebot für Rippenplatten ohne den Hersteller B. _____ vollständig abgedeckt werden könne. Falls das Angebot nicht komplett von Herstellern abgedeckt werden könne, die das korrekte Dokument unterzeichnet eingereicht hätten, werde das entsprechende Angebot nach Ablauf dieser Frist vom Verfahren ausgeschlossen. In der Folge wandte sich die Beschwerdeführerin mit schriftlicher Stellungnahme vom 8. August 2022 an die Vergabestelle, in der sie noch einmal ausführte,

weshalb ein allfälliger Ausschluss nicht zulässig sei. Daraufhin schloss die Vergabestelle die Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Verfügung vom 25. August 2022 vom Verfahren aus.

E. 3.16

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe die Eignungskriterien nachträglich geändert. Wie dargelegt, waren die Bestimmungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsbedingungen in Bezug auf die erforderlichen Nachweise zum Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltens-Kodex" von Anfang an klar und eindeutig. Im dargelegten E-Mail-Verkehr hat die Vergabestelle nicht die Eignungskriterien geändert, sondern lediglich die durch ihre unkorrekte Antwort auf die Frage der Beschwerdeführerin in den "Fragen und Antworten" verursachte nachträgliche Unklarheit in Bezug auf das richtige Verständnis der in Frage stehenden, an sich völlig klaren Bestimmungen wieder korrigiert. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vergabestelle habe die Eignungskriterien nachträglich geändert, erweist sich ihre Behauptung daher als unbegründet.

E. 3.17

Richtig ist indessen, dass die Antwort der Vergabestelle in den Fragen und Antworten in Widerspruch zu diesen klaren und eindeutigen Anforderungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsbeilagen stand.

E. 3.17.1

Nach dem in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt; b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt (BGE 143 V 95 E. 3.6.2).

E. 3.17.2

Ob die Beschwerdeführerin sich angesichts der völlig klaren Formulierung in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen überhaupt darauf berufen kann, dass sie auf die damit in offensichtlichem Widerspruch stehende Antwort der Vergabestelle in den "Fragen und Antworten" vertraut habe, ist fraglich, kann aber offenbleiben. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle nämlich die von ihr selbst durch ihre Antwort auf die Frage der Beschwerdeführerin in den "Fragen und Antworten" verursachte nachträgliche Unklarheit in Bezug auf das richtige Verständnis der in Frage stehenden Bestimmungen in ihrem E-Mail-Verkehr mit der Beschwerdeführerin wieder geklärt. Sie hat auch der Beschwerdeführerin mehrere zusätzliche Nachfristen gewährt, um nach der Klärung der Situation die erforderlichen Nachweise doch noch beizubringen. Selbst wenn daher davon auszugehen wäre, dass die Beschwerdeführerin Anspruch auf Schutz ihres

Vertrauens in die unrichtige Antwort der Vergabestelle in den "Fragen und Antworten" gehabt hätte, hatte sie daher durch die angesetzte Nachfrist Gelegenheit, allfällige Dispositionen ohne Nachteil wieder rückgängig zu machen. Dass sie im Vertrauen auf die unrichtige Antwort der Vergabestelle in den "Fragen und Antworten" Dispositionen getroffen hätte, welche sie nach der Richtigstellung im E-Mail-Verkehr und trotz dieser Fristansetzung nicht wieder ohne Nachteil rückgängig machen konnte beziehungsweise dass sie dafür eine längere Nachfrist benötigt hätte, hat die Beschwerdeführerin weder behauptet noch substantiiert.

E. 3.17.3

Die Beschwerdeführerin macht denn auch gar nicht ausdrücklich geltend, im vorliegenden Fall wären die Voraussetzungen für eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz erfüllt gewesen.

E. 3.18

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu Recht ausgeschlossen hat.

E. 4

Die Beschwerdeführerin beantragt Einsicht in die vollständigen Akten des Vergabeverfahrens. Ihr sei insbesondere nicht bekannt, aus welchem Grund der Nachweis für das Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" nicht den Vorschriften der Ausschreibung genüge, ob die Vergabestelle auch ihr Angebot ausgewertet habe, ob eine allfällige Bewertung gemäss den gesetzlichen Vorgaben sowie den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen worden sei, sowie, ob einem anderen Anbieter bereits ein Zuschlag erteilt worden sei. Ihr sei daher umfassend Einsicht in diese Unterlagen zu gewähren, insbesondere auch in diejenigen, die das Zustandekommen der Ausschlussverfügung dokumentierten. Die Vergabestelle wendet ein, es wäre mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar, wenn der Beschwerdeführerin die Vergabeakten vollumfänglich offengelegt würden, während alle anderen Anbieterinnen mit ihrer Einsicht bis zum Ablauf der Beschwerdefrist nach Zuschlag warten müssten. Auch wendet sie ein, dass, wenn die Eventualbegehren der Beschwerdeführerin wider Erwarten erfolgreich und das Beschaffungsverfahren allenfalls abubrechen und neu auszuschreiben wären, die Beschwerdeführerin ihre durch Einsicht in die Vergabeakten gewonnenen Erkenntnisse für ihre neue Offerte nutzbar machen könnte und so einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil hätte. Daher sei die Akteneinsicht auf den von der Vergabestelle beantragten Umfang zu beschränken.

E. 4.1

Die in den Art. 26 ff. VwVG getroffene Regelung zur Akteneinsicht erweist sich als Konkretisierung der allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht (BGE 120 IV 242 E. 2c/aa; vgl. Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, 2016, Art. 26 Rz 10). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten,

bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügungen des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 3.1 "Support Software ORMA" und B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten", je m.H.). Gemäss ständiger Rechtsprechung besteht im Rechtsmittelverfahren in Vergabesachen ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten, da das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten hat (BGE 139 II 489 E. 3.3 "Mehreignung"; Urteile des BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1 "Rettungsgeräte" sowie 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2c "Girsbergtunnel"; Zwischenverfügung B-2675/2012 E. 3.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1364).

E. 4.2

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können sich auch aus dem Prozessgegenstand Beschränkungen der Akteneinsicht ergeben. So ist etwa entschieden worden, dass nur in die für die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage relevanten Akten Einsicht gewährt wird, solange der Prozess auf dieses Thema beschränkt ist. In gleicher Weise hat das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses wegen unvollständiger Offerte festgehalten, dass diejenigen Akten, welche nur in Bezug auf die Bewertung der Offerten im Rahmen eines Zuschlags relevant wären, im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit des Ausschlusses nicht Gegenstand der Akteneinsicht sind (Zwischenentscheid des BVGer B-1774/2006 vom 13. März 2007, auszugsweise publiziert als BVGE 2007/13, nicht veröffentlichte E. 7.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1368).

E. 4.3

Auch im vorliegenden Fall geht es allein um die Frage, ob die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium "Einhaltung der Sozial- und Verhaltenskodex BSCI des Produzenten" erfüllt beziehungsweise ob sie die entsprechenden Nachweise erbracht hat oder nicht und daher zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Für die Beurteilung dieser Frage sind lediglich Akten relevant, über welche die Beschwerdeführerin bereits verfügt, nämlich die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen sowie das Angebot der Beschwerdeführerin selbst sowie die Korrespondenz zwischen ihr und der Vergabestelle. Die übrigen Akten des Vergabeverfahrens, insbesondere die Offerten der anderen Anbieter oder eine allenfalls bereits vorgenommene Evaluation durch die Vergabestelle sind dagegen nicht relevant in Bezug auf diese Frage. Selbstverständlich hat sich das Bundesverwaltungsgericht praxisgemäss vergewissert, dass die Vergabestelle nicht etwa in rechtsungleicher Weise andere Anbieter, welche das in Frage stehende Eignungskriterium ebenfalls nicht erfüllen, in die Evaluation einbezogen hat.

E. 5

Im Ergebnis erscheint die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

E. 6

Der Antrag auf aufschiebende Wirkung sowie Ziffer 1 der Zwischenverfügung vom 20. September 2022, mit welcher diesem Antrag superprovisorisch entsprochen wurde, werden

mit diesem Endurteil gegenstandslos.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE).

E. 8

Als unterliegende Partei ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des GPA und BöB tätigen, also auch solche, die in der Form einer privatrechtlichen Körperschaft organisiert sind, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1443).

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