

BVGer B-5151/2017 vom 7. März 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5151_2017

FR: TAF B-5151/2017 du 7 mars 2018

IT: TAF B-5151/2017 del 7 marzo 2018

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, 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). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

E. 1.3.1

Nach der neueren 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss, der Zuschlag sei aufzuheben bzw. die Zuschlagsempfängerin sei vom Verfahren auszuschliessen. Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten, so hätte die Beschwerdeführerin als an zweiter Stelle rangierte und einzig verbleibende Anbieterin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H. Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2).

E. 1.4

Die Anfechtung der am 31. August 2017 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 30 BöB). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 3. Oktober 2017 als solche konstituiert hat und in Bezug auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung eigene Anträge stellt.

E. 1.5

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags bzw. eines impliziten Ausschlusses entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m.H.).

E. 2

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.1

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

E. 2.1.1

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

E. 2.1.2

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Vergabestelle hat die nachgefragte Dienstleistung unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71900000 - Labordienste - aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Gemäss Ziff. 2.6 soll das ausgeschriebene Mandat die Leistungen der Laborarbeiten und Grundwasser-Analysen in zwei zeitlich getrennten Kampagnen als Grundlage für die Erarbeitung des geologischen Grundberichts für das generelle Projekt (N06.32 PEB Wankdorf - Muri Bypass Ost) umfassen. Die im vorliegenden Fall nachgesuchte Dienstleistung lässt sich der CPCprov-Subklasse 8676 "Technical testing and analysis services" zuordnen. Diese CPCprov Referenznummer ist

sowohl in der Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA als auch im Anhang 1a Ziff. 14 zu Art. 3 Abs. 2 VöB aufgeführt ("Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen"). Der Beschaffungsgegenstand fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 2.1.3

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei CHF 365'102.- (exkl. MWST) und übersteigt damit zweifelsfrei den Schwellenwert für Dienstleistungen von CHF 230'000 gemäss Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 vom 23. November 2015, AS 2015 4743).

E. 2.2

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 2.3

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

E. 3

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

E. 3.1

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H.).

E. 3.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich

unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des 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 - 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.; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1341; zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 3.3).

E. 4

Im Folgenden ist prima facie zu prüfen, ob die Beschwerde materiell offensichtlich unbegründet ist.

E. 4.1

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab, es sei unklar, wer überhaupt als Zuschlagsempfänger anzusehen sei. In der Zuschlagsverfügung werde die Firma C. _____ AG erwähnt, obwohl die Vergabe formell an das Labor der B. _____ AG hätte ergehen müssen, zumal das Prüflabor nicht im Handelsregister eingetragen sei.

E. 4.1.1

In der Offerte wurde unter dem Namen und Adresse des Anbieters das Labor der B. _____ mit dem Hinweis "gehört zu B. _____ AG" angegeben. Unterschrieben wurde die Offerte im Namen der B. _____ AG von den Herren D. _____ (Geschäftsführer) und

E._____, beide mit Kollektivunterschrift zu zweien. Auch bei den Firmenangaben und der von der Firma zu erbringenden Leistungen (Ziff. 2.0.1 der Offerte) wurde jeweils die B._____ AG aufgeführt. Auch aus den Eingaben der Beschwerdegegnerin und aus dem Internetauftritt der B._____ AG wird ersichtlich, dass das Labor (...) Teil der B._____ AG ist. Als formelle Zuschlagsempfängerin ist somit die B._____ AG anzusehen, zumal das Prüflabor wohl über eine Akkreditierung nicht aber über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Vergabestelle in der Zuschlagsverfügung als berücksichtigte Anbieterin die C._____ angegeben hat. Dieses Versehen habe sich gemäss den Ausführungen der Vergabestelle ergeben, da sich die C._____ mit ihrer Unternehmensidentifikationsnummer (UID) die Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen habe. Da der Name des Anbieters in den Angebotsunterlagen mit "Prüflabor (...), angegeben worden sei, sei es bei der Vorbereitung der Zuschlagspublikation zu dieser Verwechslung gekommen. Einerseits ist es auch der Beschwerdeführerin ohne weiteres ersichtlich, dass es sich bei der Zuschlagsempfängerin um die B._____ AG handelt, führt sie doch in ihrer Beschwerde selber aus, dass der Zuschlag formell rechtlich "an das Labor (...) der B._____ AG" erfolgen müsse. Andererseits ist das Versehen der Vergabestelle nicht auf falsche oder irreführende Angaben der Beschwerdegegnerin zurückzuführen, weshalb eine Aufhebung des Zuschlags aufgrund dieses Versehens unverhältnismässig wäre, zumal sich bei einer erneuten Publikation nichts an der Sachlage ändern würde, und die Beschwerdeführerin nebst der Beschwerdegegnerin als einzig verbleibende Anbieterin, ihre Rügen ohne weiteres vorbringen konnte.

E. 4.2

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass das Labor (...) als kleine Abteilung mit 1 bis 2 Mitarbeitern die Eignungskriterien EK 1.1, 2.1 und 4.1 kaum erfüllen könne und folglich vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei.

E. 4.2.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 Abs. 1 BöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter und Anbieterinnen auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1, m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555 f., m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

E. 4.2.2

Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2, m.H.), in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 324).

E. 4.2.3

Im vorliegenden Fall legte die Vergabestelle in Ziff. 3.7 der Ausschreibung folgende 6 Eignungskriterien fest: - EK1: technische Leistungsfähigkeit - EK2: wirtschaftliche / finanzielle Leistungsfähigkeit - EK3: organisatorische Leistungsfähigkeit - EK4: Schlüsselpersonen - EK5: Nachweis der Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen - EK6: Leistungsanteil Unterakkordant / Subunternehmer

E. 4.2.4

Im Zusammenhang mit den Eignungskriterien EK1.1 und EK4.1 bezweifelt die Beschwerdeführerin einzig mit dem wenig substantiierten Hinweis auf die Grösse des Prüflabors der Beschwerdegegnerin, dass letztere die geforderten Nachweise erbringen können.

E. 4.2.4.1

Beim EK1.1 wurde für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ein Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität aus dem gleichen Fachbereich (boden- und felsmechanische Laboruntersuchungen) gefordert. Die Beschwerdegegnerin gibt als Referenz ein Projekt an, das sie für einen anderen Infrastrukturbetreiber durchgeführt hat. Für dieses Projekt erbrachte die Beschwerdegegnerin gemäss den Ausführungen in ihrer Offerte Laborversuche in Boden- und Felsmechanik (standardmässige Versuche in Korngrössenverteilungen und Klassifikation, Oedometerversuche und Festigkeit Lockergesteine; spezifische Fragestellungen und Versuche in Druckfestigkeit, Quellversuche und Abrasivität Festgesteine). Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich in ihrer Offerte weiter geltend, dass in diesem Projekt sämtliche Versuche ausgeführt worden seien, welche im Leistungsverzeichnis für die hier interessierende Beschaffung angegeben seien. Nach Ansicht der Vergabestelle deckt dieses Referenzprojekt die geforderten vergleichbaren Leistungen ab und erfüllt auch die Anforderung in Bezug auf die vergleichbare Grösse. Prima facie ist für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle ihr Ermessen als rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, wenn sie diese Referenz als ausreichend beurteilt hat.

E. 4.2.4.2

Gleiches lässt sich auch hinsichtlich des geforderten Nachweises zu EK4.1 Schlüsselperson "Projektleiter boden- und felsmechanisches Labor" sagen, wo ein vergleichbares Referenzprojekt verlangt wird. Die Vergabestelle macht zu Recht geltend, dass das von der

Beschwerdegegnerin angegebene Projekt dieselben Leistungen betrifft, wie unter EK1.1. Da auch die Anforderungen identisch sind, kann auf die obenstehenden Ausführungen (vgl. E. 4.2.4.1) verwiesen werden.

E. 4.2.5

Weiter bezweifelt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Eignungskriterien EK2 "wirtschaftliche / finanzielle Leistungsfähigkeit" den Nachweis der Zuschlagsempfängerin, wonach der Jahresumsatz des Anbieters mehr als doppelt so gross sein soll wie der Jahresumsatz des Auftrags (EK2.1). Wie bereits unter E. 4.1.1 ausgeführt wurde, ist die B._____ AG die formelle Zuschlagsempfängerin. Entsprechend muss nicht, wie die Beschwerdeführerin zu Unrecht behauptet, die Prüfstelle an sich, nämlich das Prüflabor (...) die geforderten Nachweise an die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäss Ausschreibung erbringen, sondern die B._____ AG. Die zu erbringende Leistung erstreckt sich über zwei Jahre. Entsprechend ist der massgebende Wert die Hälfte der Zuschlagssumme, nämlich Fr. 182'551.-. Es ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte, wonach der geforderte Jahresumsatz von der Zuschlagsempfängerin nicht erreicht würde. Dies macht im Übrigen auch die Beschwerdeführerin nicht geltend, beziehen sich ihre Einwände lediglich auf die Prüfstelle an sich.

E. 4.3

Zusammenfassend und nach einer prima-facie-Würdigung kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sich aktenmässig keine Anhaltspunkte ergeben, wonach die Vergabestelle einen qualifizierten Ermessensfehler begangen hätte, indem sie die geforderten Eignungskriterien bei der Beschwerdegegnerin als erfüllt ansah und sie am Vergabeverfahren teilnehmen liess.

E. 5

Die Beschwerdeführerin zeigt sich schliesslich ob der Preisdifferenz zwischen ihrem und dem Angebot der Beschwerdegegnerin erstaunt. Sie könne sich kaum vorstellen, dass die anspruchsvollen Arbeiten unter Einhaltung der geltenden Arbeitsschutzbestimmungen in einem Bruchteil der von ihr berechneten Zeit sauber abgewickelt werden könne. Die Vergabestelle bestreitet die Vorwürfe der Beschwerdeführerin. Da weder Anzeichen für ein Unterangebot noch für irgendwelche andere Unregelmässigkeiten vorliegen würden, gäbe es keinen Grund, das Angebot der Beschwerdegegnerin aufgrund der Preisdifferenz zur Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Die Beschwerdegegnerin führt diesbezüglich aus, dass ihr Angebot mit den einzelnen Positionen korrekt ausgefüllt und mit den entsprechenden Positionen versehen worden sei. Es sei seriös kalkuliert worden und sie bestätige nochmals, dass die Arbeiten unter den geltenden Arbeitsbestimmungen seriös und kompetent abgewickelt werden könnten.

E. 5.1

Erhält die Vergabestelle ein Angebot, dessen Preis im Vergleich zu den andern Angeboten aussergewöhnlich niedrig ist, so kann sie beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann (vgl. Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA). Art. 25 Abs. 4 VöB ermächtigt die Vergabestelle, im Fall eines aussergewöhnlich niedrigen Angebots Erkundigungen einzuziehen, ob ein Ausschlussgrund nach Artikel 11 BöB vorliegt. Nach dieser Bestimmung kann die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder einen Anbieter vom Verfahren ausschliessen, wenn dieser insbesondere die geforderten Eignungskriterien nicht

mehr erfüllt (vgl. Bst. a), der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt hat (vgl. Bst. b), Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat (vgl. Bst. c), den Verpflichtungen aus Artikel 8 BÖB nicht nachkommt, also die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen oder die Gleichbehandlung von Frau und Mann beim Lohn nicht einhält (vgl. Bst. d), Abreden getroffen hat, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen (vgl. Bst. e) oder sich in einem Konkursverfahren befindet (vgl. Bst. f). Unterangebote, d.h. Angebote, in denen ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter seinen Gestehungskosten liegt, sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes grundsätzlich zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien erfüllt sind (vgl. BVGE 2011/40 E. 4.5; Hans Rudolf Trüb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 11 BÖB N. 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1110 ff.). Für das Einreichen einer unter den Gestehungspreisen liegenden Offerte kann es aus Sicht des Anbieters gute, legitime Gründe geben, insbesondere wenn das Unterangebot abgegeben wird in der Absicht, in einem Markt neu Fuss zu fassen oder in einer kritischen Phase personelle Überkapazitäten zu überbrücken bzw. Arbeitsplätze zu erhalten (vgl. Robert Wolf, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, in: Baurecht, Sonderheft Vergabetagung 2004, S. 12 ff., insb. S. 13; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1115 und 1126, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Insofern gibt es weder eine beschaffungsrechtliche Verpflichtung jedes Anbieters, nur Offerten einzureichen, welche über den Gestehungskosten liegen, noch gibt es eine Verpflichtung der Vergabestelle, Offerten auszuschliessen, nur weil sie unter den Gestehungskosten liegen. Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA bzw. Art. 25 Abs. 4 VöB begründen insofern keinen zusätzlichen, selbständigen Ausschlussgrund wegen der aussergewöhnlichen Niedrigkeit des Angebots, sondern sie ermächtigen lediglich die Vergabestelle, zusätzliche Erkundigungen einzuziehen, ob der Anbieter die gesetzlichen Vorgaben (vgl. insb. Art. 8 und 11 BÖB) und die Ausschreibungsbestimmungen auch wirklich einhalten wird (vgl. BVGE 2011/40 E. 4.2; vgl. zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-3189/2016 vom 30. August 2016 E. 7.1 m.w.H.).

E. 5.2

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle im vorgegebenen "Leistungsverzeichnis Laborarbeiten und GW-Analysen" detailliert dargelegt, wie viele Mengeneinheiten pro Position zu offerieren sind. Da bei keiner Position eine Preisvorgabe gemacht wurde, waren die Anbieter frei, den Preis pro Einheit zu schätzen und aufzuführen. Aus der von der Vergabestelle zur Verfügung gestellten Berechnungstabelle gingen auch weitere Informationen hervor, wie insbesondere nach welchen Vorgaben die Tests bzw. Analysen vorzunehmen sind.

E. 5.2.1

Die bereinigten Angebotspreise beliefen sich auf Fr. (...) bei der Beschwerdegegnerin und Fr. (...) bei der Beschwerdeführerin. Ohne allfällige Geschäftsgeheimnisse bezüglich Preiskalkulation preiszugeben, fällt auf, dass die Beschwerdeführerin in einzelnen Positionen zum Teil massiv günstigere Einheitspreise offeriert hat. Die grosse Preisdifferenz wird aber dadurch relativiert, dass auch die Vergabestelle im Vorfeld der Ausschreibung den Auftragswert geschätzt hat und von einem weit niedrigeren Beschaffungswert als den von der Beschwerdeführerin offerierten Preis ausgegangen ist. Die Beschwerdegegnerin hat alle Leistungspositionen und somit alle geforderten Leistungen offeriert. Wie gemäss Ausführungen der Vergabestelle auch das

Evaluationsteam geprüft hat, sind prima facie keine Positionen mit offensichtlich spekulativen Preisen ersichtlich. Hinzu kommt, dass jeder Anbieter zu bestätigen hatte, dass er für Leistungen in der Schweiz die geltenden Arbeitsbedingungen, Arbeitsschutzbestimmungen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann, namentlich das Prinzip der Lohnleichheit einhalte.

E. 5.3

Prima facie ist somit nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der Preisdifferenz zwischen den Offerten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin Anhaltspunkte ergeben könnten, die den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin als rechtswidrig erscheinen lassen würden.

E. 5.4

Da die Beschwerdegegnerin alsdann die höchste Punktzahl erreichte, verstösst auch der Zuschlag an sie nicht gegen Bundesrecht.

E. 6

Insgesamt ergibt die prima-facie-Würdigung somit, dass die wenig substantiierte Beschwerde als offensichtlich unbegründet erscheint. Bei diesem Ergebnis ist es nicht erforderlich, in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

E. 7

Der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen.

E. 8

Über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens erfolgen mit separater Verfügung.

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