

BVGer B-5403/2023 vom 1. Februar 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5403_2023

FR: TAF B-5403/2023 du 1 février 2024

IT: TAF B-5403/2023 del 1 febbraio 2024

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) findet dieses Gesetz Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, sofern keine Ausnahme gemäss Art. 10 BöB vorliegt. Die Verfügungen (s. E. 1.1) dieser Auftraggeberinnen (s. E. 1.2) können gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Dienstleistungen (s. E. 1.3) betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht (Anhang 4 Ziffer 2 BöB; s. E. 1.4-1.5), und es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB handelt (s. E. 1.6) (Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1 «Gare de Gruyères / travaux de génie civil»).

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere gegen den Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Vorliegend beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Ausschluss- und der Zuschlagsverfügung vom 14. September 2023. Die angefochtene Zuschlagsverfügung stellt ohne Weiteres ein zulässiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 53 BöB dar. Das Schreiben der Vergabestelle vom 14. September 2023, mit welcher sie der Beschwerdeführerin ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren mitteilte und im Übrigen auf die elektronische Publikation des Zuschlags auf der Internetplattform SIMAP verwies, ist jedoch lediglich als Orientierungsschreiben und nicht als Verfügung zu qualifizieren (vgl. Urteile des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 E. 2.2 «Bauherrenvermessung Nationalstrasse 1»; B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 1.4.1 «Studie Schienengüterverkehr»). Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist demnach die publizierte Zuschlagsverfügung vom 14. September 2023 mit implizitem Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin.

E. 1.2

Die angefochtene Verfügung muss sodann von einer dem Gesetz unterstellten Vergabebehörde stammen (Art. 4 BöB). Die Vergabestelle untersteht als Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010], Anhang 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung

vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]).

E. 1.3

In Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 31. Mai 2023 gibt die Vergabestelle bei der Auftragsart an, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt. Die zu beschaffende Leistung hat eine inhaltliche und geometrische Überarbeitung bestehender GeoCover2-Datensätze zum Inhalt (vgl. Ziffer 2.6 der Ausschreibung). Die Einstufung als Dienstleistungsauftrag ist daher unbestrittenermassen zutreffend.

E. 1.4

Im Folgenden zu prüfen ist, ob diese Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht, was nur dann zutrifft, wenn sie in Anhang 3 Ziff. 1 BöB aufgelistet ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Für die Liste in Anhang 3 BöB ist die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten (provisorischen) zentralen Warenklassifikation (Classification centrale des produits/Central Product Classification, CPC [prov]; Urteil B-4157/2021 E. 1.1.3 «Gare de Gruyères / travaux de génie civil»; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 «Projektcontrollingsystem AlpTransit») massgebend. Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer 71354000 als «Kartografiedienste» ausgeschrieben (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese CPV-Referenznummer entspricht der Sache nach einer Dienstleistung der CPC prov 867, die in Ziffer 19 der abschliessenden Positivliste in Anhang 3 Ziff. 1 BöB aufgeführt ist. Die ausgeschriebenene Arbeiten unterstehen somit grundsätzlich dem Staatsvertragsbereich, wenn sie den Schwellenwert gemäss Anhang 4 Ziff. 1 BöB erreichen (Art. 8 Abs. 4 BöB).

E. 1.5

Für Dienstleistungsaufträge wird gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB vorausgesetzt, dass der Schwellenwert für das Einladungsverfahren erreicht ist. Der Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich beträgt bei der Beschaffung von Dienstleistungen für alle Auftraggeberinnen Fr. 150'000.- (Anhang 4 Ziff. 2 BöB). Die Beschwerdegegnerin hat den Zuschlag für das Los 2 zum Preis von Fr. 550'256.55 (inkl. Mehrwertsteuer) erhalten. Damit ist der für Dienstleistungen massgebende Schwellenwert deutlich überschritten.

E. 1.6

Eine Ausnahme vom Geltungsbereich im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

E. 1.7

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

E. 2

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a

VwVG; s. E. 2.1), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; s. E. 2.1) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; s. E. 2.2).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist daher formell beschwert. Weil sie aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde und der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde, ist sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt.

E. 2.2

Ein schutzwürdiges Interesse hat ein nicht berücksichtigter Anbieter praxisgemäss aber nur dann, wenn er bei Gutheissung seiner Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem er ein neues Angebot einreichen kann (BGE 141 II 14 E. 4 ff. m.w.H. «Monte Ceneri»; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020, auszugsweise publiziert als BVGE 2020/2, nicht veröffentlichte E. 3.2 «Produkte zur Aussenreinigung I»; B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2 «Datentransport BIT II»). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin 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 (vgl. 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 die Beschwerdeführerin glaubhaft macht («mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht», «rende vraisemblable»), dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihr platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 m.w.H. «Monte Ceneri»). Wie bereits erwähnt beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Zuschlagsverfügung, weil sie zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Der Zuschlag für das Los 2 sei zudem direkt ihr zu erteilen, weil ihr Angebot eine höhere Punktzahl erreicht hätte als dasjenige der Beschwerdegegnerin. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin das preislich günstigste Angebot eingereicht hat. Die Vergabestelle erwähnt in ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 14. Dezember 2023 zudem, dass die Beschwerdeführerin bei einer Korrektur der provisorischen Bewertung bei den Zuschlagskriterien Z2 und Z3 die höchste Punktzahl erreicht hätte. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten hätte, wenn sie nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden wäre (vgl. Urteil des BVGer B-3126/2023 vom 22. November 2023 E. 3.3 «LSVA III - Nationaler NETS Anbieter»). Aufgrund dieser realen Chance auf den Zuschlag hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

E. 2.3

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 2.4

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das VGG nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Die Unangemessenheit kann vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden (Art. 56 Abs. 3 BöB).

E. 4

Gemäss Art. 27 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer fachlichen, finanziellen, wirtschaftlichen, technischen und organisatorischen Leistungsfähigkeit zu erbringen, wofür sie Eignungskriterien aufstellt. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren. Bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums muss deshalb ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 «système de levage»; Urteil des BGer 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 4.3 m.w.H. «Brandschutzkleidung Feuerwehren Kanton Aargau»). Die Vergabestelle formulierte für das vorliegende Vergabeverfahren dreizehn Eignungskriterien und listete diese in Ziffer 3.8 der Ausschreibung auf. Nachfolgend wird untersucht, ob die Beschwerdeführerin zu Unrecht wegen der Nichterfüllung des Eignungskriterium «E3: Lieferantenselbstdeklaration» (s. E. 5) ausgeschlossen wurde. Sodann wird geprüft, ob die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium «E9: Ist vertraut mit den Qualitätsstandards der Digitalisierung» entgegen der Auffassung der Vergabestelle erfüllt hat (s. E. 6).

E. 5

In Ziffer 3.8 der Ausschreibung wird das Eignungskriterium «E3: Lieferantenselbstdeklaration» nicht weiter beschrieben. Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die Vergabestelle für das Eignungskriterium E3 eine vollständig ausgefüllte und rechtsgültig unterzeichnete Lieferantenselbstdeklaration forderte. Sie stellte dafür ein Formular als «Beilage 1.1» zur Verfügung. In diesem Formular mussten die Anbieter diverse Angaben (u.a. Rechtsform, Ansprechpartner, Umsatzzahlen, Anzahl Mitarbeitende) zu ihrem Unternehmen sowie zu den allfälligen Subunternehmen mitteilen. Im Falle des Bezugs von Subunternehmen mussten die Anbieter zudem angeben, wie gross der prozentuale Anteil der einzelnen Unternehmen an der Wertschöpfung des ausgeschriebenen Auftrags sein wird.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe die für das Eignungskriterium E3 geforderte Lieferantenselbstdeklaration zwar elektronisch ausgefüllt, diese versehentlich aber nicht ausgedruckt und dem Angebot nicht beigelegt. Stattdessen habe sie die Selbstdeklaration zum Arbeitsschutz als «Beilage 1.1» eingereicht. Es handle sich dabei um ein offensichtliches Versehen und einen geringfügigen Formfehler, der einen Ausschluss nicht rechtfertige. Die Lieferantenselbstdeklaration habe keinen Einfluss auf das Preis- und Leistungsverhältnis.

E. 5.2

Bereits im schriftlichen Debriefing teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass die fehlende Beilage zum Eignungskriterium E3 «für die Nichtberücksichtigung nicht

ausschlaggebend gewesen [sei], sondern die Referenznachweise bei E9 nicht [genügt hätten]». In der Eingabe vom 10. November 2023 erklärt die Vergabestelle zudem, dass sie die Argumentation der Beschwerdeführerin hinsichtlich der (Nicht-)Erfüllung der Ausschlussgründe als vertretbar erachtet.

E. 5.3.1

Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (Art. 34 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin kann ein Angebot vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn es wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 «Bioggio»; Urteil des BVGer B-2522/2021 vom 20. September 2021 E. 2.3 m.w.H. «2TG Betrieb Kantine und Unterkünfte»). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Urteil des BVGer B-4199/2021 vom 29. März 2022 E. 2.1 m.w.H. «Elementwandsysteme ETH»). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die «Beilage 1.1 Lieferantenselbstdeklaration» nicht eingereicht hat und ihr Angebot daher unvollständig war. Zu prüfen ist, ob dies bereits für einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren ausreicht.

E. 5.3.2

Wie bereits erwähnt, führt die Nichterfüllung von Eignungskriterien grundsätzlich zum Ausschluss (vgl. E. 4). Auf einen Ausschluss kann jedoch verzichtet werden, wenn er sich als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweisen würde. Die Praxis unterscheidet bei unvollständigen oder nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-2431/2020 vom 7. September 2020 E. 2.3 m.w.H. «Rechenleistungen ZEM»): Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist. Insbesondere Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 «Vermessung Durchmesserlinie»). Die dritte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2 «Krankenhaus Riviera Chablais»). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 «Vermessung Durchmesserlinie»). Das Bundesverwaltungsgericht leitet entsprechend aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, um den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich

als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (BVGE 2007/13 E. 3.3 «Vermessung Durchmesserlinie»).

E. 5.3.3

Es war für die Vergabestelle leicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin dem Angebot ein falsches Dokument beigelegt hat. Die Beschwerdeführerin hätte dieses Formular innert kurzer Frist nachreichen können (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2 «Vermessung Durchmesserlinie»), da sie es in der Vorbereitung zur Angebotseinreichung bereits bearbeitet bzw. ausgefüllt hat (vgl. Beschwerdebeilage 15 und 16). Wie die Beschwerdeführerin zurecht vorbringt, hätte ein Nachliefern der Lieferantenselbstdeklaration keine Auswirkungen auf das Preis-/Leistungsverhältnis gehabt. Die Vergabestelle wäre daher verpflichtet gewesen, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu geben, die fehlende Deklaration nachzureichen. Auch die Vergabestelle räumte im schriftlichen Debriefing ein, dass die Nichterfüllung des Eignungskriteriums E3 für den Ausschluss nicht ausschlaggebend gewesen sei. Hätte die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerin mit der fehlenden Selbstdeklaration begründet, hätte sie gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen.

E. 6

Die Vergabestelle begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 14. September 2023 mit der Nichterfüllung des Eignungskriteriums E9.

E. 6.1.1

Im schriftlichen Debriefing macht die Vergabestelle diesbezüglich geltend, dass sich die von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzen auf die Experten bezögen. Diese Experten würden gemäss Vorgehenskonzept der Beschwerdeführerin aber nicht aktiv in der Digitalisierung eingesetzt werden. Für die bearbeitenden Personen würden die notwendigen Referenzangaben fehlen. Ebenfalls verfüge auch nur der aufgeführte Experte, nicht aber die vorgesehenen Bearbeiter, über Erfahrungen in der Anwendung der Software TopGIS. Weil die Angaben zu den Erfahrungen der bearbeitenden Personen fehlten, habe die Vergabestelle das Eignungskriterium E9 als ungenügend bewertet.

E. 6.1.2

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe das Eignungskriterium E9 anbieterbezogen formuliert. Es seien keine Anforderungen an die Projektorganisation oder an bestimmte Schlüsselpersonen gestellt worden. Sie habe durch Ankreuzen des Feldes «Ja» in der Beilage 1.0 wahrheitsgetreu bestätigt, dass sie mit den Qualitätsstandards der Digitalisierung vertraut sei. Zudem habe die Beschwerdeführerin in der Beilage 1.2 mit deutlich mehr als zwei Referenzen nachgewiesen, dass sie über Erfahrung in der Erfassung digitaler Geodaten und dem Produktionssystem TopGIS verfüge. Deshalb habe sie das Eignungskriterium E9 erfüllt.

E. 6.1.3

Auch die Vergabestelle erachtet diese Argumentation der Beschwerdeführerin in ihrer Vernehmlassung vom 10. November 2023 als vertretbar.

E. 6.2

Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet zwischen persönlichen Referenzen (Schlüsselpersonen-Referenzen) und Unternehmensreferenzen (vgl. Urteil des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.5 «Präqualifikation Ittigen»). Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung fest, dass Unternehmensreferenzen Auskunft über den Anbieter selber geben würden, während Personenreferenzen Aussagen über die bei einem Anbieter tätigen Personen trafen (Urteil des BGer 2C_994/2016 vom 9. März 2018, auszugsweise publiziert als BGE 144 II 177, nicht veröffentlichte E. 1.3.7 «Veloverleihsystem Bern»). Welche Referenzen vorliegend von der Vergabestelle gefordert werden, ist durch Auslegung zu eruieren. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 «Monte Ceneri»; Urteil 2C_576/2022 E. 4.3 m.w.H. «Brandschutzkleidung Feuerwehren Kanton Aargau»; Urteil B-3126/2023 E. 6.1 «LSVA III - Nationaler NETS Anbieter»).

E. 6.2.1

In der Ausschreibung (Ziffer 3.8) beschrieb die Vergabestelle das Eignungskriterium «E9: Ist vertraut mit den Qualitätsstandards der Digitalisierung» wie folgt (Zitat): Vertraut mit der digitalen Datenerfassung: Bestätigung des Anbieters, dass er über gute Kenntnisse in der digitalen Erfassung von Geodaten (GIS) und Erfahrungen mit den [sic] Produktionssystem der Landesgeologie (TopGIS) verfügt oder bereit ist, sich diese anzueignen und diese einzusetzen. Der Anbieter weist die entsprechenden Referenznachweise (mind. 2 aus den letzten 5 Jahren [2018]) offen aus. In der Beilage 1.0 mussten die Anbieter ankreuzen, ob sie dieses Eignungskriterium erfüllen. Zudem mussten die Anbieter ein vollständig ausgefülltes und rechtgültig unterzeichnetes Referenzblatt (Beilage 1.2) einreichen. Auf diesem Referenzblatt wurden unter anderem Angaben zu Leistung, Aufgabe, Stückzahlen, Funktion und Verantwortung verlangt. Weiter mussten die Anbieter die folgende Frage beantworten: «Warum ist diese Referenz ein gutes Beispiel, um die Leistungsfähigkeit des Anbieters darzustellen?».

E. 6.2.2

Aus dieser Beschreibung des Eignungskriteriums E9 und der häufigen Verwendung des Begriffs «Anbieter» geht eindeutig hervor, dass die Vergabestelle Unternehmensreferenzen einholen wollte. Zwar mussten die Anbieter auch die «Funktion und Verantwortung» angeben. Doch daraus ergibt sich nicht eindeutig, ob damit die Funktion/Verantwortung einer Person oder der Anbieterin gemeint war. Es lässt sich weder aus der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen noch der Beilage 1.0 oder 1.2 schliessen, dass die Vergabestelle Personenreferenzen oder sogar explizit Referenzen von den bearbeitenden Personen - anstatt von den Experten - einholen wollte.

E. 6.2.3

Nach Treu und Glauben durfte die Beschwerdeführerin deshalb davon ausgehen, dass beim Eignungskriterium E9 Referenzen der Anbieterin (Unternehmensreferenzen) gefordert wurden.

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin hat für das Eignungskriterium E9 mehr als zwei Unternehmensreferenzen eingereicht. Dies wird von der Vergabestelle nicht bestritten. Die Vergabestelle bemängelt im schriftlichen Debriefing aber, dass sich die von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzen nur auf die Experten und nicht auf die bearbeitenden Personen beziehen würden.

E. 6.3.1

Die Vergabebehörde ist an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 2 Bst. b und c BÖB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. u.a. Urteil B-3126/2023 E. 5.3 «LSVA III - Nationaler NETS Anbieter»; Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 «Projektcontrollingsystem AlpTransit»). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 «Präqualifikation Ittigen» und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 «Lüftung Belchentunnel»).

E. 6.3.2

Wie soeben erwähnt (vgl. E. 6.2.3), wurden mit dem Eignungskriterium E9 Unternehmensreferenzen verlangt. Die Vergabestelle hat vorliegend aber statt der Referenzen des Unternehmens die Referenzen der bearbeitenden Personen (mit)bewertet. Eine solche Bewertung weicht von den bekanntgegebenen Kriterien in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen ab und ist daher vergaberechtswidrig.

E. 6.3.3

Die Vergabestelle hat ihr Ermessen bei der Beurteilung des Eignungskriteriums E9 deshalb rechtsfehlerhaft ausgeübt. Es bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte und es werden von der Vergabestelle auch keine weiteren Gründe vorgebracht, weshalb die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unternehmensreferenzen den Anforderungen des Eignungskriteriums E9 nicht genügen würden.

E. 7

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Ausschluss wegen der Nichterfüllung der Eignungskriterien E3 und E9 als begründet. Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdeführerin daher zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 14. September 2023 ist folglich aufzuheben.

E. 8

Die Beschwerdeführerin beantragt nicht nur die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung, sondern auch die Erteilung des Zuschlags für das Los 2 an sie selbst. Gemäss Art. 58 Abs. 1 BÖB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst

oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Vergabestelle zurück. Ersteres erfolgt nur dann, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erscheint (vgl. Urteil des BVGer B-597/2023 vom 2. Juni 2023 E. 6 «Baumeisterarbeiten Flughafen Zürich»), was nachfolgend zu prüfen ist.

E. 8.1

Für das vorliegende Vergabeverfahren formulierte die Vergabestelle vier Zuschlagskriterien und beschrieb diese in Beilage 3.0 der Ausschreibungsunterlagen. Obwohl die Vergabestelle der Auffassung war, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Nichterfüllung der Eignungskriterien E3 und E9 auszuschliessen sei, hat sie eine «provisorische» Bewertung ihres Angebots anhand der Zuschlagskriterien «Z2: Erfahrung Aktualisierung Geocover», «Z3: Gebietskenntnisse» und «Z4: Vorgehenskonzept» vorgenommen. Das Zuschlagskriterium «Z1: Preis» bewertete die Vergabestelle hingegen nicht. In den Akten befindet sich eine («provisorische») Bewertungsmatrix der Vergabestelle, die nachfolgend in einer gekürzten Form wiedergegeben wird: Max. Punkte Beschwerdeführerin Beschwerdegegnerin Z1: Preis 400 0 400 Z2: Erfahrung Aktualisierung GeoCover 200 50 150 Z3: Gebietskenntnisse 200 50 200 Z4: Vorgehenskonzept 200 50 200 Total Punkte 1000 150 950

E. 8.2.1

Die Beschwerdeführerin rügt an dieser Bewertung, sie hätte bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Z1 die maximale Punktzahl von 400 Punkten erhalten sollen. Die Beschwerdegegnerin hätte beim Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Z1 dagegen nur 16.55 Punkte erzielt. Diesen Punkteunterschied könne die Beschwerdegegnerin mit ihrem Angebot kaum aufholen. Bei den Zuschlagskriterien Z2 und Z3 seien weiter nur die Referenzen der Anbieterin zu berücksichtigen. Eine Bewertung der Teammitglieder und ihrer Referenzen sei bei diesen beiden Zuschlagskriterien ebenfalls nicht vorgesehen und daher unzulässig. Weiter stellt die Beschwerdeführerin die tiefe Bewertung des Zuschlagskriteriums Z4 in Frage.

E. 8.2.2

Die Vergabestelle stimmt der Beschwerdeführerin in ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 14. Dezember 2023 zu, dass sie beim Zuschlagskriterium «Z1: Preis» die maximale Punktzahl von 400 Punkten erreicht hätte. Ebenfalls räumt sie ein, dass es möglich wäre, die fehlenden Referenzen für die Mitarbeitenden nur im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriteriums Z4 zu berücksichtigen und der Beschwerdeführerin für die Zuschlagskriterien Z2 und Z3 die maximale Punktzahl von je 200 Punkten zu erteilen.

E. 8.3

Gemäss Art. 41 BöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem die von der Vergabestelle festgelegten Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet werden (vgl. 40 Abs. 1 BöB). Bei der Beurteilung der Zuschlagskriterien steht der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. Art. 56 Abs. 3 BöB). Hat die fachkundige Vergabebehörde eine Beurteilung bzw. Bewertung vorgenommen, kommt eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-487/2020 vom 29. Oktober 2020 E. 5.1; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 m.w.H.).

E. 8.3.1

Die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle sind sich einig, dass das Angebot der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium «Z1: Preis» die maximale Punktzahl von 400 Punkten erreicht und das Angebot der Beschwerdegegnerin 16.55 Punkte erhält. Es besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass, von dieser Bewertung des Zuschlagskriteriums Z1 abzuweichen.

E. 8.3.2

Das Zuschlagskriterium Z2 wurde von der Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt formuliert: Bestätigung des Anbieters, dass er über ausreichend Erfahrung in der geologischen Feldarbeit (Kartierung) und mit der digitalen Datenbearbeitung und Datenaufnahme mit geografischen Informationssystemen (GIS) gemäss den Vorgaben in den Beilage [sic] 2.0 bis 2.5 verfügt. Der Anbieter muss Referenzen angeben, bei welchen er vergleichbare Lieferungen (gemäss Ausschreibungsunterlagen) in den letzten 5 Jahren (ab dem Jahr 2018) ausgeführt hat. Die Referenzen werden gemäss ihrer Relevanz in Bezug auf Gleichwertigkeit zum Ausschreibungsgegenstand und ihres Umfangs bewertet. Wenn das Referenzprojekt aus Z2 auch in Z3 angewendet werden kann, darf dieses für beide Zuschlagskriterien verwendet werden. Nachweis: Ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnetes Referenzblatt (Beilage 1.2) Die Anbieter erhielten die Maximalpunktzahl von 200 Punkten, wenn sie mehr als sieben gültige Referenznachweise einreichten. Bei sechs bis sieben gültigen Referenznachweisen wurden 120 Punkte erteilt. 50 Punkte erhielten die Anbieter, die drei bis fünf gültige Referenznachweise vorweisen konnten.

E. 8.3.2.1

Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde, wie bereits erwähnt, mit 50 Punkten bewertet. In der Bewertungsmatrix bemerkte die Vergabestelle: «Nur von Experte [sic] aber nicht von Arbeitenden».

E. 8.3.2.2

Die Zuschlagskriterien werden - wie auch die Eignungskriterien (vgl. E. 6.2) - nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt (Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 8.3 «Stahlwasserbauten Ritomsee»; Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3 «Lüftung Belchentunnel»). Der Wortlaut des Zuschlagskriteriums Z2 in den Ausschreibungsunterlagen und die mehrmalige Verwendung des Begriffs «Anbieter» lässt auch hier zweifellos darauf schliessen, dass die Vergabestelle Unternehmensreferenzen verlangte.

E. 8.3.2.3

Die Beschwerdeführerin hat unbestritten mehr als sieben Unternehmensreferenzen eingereicht. Der Hinweis der Vergabestelle in der Bewertungsmatrix, die Referenzen bezögen sich nur auf die Experten, aber nicht auf die «Arbeitenden», zeigt, dass statt der Unternehmensreferenzen wiederum die Personenreferenzen (mit)bewertet wurden. Die Vergabestelle ist bei der Bewertung aber an die publizierten Zuschlagskriterien gebunden (BGE 143 II 553 E. 7.7 «Seewasserwerk Moos»). Aufgrund dieser Bindung an die Ausschreibung ist eine Bewertung des Zuschlagskriteriums Z2 mit 50 Punkten vorliegend vergaberechtswidrig. Die Vergabestelle räumt in ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 14. Dezember 2023 denn auch ein, dass es möglich wäre, die Organisation der Beschwerdeführerin nur beim Zuschlagskriterium Z4 zu bewerten und der

Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Z2 (und Z3; vgl. nachstehend E. 8.3.3) die volle Punktzahl von 200 Punkten zu erteilen. Aufgrund des soeben Gesagten rechtfertigt es sich, dass Angebot der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Z2 mit 200 Punkten zu bewerten.

E. 8.3.3

Gleich verhält es sich bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums «Z3: Gebietskenntnisse», welches wie folgt formuliert wurde (Zitat): Bestätigung des Anbieters, dass er über ausreichend Erfahrung in der Fest- und Lockergesteinsgeologie sowie in der Tektonik im Gebiet des entsprechenden Gebietes verfügt. Wenn das Referenzprojekt aus Z2 auch in Z3 angewendete [sic] werden kann, darf dieses für beide Zuschlagskriterien verwendet werden. Der Anbieter muss Referenzen angeben, bei welchen er vergleichbare Lieferungen (gemäss Ausschreibungsunterlagen) in den letzten 5 Jahren (ab dem Jahr 2018) ausgeführt hat. Die Referenzen werden gemäss ihrer Relevanz in Bezug auf Gleichwertigkeit zum Ausschreibungsgegenstand und ihres Umfangs gewichtet. Nachweis: Ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnetes Referenzblatt (Beilage 1.2) Die Bewertungsmethode entspricht derjenigen des Zuschlagskriteriums Z2. Auch bei diesem Zuschlagskriterium wurden aufgrund der Beschreibung und Formulierung («Anbieter») eindeutig Unternehmensreferenzen gefordert. Die Beschwerdeführerin legte dem Angebot mehr als sieben Unternehmensreferenzen bei. Diese wurden von der Vergabestelle - mit Ausnahme des erneut vorgebrachten Einwands, die Referenzen würden sich nur auf die Experten beziehen - nicht weiter beanstandet. Die Bewertung des Zuschlagskriteriums Z3 mit 50 Punkten entbehrt einer Grundlage in der Ausschreibung resp. in den Ausschreibungsunterlagen und ist rechtswidrig. Gemäss dem Bewertungsschema in den Ausschreibungsunterlagen hätte das Angebot der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Z3 ebenfalls 200 Punkte erhalten müssen, wie dies die Vergabestelle in ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 14. Dezember 2023 anerkennt.

E. 8.3.4

Die Beschwerdeführerin erreicht bei einer Bewertung des Zuschlagskriteriums Z1, der Korrektur der beiden Zuschlagskriterien Z2 und Z3 und einer gleichbleibenden Bewertung des Zuschlagskriteriums Z4 bereits 850 Punkte. Damit liegt ihr Angebot mit deutlichem Punktevorsprung auf dem ersten Rang. Vor diesem Hintergrund kann offengelassen werden, ob die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin auch beim Zuschlagskriterium Z4 zu tief bewertet hat. Bei diesem Ergebnis kann der Zuschlag für das Los 2 im Projekt «Harmonisierung geologische Vektordaten GeoCover 3» direkt der Beschwerdeführerin erteilt werden.

E. 9

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und der Zuschlag für das Los 2 ist der Beschwerdeführerin zu erteilen. Es erübrigt sich damit, noch über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dieser wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

E. 10

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

E. 10.1

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Die Beschwerdeführerin hat vorliegend obsiegt, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen hat. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Die Beschwerdegegnerin hat ihre Parteirechte nicht aktiv wahrgenommen und keine eigenen Anträge gestellt, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Urteil des BVGer B-1483/2022 vom 13. Juli 2022 E. 7 «Erneuerung Weissensteintunnel II»). Der Vergabestelle werden als Bundesbehörde ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 10.2

Als vollständig obsiegende Partei hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei und ist anhand der eingereichten Kostennote oder, sofern keine solche eingereicht wird, aufgrund der Akten festzulegen (Art. 8 i.V.m. Art. 14 VGKE).

E. 10.2.1

Die Beschwerdeführerin macht im Schreiben vom 25. Januar 2024 einen Aufwand in der Höhe von insgesamt Fr. 18'589.05 (exkl. Mehrwertsteuer) geltend. Dieser setzt sich aus den folgenden drei Positionen zusammen: - Die Rechtsanwältinnen Claudia Schneider Heusi und Virginia Ondelli der Schneider Rechtsanwälte AG weisen in ihrer detaillierten Honorarnote in der Höhe von Fr. 15'853.35 einen Aufwand von 46.24 Stunden zu einem durchschnittlichen Stundenansatz von Fr. 332.86 sowie eine Auslagenpauschale in der Höhe von 3 % aus. - Zudem reichte die Beschwerdeführerin eine Honorarnote für die Erstberatung durch einen anderen Rechtsanwalt in der Höhe von Fr. 1'098.20 ein. Gemäss dieser Honorarabrechnung werden 3.3 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 300.- geltend gemacht. Dazu wird eine Kleinkostenpauschale in der Höhe von 3 % und ein Mehrwertsteuerzuschlag in der Höhe von 7.7 % addiert. - Darüber hinaus verlangt die Beschwerdeführerin eine Entschädigung für den Aufwand ihrer Arbeitnehmenden in der Höhe von Fr. 1'716.- (9.75 Stunden à Fr. 176.-).

E. 10.2.2

Vorliegend sind die Aufwände der Schneider Rechtsanwälte AG und des erstberatenden Rechtsvertreters bei der Festlegung der Parteientschädigung grundsätzlich zu berücksichtigen. Hingegen ist für den Aufwand der Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung geschuldet (Art. 9 Abs. 2 VGKE).

E. 10.2.3

Der von den Rechtsanwältinnen der Schneider Rechtsanwälte AG geltend gemachte zeitliche Aufwand von 46.24 Stunden erscheint unter Berücksichtigung des Inhalts sowie des Umfangs der Eingaben, die teilweise unnötige Wiederholungen enthalten, als zu hoch und nicht notwendig. Die Parteientschädigung ist daher entsprechend zu kürzen. Ebenfalls nur teilweise zu entschädigen ist der Mehraufwand, der sich aus dem Wechsel der Rechtsvertretung ergeben hat. Anhand des aktenkundigen Aufwands erscheint insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.- (inkl. Auslagen) als angemessen. Die Parteientschädigung umfasst indessen vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne

von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragene Beschwerdeführerin als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BVGer B-1929/2022 vom 19. Dezember 2022 E. 14.3 «Sanierung Waffenplatz Wangen a.A.»).

E. 10.2.4

Auferlegt wird die Parteientschädigung in erster Linie der unterliegenden Gegenpartei im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn sich diese mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Da die Beschwerdegegnerin keine eigenen Anträge gestellt hat, ist die Parteientschädigung der Beschwerdeführerin zu Lasten der Vergabestelle zuzuerkennen.

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