

BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-04-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5601_2018

FR: TAF B-5601/2018 du 24 avril 2019

IT: TAF B-5601/2018 del 24 aprile 2019

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

Gegen Verfügungen über 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]).

E. 1.3

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 (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.4.1

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 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). 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. 1.4.2

Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 1.4.3

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 oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift «Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen» entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden (BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih" und BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI", je mit Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, Rz. 1228 mit Hinweisen).

E. 1.4.4

Für die Prüfung der Frage, ob eine Dienstleistung gemäss Anhang 1 Annex 4 GPA vorliegt, ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgebend (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat im vorliegenden Fall unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71240000 - Dienstleistungen von Architektur- und Ingenieurbüros sowie planungsbezogene Leistungen - aufgeführt (vgl. Ziffer 2.4 der Ausschreibung). Diese entspricht nach der Systematik der CPCprov den Subklassen 86711 bis 86741, welche wiederum zur CPC-Gruppe 867 gehören. Diese Referenznummer 867 der CPCprov wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 bzw. Anhang 1a der VöB) erfasst. Damit fällt die vorliegende Beschaffung vom Auftragsgegenstand her in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen auch die Urteile des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 2.2 "Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt" und B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 1.4.5

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei Fr. 2'400'750.- (Ziffer 3.2 der SIMAP-Publikation vom 14. September 2018). Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt damit deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12).

E. 1.4.6

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

öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.4.7

Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig ist.

E. 1.5.1

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 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; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). 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), 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. 1.5.2

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil ihr, nachdem sie als Anbieterin Rang 2 erreicht hatte, der Zuschlag nicht erteilt wurde.

E. 1.5.3

Die Beschwerdeführerin rügt namentlich eine Verletzung des Transparenzgebots sowie des rechtlichen Gehörs, indem zusätzliche (Sub-)Kriterien eingeführt worden seien. Zudem verlangt sie den Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung eines Eignungskriteriums. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin im 2. Rang die Bewertung in verschiedenen Zuschlagskriterien, wobei sie jeweils die Maximalnote fünf statt Note drei bzw. zwei begehrt. Der Unterschied zur Erstplatzierten beträgt lediglich 0.07 Punkte. Würde einer dieser Argumentationen gefolgt, so hätte die Beschwerdeführerin im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung offensichtlich reelle Chancen, selbst den Zuschlag zu erhalten oder aber eine Chance auf Wiederholung des Vergabeverfahrens (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.5 "Monte Ceneri" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur", je mit Hinweisen). Somit hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und ist zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.6

Die Beschwerdeführerin hat ihre Beschwerde innert der Frist von 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung erhoben (Art. 30 BöB) und nach entsprechender instruktionsrichterlicher Anordnung am 10. Oktober 2018 eine verbesserte Beschwerde nachgereicht. Da die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung bemängelte, dass die nötigen Unterschriften zeichnungsberechtigter Personen fehlen würden und die Prozessvoraussetzungen nach wie vor als nicht erfüllt betrachtete, wurde am 16. Januar 2019 eine zweite Verbesserung angeordnet. Die verbesserte Beschwerde mit den nötigen Unterschriften zeichnungsberechtigter Personen wurde mit Eingabe vom 23. Januar 2019 nachgereicht, wobei offensichtlich ist, dass die aufgeführten Personen für die X. _____ AG (und damit

jedenfalls nicht ausschliesslich für die nicht rechtsfähige Zweigniederlassung) zeichnungsberechtigt sind. Diese können die Beschwerdeführerin also gültig vertreten. Daher wurde die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.7

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht, dass das Absageschreiben vom 14. September 2018 im Gegensatz zur Publikation auf der Internetplattform SIMAP (ebenfalls vom 14. September 2018) keine Rechtsmittelbelehrung enthalten habe und ausserdem lediglich per A-Post zugestellt worden sei. Deshalb sei diese Verfügung nichtig oder zumindest anfechtbar.

E. 2.2

Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Gemäss Art. 23 Abs. 1 BöB eröffnet die Auftraggeberin Verfügungen nach Art. 29 BöB durch Veröffentlichung oder durch Zustellung. Verschickt die Vergabestelle an die unterlegenen Anbieter Absageschreiben ist zu prüfen, ob eine eigentliche Verfügung oder lediglich ein auf die Zuschlagspublikation verweisendes Orientierungsschreiben vorliegt, was insbesondere in Bezug auf den Fristenlauf relevant sein kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, a.a.O., Rz. 1271). Das Schreiben der Vergabestelle vom 14. September 2018 enthält ergänzende Begründungselemente, welche in der unbestrittenermassen mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen SIMAP-Publikation nicht enthalten sind. Entscheidend ist indessen, dass im Absageschreiben ausdrücklich auf die SIMAP-Publikation verwiesen wird. Damit war das Absageschreiben bewusst nicht als Verfügung ausgestaltet, was mit Blick auf Art. 23 Abs. 1 BöB, aber auch die in Art. 24 Abs. 2 BöB statuierte Pflicht zur Publikation des Zuschlags zulässig ist. Damit erweist sich die Rüge betreffend die im Absageschreiben fehlende Rechtsmittelbelehrung als unbegründet. Da weder der Erhalt des Absageschreibens noch das fristgerechte Erheben der Beschwerde bestritten ist, ist auch auf die Art der Zustellung dieses Schreibens nicht weiter einzugehen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt vorab im Sinne einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, es sei kein eigentliches Debriefing durchgeführt worden. Die Vergabestelle habe sich lediglich telefonisch zu verschiedenen Eignungs- und Zuschlagskriterien geäussert.

E. 3.2

Die Vergabestelle entgegnet, dass ein Debriefing gesetzlich nicht vorgeschrieben sei. Die Informationen gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB habe die Vergabestelle im Absageschreiben sowie im Telefongespräch vom 20. September 2018 der Beschwerdeführerin mitgeteilt.

E. 3.3

Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen namentlich zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite

derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 1705 f.). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a BöB enthält Art. 23 BöB eine lex specialis zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 BöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1243 f.).

E. 3.4

Zwar ist der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass sogenannte "Debriefings" durchaus üblich sind (Urteil des BVGer B-1831/2018 vom 1. November 2018 E. 2.2.2 [zur amtlichen Publikation vorgesehen] "pianificatore generale Bellinzona"). Von Gesetzes wegen besteht jedoch, wie die Vergabestelle zutreffend ausführt, kein Anspruch darauf. Art. 23 Abs. 2 BöB verlangt, dass auf Gesuch hin weitergehende Informationen, namentlich betreffend die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, bekanntgeben werden müssen (Art. 23 Abs. 2 Bst. d BöB; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Der Beschwerdeführerin wurden mit Absageschreiben vom 14. September 2018 sowie im Rahmen des Telefongesprächs vom 20. September 2018 die wichtigsten Informationen zu den Eignungsnachweisen sowie der Bewertung anhand der Zuschlagskriterien mitgeteilt (vgl. Telefonnotiz von Kalenderwoche 38). Wenn die Beschwerdeführerin der Vergabestelle vorwirft, es habe sich anlässlich der telefonischen Besprechung gezeigt, dass bei der "Transferzeit" nicht auf die Angaben gemäss Offerte abgestellt habe (Beschwerde, S. 4 f.), wird damit der Vergabestelle indirekt zugestanden, dass sie der Beschwerdeführerin die wesentlichen Begründungselemente erläutert hat. Dasselbe gilt für den Umstand, dass der Beschwerdeführerin telefonisch erläutert worden ist, dass zum Zuschlagskriterium Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" im Rahmen der Bewertung zwei Unterkriterien "Reaktionszeit" und "Transferzeit" herangezogen worden sind (Beschwerde, S. 5). Ebenso ist der unterlegenen Anbieterin offenbar mitgeteilt worden, dass das Referenzprojekt einer Schlüsselperson im Rahmen der Bewertung des Zuschlagskriteriums Z1.1 als nur teilweise vergleichbar beurteilt worden ist (Beschwerde, S. 6). Damit kann entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin von einer Verletzung der Begründungspflicht keine Rede sein.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin führt mit Eingabe vom 8. November 2018 (S. 5) im Anschluss an die gewährte teilweise Akteneinsicht aus, die Vergabestelle habe im Rahmen des Eignungskriteriums E1.2 "Referenzen über die Ausführung von zwei mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten in den letzten fünf Jahren" in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin vermerkt, dass die "Ausführung noch offen sei", obwohl in den Ausschreibungsunterlagen ein "realisiertes Projekt" verlangt worden sei. Für den Fall, dass keine weitergehende Akteneinsicht gewährt werde, sei die Eignungsprüfung von Amtes wegen nachzukontrollieren.

E. 4.2

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, es sei zwar richtig, dass das von der Zuschlagsempfängerin für Eignungskriterium E1.2 angegebene Projekt noch nicht ausgeführt sei. Indessen habe die Zuschlagsempfängerin unter dem Zuschlagskriterium Z1.1 "Qualifikation Schlüsselpersonal" zwei weitere Referenzprojekte angegeben, gestützt auf welche im Interesse von Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit davon ausgegangen worden sei, dass deren de facto offensichtlich gegebene Eignung auch formell zu bejahen sei (Vernehmlassung, Rz. 14). Ergänzend wird - nach entsprechender gerichtlicher Instruktion zur Frage, welches Referenzprojekt insoweit massgebend sei - seitens der Vergabestelle darauf hingewiesen, dass das für sie selbst ausgeführte Referenzobjekt Nr. 1 zum Eignungskriterium E4.1 bzw. Z1.1 ohne Weiteres auch als Referenzobjekt für das Eignungskriterium 1.2 taue (Duplik, S. 2).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin verwarft sich dagegen, dass ein fehlender Referenznachweis durch einen anderen ersetzt wird. Was die Vergabestelle aus anderen Referenzobjekten ableiten wolle, sei irrelevant und vermöge den mangelhaften Eignungsnachweis der Zuschlagsempfängerin nicht zu korrigieren (Stellungnahme vom 22. März 2019, S. 1).

E. 4.4

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 (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.2 "Erneuerung Videoanlage I"). Als Nachweis in diesem Sinne gelten Referenzen, anhand welcher die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringungen dieser Leistungen überprüfen kann (Anhang 3 zur VöB, Ziffer 8). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (Art. 11 Bst. a BöB; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1 f. "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

E. 4.5

Es stellt sich vorliegend nicht die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin die Vergabestelle, welche das Referenzprojekt als ungenügend beurteilt, weil dieses noch nicht ausgeführt ist, daran hindern könnte, sie aus dem Verfahren auszuschliessen. Es ist auch nicht die Frage zu beurteilen, ob die Zuschlagsempfängerin unter Hinweis darauf, dass die Vergabestelle ihre Leistungen kennt, trotz gemäss Offerte mangelhaften Eignungsnachweises Anspruch auf Bejahung der Eignung hat (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.8.5 "Erneuerung Videoanlage II" sowie das Urteil VB.2017.00098 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. März 2017 E. 3.6). Vielmehr stellt sich umgekehrt die Frage, ob die Beschwerdeführerin den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin verlangen kann. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Einholung von Referenzauskünften (vgl. BGE 139 II 489 E. 2 i.V.m. E.

3.2 und zum Ganzen auch Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 393 ff., insb. Rz. 44 f.) erscheint es indessen nicht unzulässig, dass die Vergabestelle auf vorhandene eigene Referenzprojekte zurückgreift, um die Eignung auch dann zu bejahen, wenn das von der Zuschlagsempfängerin angegebene Referenzprojekt nicht genügt. Somit kann sich eine Vergabestelle aufgrund des ihr zustehenden Ermessens im Rahmen der Eignungsprüfung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin jedenfalls auch auf ein für sie selbst ausgeführtes Referenzprojekt abstützen. Wenn die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen auf ein auszufüllendes Formular verweist, ist darunter auch nicht eine Klausel zu verstehen im Sinne einer ausdrücklichen Regel, wonach nur die in bestimmten Formularen angegebenen Referenzen geprüft werden, was das im vorliegenden Fall gewählte Vorgehen der Vergabestelle wohl ausschliessen würde (vgl. Schneider Heusi, a.a.O., Rz. 47 in fine mit Hinweisen).

E. 5

Beschwerdeführerin Referenz 1 Ref.-Projekt nur teilweise vergleichbar - keine Anfrage 2 2
Beschwerdeführerin Referenz 2 Ref.-Projekt nur teilweise vergleichbar - keine Anfrage 2 2
Drittplatzierte Referenz 1 Ref.-Projekt nur teilweise vergleichbar - keine Anfrage 2 2
Drittplatzierte Referenz 2 Ref.-Projekt nur teilweise vergleichbar - keine Anfrage 2 2

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Bewertung nach sachlichen Kriterien und ohne Willkür zu erfolgen habe. Ihre Offerte sei in Bezug auf das Zuschlagskriterium Z1.1 "Qualifikation der Schlüsselpersonen" zu Unrecht mit der Note 2 (ungenügend) bewertet worden, weil die Referenzprojekte angeblich nicht über eine Betankungsanlage verfügt hätten. Entgegen den Ausschreibungsunterlagen habe die Vergabestelle keine Informationen bei den Bauherren eingeholt. Damit hätten die Termintreue, die Kostentreue und die Organisation des Projekts nicht bewertet werden können. Die Note 2 erscheine deshalb als zufällig. Ihr Angebot habe vielmehr die Maximalnote 5 - mindestens aber die Note 3 - verdient. Der Benotungsschlüssel (Beilage 2f der Vergabeakten) könne nicht massgeblich sein, da dieser nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen sei.

E. 5.2

Die Vergabestelle äussert sich in ihrer Vernehmlassung vom 18. Dezember 2018 dahingehend, dass beim Zuschlagskriterium Z1.1 die Qualifikation der Schlüsselperson "Leiter Maschinen- und Verfahreningenieurswesen" anhand von deren Erfahrung bewertet worden sei. Zusätzliche aufgeführte und nicht geforderte Referenzprojekte von anderen als der verlangten Schlüsselperson seien nicht bewertet worden. Die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzprojekte würden auf Erfahrungen ausschliesslich im Bereich von Abwasser- und Reinigungsanlagen hinweisen. Solche Anlagen seien nicht mit Betankungsanlagen mit Medien wie Heizöl, Benzin Bleifrei, Düsenkraftstoff und Diesel gleichzusetzen. Eine gewisse Vergleichbarkeit bestehe, weshalb ein Minimum an Erfahrung mit Note 2 als "teilweise vergleichbar" angerechnet worden sei. Es liege auf der Hand, dass die Zuschlagsempfängerin, welche über eine Schlüsselperson mit langjähriger und einschlägiger Erfahrung im Bereich der zu beschaffenden Leistung beim Zuschlagskriterium Z1.1 viel höher zu bewerten sei. Die Vergabestelle habe nur Referenzauskünfte in Bezug auf Zuschlagskriterium Z1.1 eingeholt, soweit die angegebenen Referenzen vergleichbar gewesen seien. Der Benotungsschlüssel (Beilage 2f

der Vergabeakten) sei nicht Bestandteil der Vergabeakten und sei aus Versehen in Griff 2 eingeordnet worden.

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik erneut fest, aus den Ausschreibungsunterlagen gehe hervor, dass die Bewertung in Bezug auf das Zuschlagskriterium Z1.1 aufgrund eingeholter Informationen beim Bauherrn erfolge, was in ihrem Fall nicht geschehen sei. Eine vorgängige Selektion sei nicht zulässig. Zudem habe die Vergabestelle die Referenzkontakte direkt nach Noten gefragt. Eine kritische Auseinandersetzung mit den Referenzauskünften habe damit nicht stattgefunden. Die Bewertung mit Note 2 sei falsch, da es nicht "teilweise vergleichbar", sondern schlicht "ungenügend" bedeute. Für die Referenzprojekte seien abgeschlossene und realisierte Projekte mit Betankungsanlagen für unterschiedliche Medien ausgewiesen. In den Offertunterlagen sei kein Medium spezifiziert worden. Die technischen Rahmenbedingungen seien vollkommen vergleichbar.

E. 5.4

Zum Zuschlagskriterium Z1.1 entgegnet die Vergabestelle in ihrer Duplik, dass sich aus der SIMAP-Publikation und den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich ergebe, dass es sich im Rahmen der vorliegenden Beschaffung um Betankungsanlagen sowie Tankstellen handle. Damit sei auch klar, dass Treibstoff als Medium gemeint (und damit für die Vergleichbarkeit massgebend) sei.

E. 5.5

Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 mit Hinweisen "Projektcontrolling 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 (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5; Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4 "Kurierdienst BAG I"; Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 5.2 "Baumeisterarbeiten Vorausmassnahmen Unterhaltsplanung N3").

E. 5.6.1

Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 BöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik und technischer Wert. Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert; diese sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post",

B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I" und Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen).

E. 5.6.2

Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA" E. 2.3; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (Urteil des BVGer B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1 f. "Bewirtschaftung Anschlussgeleise", mit Hinweis auf den Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, in: VPB 65.94, E. 3d i.V.m E. 5a/ee; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 410). Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung ist gegeben, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehenes Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (BVGE 2007/17 E. 2.2; Urteil des BVGer B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"; Oliver Zibung/Elias Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 49 N. 32 f. mit Hinweisen; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage, Basel 2013, N. 2.185 f. mit Hinweisen). Mit Blick auf den Umstand, dass nach dem Gesagten jedenfalls die Rechtskonformität der Bewertung geprüft wird, kommt der Willkürüge, welche sich begriffsnotwendig immer auf eine qualifizierte Rechtsverletzung bezieht (siehe nur BGE 144 II 281 E. 3.6.2), im vorliegenden Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zu.

E. 5.7.1

Wie beschrieben (vgl. E. 5.1 und 5.3 hiervor) bemängelt die Beschwerdeführerin das Vorgehen der Vergabestelle in Bezug auf die Bewertung ihrer Offerte anhand des Zuschlagskriteriums Z1.1. Die "Qualifikation der Schlüsselpersonen" ist als Unterkriterium Z1.1 für das mit 45 Prozent gewichtete Zuschlagskriterium Z1 "Fachkompetenz" in der Ausschreibung (Punkt 2.4 Los 7) mit einer Gewichtung von 25 Prozent vorgesehen. Das zweite Unterkriterium Z1.2 "Berufserfahrung der Schlüsselpersonen" ist mit 20 Prozent

gewichtet. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen werden als Nachweise zum Kriterium Z1.1 zwei mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbare realisierte Projekte verlangt. Bewertet werden die Referenzauskünfte der Bauherren anhand der Kriterien "Termin-treue", "Kostentreue" und "Organisation des Projektes".

E. 5.7.2

Das Zuschlagskriterium Z1.1 ("Qualifikation Schlüsselpersonen") und die entsprechenden Nachweise werden gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Angaben gemäss den "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen", Punkt 3.2 Zuschlagskriterien) wie folgt beschrieben: "Referenzen der Schlüsselpersonen über die Ausführung von 2 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten in den letzten 5 Jahren. Es können auch Referenzprojekte angegeben werden, welche durch die Schlüsselperson bei einem früheren Arbeitgeber massgebend bearbeitet wurden oder aber bereits in den Referenzen des Anbieters aufgeführt sind. Bewertet wird die Qualität der durch die Schlüsselpersonen erbrachten Leistungen von ausgeführten Projekten. Der Anbieter legt dem Angebot Angaben zu ausgeführten Projekten bei. Die Projekte müssen zu den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbare Aufgabenstellungen beinhalten. Es wird die Angabe von zwei analogen Projekten gefordert. Im Angebot sind folgende Angaben über die Projekte zu integrieren: 1. Zeitraum 2. Gesamtbausumme (BKP 1-9) 3. Ausgeführte Arbeiten/Leistungen der Schlüsselperson 4. Zur Auskunft ermächtigte Kontaktperson Bauherr Die Beurteilung der ausgeführten Projekte erfolgt aufgrund eingeholter Informationen beim Bauherrn. Folgende Kriterien werden beurteilt. 1. Termintreue (Planung, Ausschreibung, Baubegleitung, Abschluss) 2. Kostentreue (Planung und Ausführung) 3. Organisation des Projektes Für die Angaben ist das Formular 4 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11) zu verwenden." (...)."

E. 5.7.3

Da bereits im Rahmen der Eignungsprüfung unter dem Eignungskriterium E4.1 ("wirtschaftliche Leistungsfähigkeit/finanzielle Leistungsfähigkeit/Erfahrung Schlüsselpersonen") die Qualifikation der Schlüsselpersonen geprüft wird, sind im vorliegenden Zusammenhang auch die einschlägige Anforderung beziehungsweise die entsprechenden Nachweise zu beschreiben. Diese sind gemäss den "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen", Punkt 3.1 Eignungskriterien, wie folgt definiert: "- Referenzen (für Architektur, Bau-, Elektro-, HLKK- (inkl. Gebäudeautomatisationsingenieur), Sanitär- und Maschinen/Verfahrensingenieur) der Schlüsselpersonen über die Ausführung von 2 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten in den letzten 5 Jahren, mit Angaben über: 1. Zeitraum 2. Gesamtbausumme (BKP 1 - 9) 3. Ausgeführte Arbeiten/Leistungen der Unternehmung 4. Zur Auskunft ermächtigte Kontaktpersonen der Referenzstelle (Referenz-Auftraggeber) Für die Angaben ist das Formular 4 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11) zu verwenden."

E. 5.7.4

Für die Evaluation der Offerten stützte sich die Vergabestelle einerseits auf einen allgemeinen Benotungsschlüssel für alle "übrigen" Kriterien (ausser dem Preis) aufbauend auf einer Notenskala von 0-5 ("Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen", Punkt 3.2 Zuschlagskriterien in fine). Gemäss diesem Dokument bedeutet beispielsweise die Note 2 "ungenügend, Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt". Andererseits gab es zusätzlich zumindest teilweise Benotungsschlüssel für die

einzelnen Zuschlagskriterien, insbesondere auch für das Zuschlagskriterium Z.1.1 (Griff 2f der Vergabeakten). Diese sind den Anbietern vor Erteilung des Zuschlags nicht bekannt gegeben worden. Die Vergabestelle hält dazu fest, dieses Dokument gehöre nicht zu den Ausschreibungsunterlagen, sondern seien Hilfsmittel für das Bewertungsteam zur Sicherstellung einer einheitlichen und nachvollziehbaren Bewertung (Vernehmlassung, Rz. 11). Der Benotungsschlüssel (Griff 2f der Vergabeakten) für das Zuschlagskriterium Z1.1 lautet wie folgt: "5 Punkte:Ref.Projekt Sanierung vergleichbar / Termintreue, Kostentreue und Organisation sehr gut 4 Punkte:Ref.Projekt Neubau vergleichbar / Termintreue, Kostentreue und Organisation gut 3 Punkte:Ref.Projekt Neubau vergleichbar / Termintreue, Kostentreue und Organisation genügend 2 Punkte:Ref.Projekt nur teilweise vergleichbar 1 Punkt: Ref.Projekt nicht vergleichbar 0 Punkte: Referenz nicht vorhanden / ausserhalb des Zeitraums"

E. 5.7.5

Die Offertbewertung anhand des Zuschlagskriteriums Z1.1 "Bewertung Schlüsselpersonen durch Referenzpersonen" (Griff 7 der Vergabeakten), sieht auszugsweise wie folgt aus:
Kostentreue Termintreue Organisation TEAM-Note Berechnung Note
Zuschlagsempfängerin Referenz 1 4 4 4

E. 5.8

Es ist nun zu prüfen, ob das Vorgehen der Vergabestelle bei der Offertbewertung von Zuschlagskriterium Z1.1 insbesondere im Hinblick auf die Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung zulässig ist.

E. 5.8.1

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin betreffend Zuschlagskriterium Z1.1 in der Beschwerdeschrift Referenzprojekte von verschiedenen Schlüsselpersonen auf Seite 6 aufführt, mit deren Bewertung sie nicht einverstanden ist. Auch in der Replik erwähnt sie diese erneut. Die Vergabestelle sowie die Erst- und die Drittplatzierte sind dabei davon ausgegangen, dass unter Los 7 bei Zuschlagskriterium Z1.1 nur die Referenzen einer Schlüsselperson, nämlich der Schlüsselperson "Leiter Maschinen- und Verfahreningenieurswesen", gefragt sind. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Sie ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen zu Los 7, namentlich aus der Beschreibung zu E4.1 bzw. Z1.1 sowie aus Formular 4, auf welches sowohl im Rahmen von E4.1 wie auch Z1.1 in gleicher Weise verwiesen wird (vgl. E. 5.7.2 und E. 5.7.3 hiervor). Dieses Formular beschreibt die Schlüsselperson als "Leiter Maschinen-/Verfahreningenieurwesen" und enthält nur Felder für zwei Referenzen "BKP 299 Maschineningenieur" (Formular 4, Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11, S. 7 f.; Griff 2b der Vergabeakten). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass wohl infolge der durch die Losaufteilung mehrfach verwendeten Vorlage in den Ausschreibungsunterlagen bisweilen irrtümlich von "Schlüsselpersonen" die Rede ist.

E. 5.8.2

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht klar hervor, dass die Vergabestelle unter Zuschlagskriterium Z1.1 die Faktoren "Termintreue", "Kostentreue" und "Organisation" zu bewerten hat. Aus der in Erwägung 5.7.5 hiervor abgebildeten Tabelle ergibt sich einerseits klar, dass alle Anbietenden mit einer nicht angekündigten "Teamnote" bewertet worden sind. Andererseits ist unbestritten, dass die in den Ausschreibungsunterlagen publizierten Faktoren "Termintreue", "Kostentreue" und "Organisation" bei der Beschwerdeführerin sowie bei der Drittplatzierten über die Feststellung der nur teilweisen Vergleichbarkeit des

Projekts hinaus (siehe dazu auch die Beilage 1 zur Vernehmlassung) nicht materiell bewertet worden sind, was auch erklärt, warum auf das Einholen von Referenzauskünften verzichtet worden ist.

E. 5.8.3

Die Vergabestelle anerkennt vorliegend, dass die fraglichen Referenzprojekte der Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterien E1.2 "Referenzen (für Maschinen-Verfahreningenieur) des Anbieters (Unternehmung)" und das in Erwägung 5.7.3 hiervoor beschriebene Eignungskriterium E4.1 betreffend die Referenzen für die Schlüsselperson erfüllen (vgl. "Formelle und Eignungskriterien-Prüfung" [Griff 6] sowie Vernehmlassung vom 18. Dezember 2018, Rz. 10). Ebenso anerkennt sie, dass die unter Zuschlagskriterium Z1.1 angegebenen Referenzprojekte 1 und 2 zumindest teilweise vergleichbar sind. Die Referenzprojekte für das Eignungskriterium E4.1 sowie Z1.1 sind bei allen Anbietern identisch, während Referenzprojekt Nr. 1 der Beschwerdeführerin sowie beide Referenzprojekte der Drittplatzierten unter Z1.1 auch den unter Eignungskriterium E1.2 angegebenen Referenzprojekten entsprechen. Zudem wurden auch die Referenzobjekte der Drittplatzierten unter den genannten Eignungs- und Zuschlagskriterien akzeptiert und mit Note 2 bewertet, obwohl es sich gemäss den Annahmen der Vergabestelle nicht um Referenzprojekte mit Treibstoff als Medium handelte. Sie hat damit im Rahmen der Eignungsprüfung die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte zumindest im Grundsatz akzeptiert (vgl. zum Ermessensspielraum der Vergabestelle in Bezug auf die Beurteilung der Referenzobjekte im Rahmen der Eignungsprüfung das Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.10.1 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 4.5.4 "Erneuerung Videoanlage II"). Wäre dem nicht so, hätten zwei von drei Anbieterinnen als ungeeignet ausgeschlossen werden müssen. Andererseits ist der Vergabestelle zuzustimmen, dass es unter Vorbehalt der Wettbewerbszielsetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB in ihrem Ermessen steht, die Frage, was getankt wird, bei Betankungsanlagen für relevant zu erklären und damit Referenzobjekte, welche nicht die Betankung mit Treibstoff zum Gegenstand haben, als mit dem vorliegenden Projekt nicht vollständig vergleichbar zu beurteilen.

E. 5.8.4

Schon allein aufgrund des Zusammenspiels von Eignungsprüfung und Bewertung anhand der Zuschlagskriterien im vorliegenden Fall mussten die Anbieter jedenfalls ohne entsprechende Ankündigung nicht damit rechnen, dass aufgrund der nicht vollständigen Vergleichbarkeit auf das Einholen von Referenzen verzichtet werden würde, ohne welche die gemäss den Ausschreibungsunterlagen relevanten Gesichtspunkte "Termintreue", "Kostentreue" und "Organisation" (vgl. E. 5.7.2 hiervoor) regelmässig nicht beurteilt werden können. Die Vergabestelle stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, dass angesichts teilweise vergleichbarer Referenzen für die Schlüsselperson "Leiter Maschinen- und Verfahreningenieurswesen" im Ergebnis verhindert werden müsse, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf eine positive Referenzauskunft und die Bewertung anhand der Faktoren "Termintreue", "Kostentreue" und "Organisation" eine genügende Note, also eine Bewertung auch nur von 3 Punkten, erreiche. Wenn sie aber davon ausgeht, dass ein teilweise vergleichbares Projekt nur eine ungenügende Note erreichen kann (vgl. dazu die in E. 5.7.4 beschriebenen Angaben zur Note 2 gemäss den Ausschreibungsunterlagen), setzt sie sich letztlich in Widerspruch zum in der vorliegenden Ausschreibung gewählten

Zusammenspiel von Eignungsprüfung und vorgesehener Bewertung anhand der Zuschlagskriterien. Damit ergibt sich bereits aus diesem Umstand eine Verletzung des Transparenzgebots.

E. 5.8.5

Zum selben Schluss führt auch die Logik der Bewertung von Referenzen im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots. Die Beurteilung von Mehrreignung im Rahmen der Zuschlagsprüfung ist in Bezug auf Schlüsselpersonen nach schweizerischem Recht ausdrücklich zulässig (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; BVGE 2011/58 E. 12.2 "Baustellensicherheit Cornavin/Annemasse"). Schon allein der Umstand, dass hier im Unterschied zur Eignungsprüfung differenziert zu bewerten ist (BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I"), spricht gegen eine Fixierung auf 2 Punkte für den Fall nur teilweise vergleichbarer Referenzprojekte. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich dementsprechend, dass die Anbieter Kontaktpersonen anzugeben hatten. Gestützt darauf waren auch im Bewertungsblatt "Bewertung Schlüsselpersonen durch Referenzperson" (Griff 7) die jeweilige Kontaktperson anzugeben. Im Rahmen der Evaluation wurde bei der Beschwerdeführerin und der Drittplatzierten lediglich der Vermerk "Ref.-Projekt nur teilweise vergleichbar - keine Anfrage" angebracht. Da sie unbestrittenermassen und entgegen den Ausschreibungsunterlagen ausschliesslich bei der Zuschlagsempfängerin die Faktoren "Termintreue", "Kostentreue" und "Organisation" bewertet hat, hat sie folglich gegen das Transparenzgebot und gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen. Kommt hinzu, dass die Vergabestelle im Rahmen der Referenzauskunft gerade nicht die Frage prüfen wollte, wie die Schlüsselperson mit den technischen Besonderheiten der Betankung umgegangen ist, sondern mit den gewählten Beurteilungsgesichtspunkten wie Kostentreue oder Termintreue gemäss der Logik der Ausschreibungsunterlagen eher die allgemeinere Verlässlichkeit in Bezug auf Budget und Termine im Auge hatte.

E. 5.8.6

Schliesslich war die unter dem Zuschlagskriterium Z1.1 ebenfalls vergebene "Teamnote" gemäss Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen. Bei der Beschwerdeführerin entspricht die Bewertung unter dem Kriterium "Teamnote" nach der soeben beschriebenen Logik der Vergabestelle der ungenügenden Note 2 unter Verzicht auf das Einholen von Referenzauskünften. In Bezug auf die Zuschlagsempfängerin weicht diese sogar positiv von der Benotung anhand der Referenzauskünfte ab. Die Vergabestelle hält dazu fest, dass mit "Teamnote" die "Note des Bewertungsteams" gemeint sei. Die Teamnote und die Referenzperson erhielten je das gleiche Gewicht (Vernehmlassung, Rz. 18). Die Vergabestelle macht keine Angaben dazu, was es brauchte, um eine gute "Teamnote" zu erhalten. Daran ändert auch der Umstand, dass das Bewertungsteam in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt ist, nichts. Damit verstösst die Bewertung anhand des Zuschlagskriteriums Z1.1 auch in Bezug auf diese Vorgehensweise, da sie vorgängig nicht angekündigt wurde, gegen das Transparenzgebot.

E. 5.9

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Bewertung der Anbieter anhand des Zuschlagskriteriums Z1.1 insbesondere zufolge Verletzung des Transparenzgebots als rechtswidrig erweist. Damit braucht nicht weiter auf den Umstand eingegangen zu werden, dass die den Referenzpersonen zugestellte Notenskala (vgl. Beilagen 11a und b sowie 12a und b) weder mit derjenigen gemäss Ausschreibungsunterlagen noch mit derjenigen gemäss

dem in Erwägung 5.7.3 beschriebenen Benotungsschlüssel übereinstimmt. Dasselbe gilt in Bezug auf das beschwerdeführerische Vorbringen, wonach eine Note 2 unter Zuschlagskriterium Z1.1 nicht zulässig sei, da unter dem damit verbundenen Zuschlagskriterium Z1.2 "Berufserfahrung der Schlüsselpersonen" die Maximalnote erteilt worden sei.

E. 6

Im Folgenden ist auf die Rügen betreffend das mit 15 Prozent gewichtete Zuschlagskriterium Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" einzugehen.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin beruft sich auch in diesem Zusammenhang auf das Transparenzgebot, welches verletzt worden sei, indem die Vergabestelle unter Zuschlagskriterium Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" zwei neue Unterkriterien («Reaktionszeit» und «Transferzeit») gebildet habe. Eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien sei nicht zulässig. Es bleibe unklar, wie die Vergabestelle diese Kriterien gewichtet habe. Für die Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes sei sie in der Lage, unter den in Zuschlagskriterium Z3 bewerteten Transferzeiten anzubieten. Massgeblich sei ihr Angebot, wonach nicht mehr als 30 Minuten Anfahrtszeit zu den Standorten nötig sei. Es sei ohnehin fraglich, ob ein ortsbezogenes Kriterium aus binnenmarktrechtlicher Sicht ausschlaggebend sein dürfe. Die Beschwerdeführerin rügt bezüglich Zuschlagskriterium Z3 ausserdem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem ihre Offerte nicht nur verändert, sondern auch anhand ihr seitens der Vergabestelle nicht vorgängig mitgeteilter Angaben bewertet worden seien (Beschwerde, S. 5).

E. 6.2

Die Vergabestelle entgegnet in ihrer Vernehmlassung bezüglich Zuschlagskriterium Z3, die Beschwerdeführerin habe nicht korrekt offeriert. In den Ausschreibungsunterlagen ("Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen", Punkt 3.2 Zuschlagskriterien) sei auf Seite 11 von "Kapazität, Reaktionszeit" sowie von "Transferzeit" die Rede. Im Formular, welches die Anbieter auszufüllen hätten, seien die beiden (Sub-)Kriterien explizit unterteilt. Die Unterteilung in Subkriterien sei deshalb zulässig erfolgt. Unzulässig wäre einzig gewesen, wenn die Subkriterien unterschiedlich gewichtet worden wären. Dies sei nicht geschehen. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot vier verschiedene Transferzeiten ab verschiedenen Filialstandorten und mehrere Schlüsselpersonen angegeben. Die Vergabestelle habe die durch die Beschwerdeführerin offerierten Transferzeiten als nicht zulässig erachtet und gleichwohl auf einen Ausschluss der Offerte verzichtet, aber die angebotenen Transferzeiten durch die Zeiten ab der Zweigniederlassung A. _____ [in der Nordwestschweiz] ersetzt, da dort gemäss Angebot der Arbeitsort der Schlüsselperson "Leiter Maschinen- und Verfahreningenieur" sowie seines Stellvertreters sei (Vernehmlassung, S. 4).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass die Vergabestelle neben der "Kapazität und Reaktionszeit" auch noch eine "Transferzeit" bewertet habe. Durch diese nachträgliche Einführung von Subkriterien sei die Gewichtung (meint: der "Kapazität und Reaktionszeit") noch abgewertet worden. Wenn die Vergabestelle die Prüfung aufgrund der angegebenen Kriterien bzw. der Angaben der Beschwerdeführerin vorgenommen hätte, hätte sie die meisten Punkte und den ersten Rang erreicht, weshalb ihr der Zuschlag zu

erteilen sei. Selbst wenn das Kriterium zulässig sein sollte, so sei jedenfalls die Bewertung sachlich nicht haltbar. An den unter "Transferzeit" angegebenen Orten würden sich zudem keine Standorte der Vergabestelle befinden (Replik, S. 4 f.).

E. 6.4

Die Vergabestelle dupliziert in Bezug auf Zuschlagskriterium Z3, dass dieses sowohl das Subkriterium "Kapazität, Reaktionszeit" als auch das Subkriterium "Transferzeit" beinhalte. Damit könne nicht die Rede von Intransparenz sein. Die Transferzeit sei gemäss den Ausschreibungsunterlagen zwingend ab Hauptsitz anzugeben. Gebe die Anbieterin Transferzeiten von anderen Standorten an, sei dies nicht ausschreibungskonform. Die Standorte seien bei Los 7 über die gesamte Schweiz verteilt, weshalb bei der Vorgabe der Standortauswahl eine Annäherung mittels Vorgabe der Städte Basel, Chiasso, Genf und Romanshorn als zielführend erachtet worden sei (Duplik, Rz. 3).

E. 6.5

In der Ausschreibung ist gemäss Punkt 2.4 Los 7 das mit 15 Prozent gewichtete Zuschlagskriterien Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" vorgesehen. In den Ausschreibungsunterlagen ("Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen", Punkt 3.2 Zuschlagskriterien) wird dieses wie folgt beschrieben: "Z3 Kapazität, Reaktionszeit Dem Angebot ist unter "Kapazität, Reaktionszeit" das Vorgehen mit Terminangaben ab Auftragsannahme bis Projektierungsbeginn darzustellen. Meilensteine: -Auftragsannahme / - analyse -Begehung vor Ort -Offertstellung -Projektierungsbeginn Bewertet wird das Vorgehen und Reaktionszeit sowie die Plausibilität und die Zweckmässigkeit aus Sicht des Auftraggebers. Zusätzlich wird unter "Transferzeit zur Standorte armasuisse Immobilien" die Transferzeit vom Hauptsitz Generalplaner zu einem ausgewählten armasuisse Immobilien Standort angegeben. Für die Angaben ist das Formular 6 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11) zu verwenden." In Formular 6 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11) wird folgendes aufgeführt: "Zuschlagskriterium Z3 Unter "Transferzeit zur Standorte armasuisse Immobilien" werden die Transferzeit vom Hauptsitz Generalplaner zu einem ausgewählten Immobilien Standort angegeben. Transferzeit von "Hauptsitz Generalplaner" nach "Standort armasuisse" beim anbietenden Los eintragen." Im Anschluss an diese Angaben enthält das Formular folgende Tabelle: Standort Anbieter: (Hauptsitz Generalplaner eintragen) Transferzeit (in Min.) Los 7 Basel ... Min. Chiasso ... Min. Genf ... Min. Romanshorn ... Min. Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes (ganze Schweiz)

E. 6.6

Aufgrund des Gesagten ergibt sich zunächst, dass aus der Ausschreibung selbst bzw. dem Begriff "Reaktionszeit" nicht ersichtlich war, welche Bedeutung der Transferzeit zukommen würde und welche Distanzen diesbezüglich berücksichtigt würden. Sind Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen nicht ohne Weiteres erkennbar, kann sich die Vergabestelle insoweit nicht auf die Rechtskraft der Ausschreibung berufen (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 10.1.1 "Bahnstromversorgungsanlagen"). Behauptete Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 1.1, auszugsweise publiziert in BVGE 2018

IV/2, nicht publizierte E. 1.1 "Produkte zur Innenreinigung I"; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 3.1 "Signalisation"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1254). Die Vergabestelle macht auch nicht geltend, dass die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin nicht zu hören ist, weil nicht bereits die Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin gegenüber als rechtswidrig beanstandet worden sind (vgl. zur Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben in diesem Zusammenhang BVGE 2014/14 E. 4.4 in fine).

E. 6.7

Es ist nun im Folgenden zu prüfen, ob sich das Subkriterium "Transferzeit" als zulässig erweist.

E. 6.7.1

Nach dem Transparenzgebot hat die Vergabestelle sämtliche Zuschlagskriterien, die sie bei der Evaluation der Angebote in Betracht zu ziehen beabsichtigt, vorgängig in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB sowie Ziff. 6 des Anhangs 5 zur VöB); zumindest muss sie das relative Gewicht, welches sie jedem dieser Kriterien beimisst, zum Voraus deutlich präzisieren und bekanntgeben (BGE 130 I 241 E. 5.1; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa, unter Hinweis auf BGE 125 II 86 [E. 7c] sowie den Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 3a). Könnte die Vergabestelle die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nämlich erst nachträglich, in Kenntnis der eingegangenen Offerten, festsetzen, so bestünde die Gefahr der Manipulation bzw. der Begünstigung eines bestimmten Anbieters (Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.3 mit Hinweisen "Kurierdienst BAG I").

E. 6.7.2

Wird ein Unterkriterium, das sich nicht deutlich aus den festgelegten Zuschlagskriterien ergibt, in die Bewertung einbezogen, so ist die Vergabebehörde verpflichtet, dieses ebenfalls vorab bekanntzugeben. Die Verwendung eines sehr offenen und unbestimmten Begriffs erfordert zwangsläufig eine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien. Es ist unstatthaft, erst im Rahmen der Offertevaluation bei der Bewertung eines offenen Zuschlagskriteriums einzelne Teilaspekte herauszuschälen und unterschiedlich zu gewichten (BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.2 "Kurierdienst BAG I"; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 11. März 2005, BRK 2004-014, veröffentlicht in VPB 69.79, E. 3 a/aa). Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent sind oder aus einem Evaluationsraster hervorgehen, so dass das Transparenzprinzip nach bundesgerichtlicher Praxis keine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, welche die betreffende Vergabe charakterisieren, darunter die Ausschreibungsdokumentation, insbesondere das Pflichtenheft und die Vergabebedingungen (BGE 130 I 241 E. 5.1). Im Übrigen sind die Zuschlagskriterien - ebenso wie die Eignungskriterien - nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3 mit Hinweisen "Neubau Galgenbucktunnel"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 862).

E. 6.7.3

Die Vergabe ist vorliegend als Rahmenvertrag für planungsbezogene Leistungen ausgestaltet. Der Projektumfang zu Los 7 umfasst gemäss den Ausschreibungsunterlagen

das Vorprojekt inklusive ergänzendem Erfassen des Zustands, Bauprojekt, Baubewilligungsverfahren, Realisierung und Abschluss/Dokumentation für die Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes. Das Los 7 gilt für die gesamte Schweiz. Es wird immerhin in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt, dass unter dem Zuschlagskriterium Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" zusätzlich die "Transferzeit" anzugeben ist, womit man ein Unterkriterium allenfalls vermuten könnte. Eine ausdrückliche Unterteilung in Subkriterien findet hingegen nicht statt. Die Gewichtung dieser Kriterien fehlt ebenso in den Ausschreibungsunterlagen. Das Zuschlagskriterium Z3 wird erstmals im Formular zu den Ausschreibungsunterlagen weiter präzisiert, indem die Anfahrtszeiten anzugeben sind. Eine explizite Unterteilung in die Subkriterien Z3.1 "Kapazität, Reaktionszeit" sowie Z3.2 "Transferzeit" wird dagegen ausschliesslich im Benotungsschlüssel (vgl. Griff 2f der Vergabeakten), welcher den Ausschreibungsunterlagen nicht beilag, sowie in der Evaluation (vgl. Griff 8 der Vergabeakten) vorgenommen. Das Kriterium "Kapazität, Reaktionszeit" berücksichtigt die Auftragsannahme, Begehung vor Ort, Offertstellung sowie Projektierungsbeginn bei den Meilensteinen. Bewertet wird dabei das Vorgehen und die Reaktionszeit sowie die Plausibilität und Zweckmässigkeit. Für das Unterkriterium "Transferzeit" wird die Transferzeit vom Hauptsitz des Generalplaners (bzw. der für das "Maschinen-/Verfahrensingenieurwesen" zuständigen Schlüsselperson) zu einem ausgewählten armasuisse Immobilien Standort bewertet ("Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen", Punkt 3.2 Zuschlagskriterien; vgl. E. 6.5 hiervor).

E. 6.7.4

Die Vergabestelle begründet ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass das Zuschlagskriterium Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" sowie das Subkriterium Z3 "Transferzeit" im entsprechenden Formular der Ausschreibungsunterlagen getrennt aufgeführt werden. Sie dupliziert dahingehend, dass das Subkriterium sich einerseits aus dem Zuschlagskriterium Z3 ergebe und andererseits in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt sei. Sie bestreitet jedoch nicht, dass die Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen nicht erwähnt wird, sondern geht davon aus, dass eine gleich gewichtete Bewertung zulässig sei. Dabei scheint die Vergabestelle davon auszugehen, dass allen Anbietern aus den Ausschreibungsunterlagen klar war, dass es sich dabei um zwei eigenständige Subkriterien handelte, was von der Beschwerdeführerin bestritten wird. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen braucht indessen nicht weiter auf die Rüge eingegangen zu werden, wonach das Unterkriterium "Transferzeit" ausschreibungswidrig eingeführt und das Angebot unzulässigerweise abgeändert worden sei. Auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Verzicht auf die Konsultation der Anbieterin im Rahmen der Offertbereinigung braucht mit derselben Begründung ebenfalls nicht eingegangen zu werden.

E. 6.8.1

Die Vergabestellen verfügen - wie bereits in E. 5.6.1 hiervor ausgeführt - bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen erheblichen Spielraum (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post").

E. 6.8.2

Soweit sich die Beschwerdeführerin, indem sie die Berücksichtigung der Transferzeiten als materiell rechtswidrig beanstandet, auf das Binnenmarktgesetz beruft, kann nur Art. 5 Abs.

1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) gemeint sein. Nach dieser Bestimmung dürfen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 BGBM widerspricht. Dort wiederum ist festgehalten, dass ortsfremden Anbieterinnen der freie Zugang zum Markt insbesondere nur verweigert werden kann, wenn die entsprechenden Beschränkungen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Das Binnenmarktgesetz richtet sich indessen gegen Beschränkungen des freien Marktzugang durch Kantone und Gemeinden (Matthias Oesch/Thomas Zwald, BGBM-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 4 zu Art. 1 BGBM) und findet demnach auf Beschaffungen des Bundes keine Anwendung.

E. 6.8.3

Im Bundesvergaberecht führen Art. 21 Abs. 1 BöB und Art. 27 Abs. 2 VöB eine nicht abschliessende Liste zulässiger Zuschlagskriterien auf (vgl. E. 5.6.1 hiervor). Im Rahmen der Definition und Gewichtung derselben ist indessen das Gleichbehandlungsgebot im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BöB zu beachten. In der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 wird festgehalten, dass das Gesetz diesbezüglich weitergeht als gemäss Government Procurement Agreement verlangt, indem ausdrücklich die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter - also auch inländischer untereinander - statuiert wird (BBI 1994 IV 950 ff., insb. S. 1177; vgl. diesbezüglich zur Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen den Entscheid BRK 1997-011 vom 4. Dezember 1997, auszugsweise wiedergegeben in Baurecht 1998, S. 50 f., E. 2b). Unzulässig sind demnach insbesondere Zuschlagskriterien mit diskriminierender bzw. protektionistischer Zielsetzung (BRK 1997-011 vom 4. Dezember 1997 E. 2b; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 839). Zu letzterer Kategorie gehört insbesondere - allenfalls im Unterschied zur Ortskenntnis, die sich beispielsweise als Eignungskriterium unter Umständen als sachgerecht erweisen kann - die Ortsansässigkeit (BRK 2005-023 vom 15. Juni 2006, auszugsweise publiziert in VPB 70/2006 Nr. 80, E. 3b; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 15 zu Art. 21 BöB mit Hinweisen; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 222). Ähnlich wie in Bezug auf die Ortskenntnis kann auch Kriterien, welche den Anfahrtsweg zum Gegenstand haben, eine protektionistische Zielsetzung zugrunde liegen. In diesem Sinne gilt gemäss ständiger Rechtsprechung, dass sich die blosse Nähe des Firmensitzes des Anbieters zur Baustelle - in den zwei in Frage stehenden Fällen zu Kasernen - als solche, das heisst ohne sachlichen Grund, nicht zu einer Bevorzugung eines Anbieters führen soll (BRK 1997-011 vom 4. Dezember 1997, auszugsweise wiedergegeben in Baurecht 1998 S. 50 f., E. 2b; Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 6.6.1 "Lüftung Kaserne Thun III"). Das heisst aber, worauf Peter Gauch richtigerweise hingewiesen hat, dass es auch nicht zum vornherein und überhaupt unzulässig wäre, für den Zuschlag auch auf die geographische Nähe des Anbieters zum Leistungsort abzustellen (Baurecht 1998, S. 51, Anmerkung zu BRK 1997-011 vom 4. Dezember 1997).

E. 6.8.4

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum kantonalen Vergaberecht kann der Anfahrtsweg bei der Bewertung von Zuschlagskriterien nur bei einem sachlichen Zusammenhang berücksichtigt werden, wenn dies nicht der Bevorzugung von

Ortsansässigen dient (vgl. Urteil des BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4.c). So hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Blick auf das Binnenmarktgesetz entschieden, dass das Zuschlagskriterium Anfahrtsweg bei einem Pikettdienst sachlich durchaus gerechtfertigt sein könnte, lehnte es aber im zu beurteilenden Fall mit Blick auf dessen Gewichtung als unverhältnismässig ab (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2006.00220 vom 28. Juni 2006 E. 7; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 947, 921 und 922 mit Hinweisen). In Bezug auf Ortskenntnisse hat das Bundesgericht festgehalten, die Auffassung des Verwaltungsgerichts Graubünden, wonach die Ortskenntnis bei der Vergabe einer Gesamtmelioration kein taugliches Beurteilungskriterium sei, vermöge nicht zu überzeugen. Es möge zwar zutreffen, dass das Kriterium der Ortskenntnis in gewissen Fällen bloss vorgeschoben werde, um beim Zuschlag einheimische Bewerber - namentlich aus fiskalischen Überlegungen - zu bevorzugen. Bei einer Gesamtmelioration sei die Ortskenntnis dagegen nicht ein bloss zum Schutz ansässiger Bewerber vorgeschobenes Kriterium. Vielmehr habe es hier seinen guten Sinn (Urteil des BGer 2P.46/2005 vom 16. September 2005 E. 5.1). Obwohl die dem BÖB unterstellten Auftraggeberinnen, solange keine ausländischen Anbieterinnen im Spiel sind, nicht denselben Protektionismusanreizen ausgesetzt sind wie Kantone und Gemeinden, hat sich die Rechtsprechung zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen seit jeher auch an der Praxis des Bundesgerichts zur Nichtdiskriminierung orientiert (vgl. etwa BRK 2005-023 vom 15. Juni 2006, auszugsweise publiziert in VPB 70/2006 Nr. 80, E. 3b).

E. 6.8.5

Es ist nach dem zuvor Gesagten zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für die Bewertung des Anfahrtswegs im Rahmen des Zuschlagskriteriums Z3 besteht. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass fraglich sei, ob das Zuschlagskriterium Z3 zulässig sei, da nach den Vorgaben der Vergabestelle der ideale Standort für den Hauptsitz wohl in der Mitte der Schweiz liegen würde. Es ist einleuchtend, dass damit alle Anbieter, die nicht über einen in der Schweiz zentral gelegenen Hauptsitz verfügen, benachteiligt sind. Die Anfahrtswege werden in Minuten ab dem Arbeitsort der Schlüsselperson berechnet (vgl. Benotungsschlüssel in Griff 2f der Vergabeakten gemäss E. 6.5 hiervor). Die Ausschreibungsunterlagen enthalten keinen Hinweis darauf, inwiefern kurze Anfahrtswege von einem zentral in der Schweiz gelegenen Hauptsitz zu den Standorten entscheidend wären. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang die ebenfalls zu beurteilende "Kapazität, Reaktionszeit" mit zu berücksichtigen, welche nach der entsprechenden Erklärung der Vergabestelle mit 7.5 Prozent gewichtet worden ist. Unter diesem Kriterium wurden "Auftragsannahme/-analyse", "Begehung vor Ort", "Offertstellung" und "Projektierungsbeginn" abgefragt. Damit erhält die Anbieterin, die schneller eine Begehung anbieten kann, einen gewissen Wettbewerbsvorteil. Schon aufgrund der Tatsache, dass im vorliegenden Fall nicht der Unterhalt heikler Anlagen, sondern ein Planerauftrag in Frage steht, wird klar, dass die "Begehung vor Ort" nicht eine dringende Intervention meint, sondern eben die Abwicklung der einzelnen Projekte im Rahmen des vorliegend in Frage stehenden Rahmenvertrags. Diesen Eindruck bestätigt der Vergleich der offerierten Zeiten für die Begehung vor Ort. Da werden zwischen "innert 5 Tagen ab Annahme" bis zu "bei Bedarf und grosser Dringlichkeit in Wochenfrist (1-2 KW)" angeboten. Daraus erhellt ohne Weiteres, dass sich Unterschiede in Bezug auf den Anfahrtsweg auf die Qualität der gebotenen Dienstleistung nicht so auswirken, dass diese bei einem Firmenstandort an peripherer Lage innerhalb der Schweiz in Frage gestellt würde. Der Qualitätssicherung kann demgegenüber beispielsweise eine Anforderung dienen, wonach die gemäss Z1.1

bewertete Schlüsselperson bei jeder Begehung anwesend sein muss. Dementsprechend sind die Offerten der Anbietenden gestützt auf deren Angaben unter "Kapazität, Reaktionszeit" mit mindestens 4 von 5 Punkten bewertet worden. Inwiefern unter diesen Umständen eine kurze Anfahrtszeit von bis zu einer halben Stunde von Schlüsselpersonen vom Hauptsitz für die Maximalnote erforderlich wäre (vgl. Benotungsschlüssel in Griff 2f der Vergabeakten) ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Die Vergabestelle macht im Übrigen auch nicht geltend, das Subkriterium "Transferzeit" sei umweltpolitisch motiviert. Damit braucht nicht weiter auf den Umstand eingegangen zu werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung, namentlich grundlegend das Urteil 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 (auszugsweise publiziert in: Baurecht 2001 S8 S. 64 f. mit Anmerkung Denis Esseiva) in Bezug auf die Berücksichtigung der Transportdistanzen gewisse Spielräume öffnet. Steht wie im vorliegenden Fall eine reine Dienstleistung in Frage, ist diesbezüglich aufgrund der untergeordneten Bedeutung des Transportelements und der Nichtberücksichtigung der Transportart Zurückhaltung am Platze (vgl. Marc Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung - vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Gutachten zuhanden der Beschaffungskommission des Bundes, Aarau 2006, S. 89 ff., insb. S. 91). Auch wenn der Vergabestelle bei der Auswahl von Zuschlagskriterien ein grosser Ermessensspielraum zukommt (vgl. E. 5.6.1 hiervor), ist unter diesen Umständen kein sachlicher Grund ersichtlich, um die "Transferzeit" mit so hohen Anforderungen für die Bestnote als Zuschlagskriterium vorzusehen. Damit ist nicht weiter auf den Umstand einzugehen, dass dies aus Sicht der Beschwerdeführerin besonders nachteilig empfunden wird, weil das alleinige Abstellen auf den Arbeitsort der Schlüsselperson dazu führt, dass ihr Filialnetz, welches ihr in Bezug auf Anfahrtswege grundsätzlich Vorteile verschaffen könnte, keine Berücksichtigung findet. Zusammenfassend bevorzugt die gewählte Vorgehensweise jedenfalls Anbieter, die ihren Hauptsitz in der Schweiz zentral gelegen haben und benachteiligt solche, deren Schlüsselperson in A._____ [in der Nordwestschweiz], im Tessin oder im Jura arbeitet. Mangels Geltendmachung eines sachlichen Grundes für eine derartige Bevorzugung verstösst dieses Unterkriterium gegen das Gleichbehandlungsgebot und erweist sich namentlich in der gewählten Form (Anforderungen für Bestnote) trotz nicht hoher Gewichtung als unzulässig.

E. 7

Nachdem sich die Bewertung anhand des als solchen zulässigen Zuschlagskriteriums Z1.1 "Qualifikationen der Schlüsselpersonen" und bereits die Wahl und Ausgestaltung des Subkriteriums "Transferzeit" im Rahmen des Zuschlagskriteriums Z3 "Kapazität, Reaktionszeit" als unzulässig erwiesen haben, führen schon diese beiden Punkte zur Gutheissung der Beschwerde. Beim Weglassen des unzulässigen Subkriteriums "Transferzeit" unter Zuschlagskriterium Z3, erhielte die beschwerdeführerische Offerte zusätzlich 0.15 Punkte. Sofern sie unter dem Zuschlagskriterium Z1.1 nach Einholung der vorgeschriebenen Referenzauskünfte (selbst unter der Berücksichtigung der nicht vollständigen Vergleichbarkeit) einen einzigen Punkt mehr erzielte (Note 3, genügend), wie sie es eventualiter mindestens verlangt, so erhielte sie zusätzlich 0.25 Punkte und damit insgesamt 4.30 Punkte. Die Vergabestelle bringt in ihrer Vernehmlassung vom 18. Dezember 2018 sinngemäss vor, dass generell keine halben Noten in der Vergabematrix erlaubt gewesen wären, was sich - abweichend von der tatsächlichen Bewertung durch die Vergabestelle - zugunsten der Zuschlagsempfängerin auswirke. Gemäss den "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen" (Punkt 3.2 Zuschlagskriterien, S. 12) hat die Bewertung in mit Noten von 0 bis 5 in Schritten von

ganzen Punkten zu erfolgen. Die Korrektur der halben Noten hätte eine Verbesserung der Zuschlagsempfängerin unter Zuschlagskriterium Z1.1 zur Folge, wonach sie statt 1.13 Punkte 1.25 Punkte erhielte. Unter Zuschlagskriterium Z3 erhielte die Zuschlagsempfängerin zudem 0.6 statt 0.53 Punkte wegen des unzulässigen Subkriteriums "Transferzeit". Insgesamt erhielte sie somit 4.16 Punkte. Damit würde die Beschwerdeführerin auch dann vorne liegen, wenn in der Evaluation auf ganze Punkte gerundet würde, womit auf die Rundungsproblematik nicht weiter einzugehen ist. Ein Gleichstand im Sinne der Ausschreibungsunterlagen, welche bei einem Unterschied von bis zu 1 % der Punkte einen Gleichstand stipulieren, liegt im Übrigen nicht vor. Demnach würde die Beschwerdeführerin bei Verbesserung von mindestens einem Notenpunkt unter Zuschlagskriterium Z1.1 in Kombination mit den bewertungsmässigen Folgen der Eliminierung des Kriteriums "Transferzeit" unter Zuschlagskriterium Z3 auf Rang 1 liegen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist demnach aufzuheben. Hingegen dringt die Beschwerdeführerin aus nachfolgenden Überlegungen mit ihrem Rechtsbegehren auf einen direkten, gerichtlichen Zuschlag an sich selbst nicht durch.

E. 8

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (Art. 32 Abs. 1 BöB). Insbesondere dort, wo noch Fragen zu entscheiden sind, bezüglich derer der Vergabestelle Ermessen zukommt, fällt eine direkte Erteilung des Zuschlags durch das Gericht ausser Betracht (vgl. hierzu die Urteile BVGer B-3885/2016 vom 14. Juli 2017 E. 6.1 "Militärflugplatz Payerne", B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 6 "Strombeschaffung für die Post" sowie B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 2.2 "Abfallentsorgung"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1395 f.). Ein Entscheid in der Sache wäre vorliegend am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erschiene (vgl. Urteile des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 10 "Gewölbearbeiten im Furkatunnel" und B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 9 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Dies ist jedoch zu verneinen. Da die vorliegend festgestellte Rechtswidrigkeit massgeblich die Bewertung von Zuschlagskriterium Z1.1 beschlägt, ist ein reformatorischer Entscheid nicht möglich, ohne ins Ermessen der Vergabestelle einzugreifen, sondern die Sache ist zur Einholung von Referenzauskünften und zur Reevaluation der Offerten an die Vergabestelle zurückzuweisen und die Beschwerde damit teilweise gutzuheissen. Ausserdem kann die Wirkung der Aufhebung des Zuschlags nicht auf die Beschwerdeführerin beschränkt werden, sondern es sind alle Anbieter, die offeriert haben, miteinzubeziehen (vgl. BGE 141 II 14 "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 9 mit Hinweisen "Suchsystem Bund").

E. 9

Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht im Prinzip nicht mehr auf die übrigen Rügen der Beschwerdeführerin eingegangen zu werden. Aufgrund der Reevaluation durch die Vergabestelle bzw. den sich daraus ergebenden prozessökonomischen Überlegungen einerseits und mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung des Transparenzgebots andererseits rechtfertigten sich jedoch einige Ausführungen dazu.

E. 9.1

Im Zusammenhang mit der - Gegenstand der Erwägung 4 hiervoor bildenden - Eignungsprüfung ist an die zentrale Bedeutung der Transparenz für das öffentliche

Beschaffungswesen zu erinnern. Der Grundsatz, wonach Vergabeverfahren transparent zu gestalten sind, ist im Zielkatalog des Gesetzes verankert (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB). Unter Transparenz ex post ist dabei die Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit des Entscheidungsprozesses zu verstehen, mit anderen Worten dessen Verständlichkeit im Nachhinein (Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 23 ff.). Folgerichtig muss nach der Rechtsprechung die Prüfung der Offerten durch die Vergabestelle dokumentiert werden (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 mit Hinweisen "Gebäudeautomation ETH"). Die Dokumentationspflicht bezieht sich dabei ausdrücklich auch auf die Eignungsprüfung (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.2 mit Hinweisen "Gebäudeautomation ETH"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 579 und 866; Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich 2018, Rz. 258 [Anmerkung]). Dies gilt umso mehr für das in Frage stehende auftraggeberseitige "Ersetzen" eines Referenzprojekts im Rahmen der Eignungsprüfung aufgrund der jedenfalls nicht alltäglichen Natur dieses Vorgehens.

E. 9.2

In Bezug auf die Bewertung des Zuschlagskriteriums Z4 "Organigramm" sei der Vollständigkeit halber Folgendes festgehalten: Es ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen, dass das Zuschlagskriterium Z4 fast identisch wie Eignungskriterium E1.1 "Organigramm Generalplanerteam" beschrieben ist. Nach der Rechtsprechung ist es einerseits zulässig, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu gewichten (BGE 139 II 489 E. 2.1 und 2.2; vgl. zum Ganzen E. 5.8.5 hiervor). Andererseits gilt in diesem Zusammenhang das Verbot der Doppelprüfung (BVGE 2011/58 E. 12.2 "Baustellensicherheit Cornavin/Annemasse"; Hans Rudolf Trüeb, BöB-Kommentar, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 9 BöB). Soweit die Beschwerdeführerin also behauptet, dass sie die Maximalnote verdient habe, weil sie alle verlangten Angaben aufgeführt habe, entspricht diese Argumentation zwar der Logik des Eignungskriteriums E1.1, nicht aber derjenigen der Bewertung anhand des Zuschlagskriteriums Z4. Bei der Bewertung eines Zuschlagskriteriums darf ein Anbieter bereits gestützt auf das Zusammenspiel von Eignungsprüfung und Bewertung anhand der Zuschlagskriterien erwarten, dass ein aussagekräftigeres bzw. angebotsbezogeneres Organigramm auch mit einer besseren Note honoriert wird. Im vorliegenden Fall erweist sich das Organigramm der Zuschlagsempfängerin als aussagekräftiger, womit die unterschiedliche Benotung durch die Vergabestelle rechtlich nicht zu beanstanden ist.

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).

E. 10.2

Sowohl in der Hauptsache als auch in Bezug auf den Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Der Umstand, dass ihrem Begehren im Sinne einer Rückweisung und entgegen ihrem Antrag nicht im Sinne einer direkten Neuerteilung des Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht entsprochen wird, ändert daran nichts. Der Beschwerdeführerin sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art 63 Abs. 1 VwVG). Der Vergabestelle werden als Bundesbehörde

ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 10.3

Die Beschwerdeführerin ist nicht anwaltlich vertreten. Gleichwohl verlangt sie die Gutheissung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge. Indessen hat die nicht anwaltlich vertretene Partei nur ausnahmsweise Anspruch auf Parteientschädigung (Urteil des BGER 2C_846/2013 vom 28. April 2014 E. 4.1). Vorliegend ist davon auszugehen, dass kein ausserordentlich hoher Aufwand entstanden ist, weshalb die Beschwerdeführerin trotz Obsiegens keinen Anspruch auf Entrichtung einer Parteientschädigung hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 1 und 4 VGKE).

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