

BVGer B-5792/2020 vom 3. März 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5792_2020

FR: TAF B-5792/2020 du 3 mars 2021

IT: TAF B-5792/2020 del 3 marzo 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 2

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 2. Juli 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB, AS 1996 518).

E. 3

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

E. 3.1

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 3.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des aBöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

E. 3.3

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

E. 3.3.1

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

E. 3.3.2

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b aBöB 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 1994. 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). Gemäss Art. 3 Abs. 2 aVöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur aVöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dienstleistungen im Anwendungsbereich des Gesetzes und des 2. Kapitels dieser Verordnung" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA 1994, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die aVöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 und BVGE 2011/17 E. 5.2.1, je m. H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1228 m. H.). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA 1994 ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f.). Die Vergabestelle hat das streitgegenständliche Projekt unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) "90720000: Umweltschutz" aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entspricht prima facie einer der Abteilung 94 (Sewage and refuse disposal, sanitation and other environmental protection services) der CPCprov zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA 1994 bzw. vom Anhang 1a zur aVöB erfasst wird. Demnach fällt die Dienstleistung prima facie in den sachlichen Anwendungsbereich des aBöB (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6; vgl. zum Ganzen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1050, 1059 und 1131 ff.).

E. 3.3.3

Das geschätzte Auftragsvolumen liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die

Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101 [aufgehoben per 1. Januar 2021: AS 2020 4165]).

E. 3.3.4

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

E. 3.4

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

E. 4

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 m. H.; vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340 m. H.).

E. 4.1

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

E. 4.2

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

E. 4.3

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den

Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA 1994 - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m. H. "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen"). Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

E. 5

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

E. 5.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Zuschlags und eine Neubewertung ihrer Offerte. Würde das Gericht der Argumentation der Beschwerdeführerin vollumfänglich Folge leisten, so hätte sie als an dritter Stelle rangierte Anbieterin allenfalls eine Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H., Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2).

E. 5.2

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4

VwVG).

E. 6

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 26. Januar 2021, die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 11. Dezember 2020 sei aus dem Recht zu weisen, da diese weder Rechtsbegehren noch Beweismittel enthalte. Damit erfülle die Vernehmlassung die Voraussetzungen nach Art. 52 VwVG nicht, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Entsprechend ist die Rüge, die Vernehmlassung der Vergabestelle enthalte kein Rechtsbegehren, aktenwidrig. Da zudem in Art. 52 VwVG ausschliesslich die inhaltlichen und formellen Anforderungen an eine Beschwerde umschrieben sind, ist das unsubstantiierte Begehren der Beschwerdeführerin ohnehin ohne weitere Ausführungen abzuweisen.

E. 7

Die Beschwerdeführerin als aktuelle Betreiberin der Meldestelle für Anlagen mit Kältemitteln rügt in materieller Hinsicht als erstes, die Vergabestelle habe bei der Ausschreibung wesentliche und entscheidende Sachverhaltselemente ausser Acht gelassen. Zu nennen seien die falsche und unrealistische Anzahl angenommener Meldungen pro Jahr, die Nichtberücksichtigung von qualitativ schlechten Meldungen, von Zusatzaufgaben und des Wartungshefts. Auch im Hinblick auf die Möglichkeiten der Digitalisierung sei der Sachverhalt unrichtig erfasst worden. Die Vergabestelle macht in diesem Zusammenhang geltend, dass diese Rügen bereits gegen die Ausschreibung hätten geltend gemacht werden müssen, weshalb sie verspätet seien. Die Beschwerdeführerin mache nicht geltend, die Bedeutung und Tragweite der in der Ausschreibung getroffenen Anordnungen seien für sie nicht erkennbar gewesen. Als Begründung führe sie lediglich ihre Erfahrungen als bisherige Betreiberin der Meldestelle für Anlagen mit Kältemitteln an.

E. 7.1

Einwände, welche die Ausschreibung selbst betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 m. H. "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 m. H. "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 m. H. "Produkte zur Innenreinigung I", Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3).

E. 7.2

Vorliegend macht die Beschwerdeführerin erstmals in der Beschwerde vom 19. November 2020 gegen die Zuschlagsverfügung geltend, die im Pflichtenheft angenommene Anzahl Meldungen pro Jahr (20'000), welche in der Offerte als Bemessungsgrundlage für den

Pauschalpreis pro Meldung gelten solle, sei völlig unrealistisch, da sich bei ihr als aktuelle Betreiberin der Meldestelle für Anlagen mit Kältemitteln für die letzten drei Jahre ein Durchschnitt von 12'141 Meldungen ergeben habe.

E. 7.3

Es ist zwar richtig, dass sich die Annahme der Vergabestelle von 20'000 Meldungen pro Jahr im Pflichtenheft (vgl. Ziff. 3.2.1) und somit in den Ausschreibungsunterlagen findet. Hingegen ist dem detaillierten Aufgabenbeschrieb in der Ausschreibung vom 2. Juli 2020 (Ziff. 2.6) schon zu entnehmen, dass die Vergabestelle bei der Beschreibung des Ist-Zustandes von 15'000 bis 18'000 Meldungen pro Jahr ausgeht. Da schon diese Zahlen beträchtlich von den geltend gemachten Erfahrungswerten der Beschwerdeführerin abweichen, hätte sie die ihrer Meinung nach falsche Grundlage bereits mit Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend machen müssen. Zumindest hätte es die Sorgfalt geboten, diesbezüglich das Pflichtenheft genauer zu prüfen. Da die Beschwerdeführerin ihre diesbezüglichen Rügen nicht innert der 20tägigen Beschwerdefrist seit der SIMAP-Publikation der Ausschreibung am 2. Juli 2020 vorgebracht hat, ist auf diese im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen den Zuschlag prima facie nicht mehr einzugehen, denn sie sind verspätet.

E. 7.4

Die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin bezüglich Nichtberücksichtigung von qualitativ schlechten Meldungen, von Zusatzaufgaben, des Wartungshefts und zu den Möglichkeiten der Digitalisierung stehen grösstenteils im Zusammenhang mit dem Pflichtenheft und betreffen somit die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen. Nach der aktuellen bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis ändert der Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestanden haben, nichts daran, dass die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags beanstandet werden können (BVG E 2014/14 E. 4 "Suchsystem Bund"; vgl. E. 7.1 hiervor). Zwar ist es aus prozessökonomischen Gründen zulässig, gleichzeitig mit der Ausschreibung publizierte Ausschreibungsunterlagen mit dieser zu beanstanden, aber es gereicht der Beschwerdeführerin - allenfalls unter Vorbehalt hier nicht vorgebrachter Argumente betreffend den Grundsatz von Treu und Glauben - nicht zum Nachteil, wenn sie die Ausschreibungsunterlagen erst mit dem Zuschlag rügt. Damit sind die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerin nicht offensichtlich verspätet, weshalb auf diese nachfolgend einzugehen ist. Indessen sind die Rechtssuchenden darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber neu in Art. 53 Abs. 2 BÖB regelt, dass Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen (vgl. Urteil des BVGer B-1185/2020 E. 3.3).

E. 8

Gemäss Art. 12 Abs. 1 aBÖB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, Vergabe- und Vertragsunterlagen. Dabei verfügt sie über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. E. 8.5.2 hiernach).

E. 8.1

Die Auftraggeberin hat die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu beschreiben

(Art. 16a Abs. 1 aVöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 aVöB).

E. 8.2

Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen "Monte Ceneri"). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 m. H. "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 8.3

Die Beschwerdeführerin rügt, in der Ausschreibung werde nicht genügend berücksichtigt, dass - aus ihrer Erfahrung - bis zu 35 Prozent der Meldungen unvollständig oder unleserlich einträfen. Die Verarbeitung der unvollständigen/unleserlichen Meldungen habe einen Mehraufwand zur Folge, der in den Preis eingerechnet werden müsse.

E. 8.3.1

In Ziff. 3.2.2 des Pflichtenhefts wird die Grundleistung, die durch den Auftragnehmer zu erbringen ist, umschrieben. So hat der Auftragnehmer auf einer von ihm betriebenen Internetseite über das Meldeverfahren zu informieren und Meldeformulare online zur Verfügung zu stellen. Er kann verschiedene Arten der Informationsübermittlung durch die Meldepflichtigen anbieten, jedoch muss jede Informationsübermittlung unveränderbar, nachverfolgbar und davon mindestens eine Variante nicht-elektronisch sein (i). Der Auftragnehmer nimmt Meldungen entgegen, prüft sie auf Vollständigkeit und trifft bei Bedarf mit den Meldepflichtigen die notwendigen Abklärungen (ii).

E. 8.3.2

Aus dieser Beschreibung der Grundleistung geht genügend klar hervor, dass die Anbietenden vor allem beim nicht-elektronischen Meldeprozess mit unrichtigen, unvollständigen und allenfalls unleserlichen Meldekarten rechnen und ihre Offerte entsprechend berechnen mussten. Zurecht weist die Vergabestelle auf die Möglichkeit hin, den Bedarf für nachträgliche Abklärungen mit den Meldepflichtigen durch das Vorsehen entsprechender Informationen, Anweisungen und Abläufen, z.B. durch die Bereitstellung und Förderung eines digitalen Verfahrens mit automatisierter Vollständigkeits- und Konsistenzprüfung, zu minimieren. Es ist prima facie nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle davon ausgeht, dass allfällige Aufwände für nachträgliche Abklärungen von der offerierten Pauschale pro Meldung abgedeckt sind.

E. 8.4

Die Beschwerdeführerin bemängelt weiter, dass in der Ausschreibung Zusatzaufgaben, welche sie als aktuelle Betreiberin der Meldestelle bislang als Dienstleistung und zur Qualitätsoptimierung durchgeführt habe, nicht berücksichtigt worden seien. Es handle sich hier insbesondere um Rückfragen, Auswertungen und Mutationen. Auch diesbezüglich sei der Sachverhalt von der Vergabestelle nur unvollständig erfasst worden. Entsprechend

müsse die Ausschreibung dahingehend angepasst werden, dass auch potentielle Zusatzaufgaben einzupreisen seien.

E. 8.4.1

Im Pflichtenheft wird bezüglich der Beantwortung von Rückfragen der Meldepflichtigen vor allem in Ziff. 3.2.2 (i) Bezug genommen. Danach gilt: "Auskünfte zum Meldeverfahren gibt der Auftragnehmer auf Anfrage auch via E-mail oder Telefon". Ebenfalls thematisiert wird dies unter Ziff. 3.2.2 (ii), wonach der Auftragnehmer Meldungen entgegen zu nehmen und bei Bedarf mit den Meldepflichtigen die notwendigen Abklärungen zu treffen hat. Schliesslich hat der Auftragnehmer Auskünfte zur Meldung von Anlagen auf Anfrage der Meldepflichtigen zu erteilen und ihnen die Einsichtnahme via Auszug und/oder individualisierten online-Zugang zur Datenbank unter Einhaltung der Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zu ermöglichen (Ziff. 3.2.2 (iv) Pflichtenheft). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wurde die Bearbeitung von Rückfragen als Grundleistung verlangt und war entsprechend, als Bestandteil des Pauschalpreises pro Meldung (vgl. Ziff. 3.2.1 Pflichtenheft) zu offerieren.

E. 8.4.2

Im geforderten Leistungsumfang müssen gemäss Pflichtenheft ebenfalls Auswertungen erbracht werden. So hat der Auftragnehmer das BAFU einmal jährlich sowie auf Anfrage über den aktuellen Stand der Meldungen zu informieren. Ebenfalls einmal jährlich sowie auf Anfrage hat er dem BAFU eine aktuelle Kopie der Datenbank zu übergeben (Ziff. 3.2.2 (v) Pflichtenheft). Die Vergabestelle macht geltend, dass weitere Auswertungen bewusst nicht in die Ausschreibung aufgenommen worden seien. Allfällige Mutationen werden im Pflichtenheft ebenfalls erwähnt. Demnach hat der Auftragnehmer Wartungsarbeiten am Datensatz nach Bedarf durchzuführen, wie zum Beispiel allfällige Mutationen der Betreiberdaten bei Inhaberwechsel (Ziff. 3.2.2 (vi) Pflichtenheft). Im Unterschied zu den Auskünften an Meldepflichtige war der Aufwand für Auswertungen und Mutationen nicht in den Pauschalpreis pro Meldung einzukalkulieren, sondern es war in der Honorartabelle ein geschätzter Stundenaufwand anzugeben (vgl. Ziff. 3.2.1 Pflichtenheft).

E. 8.4.3

Die Vergabestelle hat damit die Anforderungen an die geforderte Leistung in der Ausschreibung prima facie hinreichend klar und ausführlich beschrieben. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wurden sowohl die qualitativ schlechten Meldungen als auch allfällige Zusatzaufgaben, wie Rückfragen, Auswertungen und Mutationen, berücksichtigt. Entsprechend stossen die Rügen der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe den diesbezüglichen Sachverhalt unrichtig erfasst, ins Leere.

E. 8.5

Die Beschwerdeführerin bezweifelt im Weiteren, dass mit einer Digitalisierung des Meldeprozesses Kosten eingespart werden können. Einerseits könne die ausgegebene physische Vignette zur Identifizierung der Anlage nicht durch eine digitale Lösung ersetzt werden, da die Abläufe mit der herkömmlichen Vignette für die Firmen einfacher seien. Auch würden die bisher gemachten Erfahrungen aufzeigen, dass nur wenige Anmeldungen online eingegangen seien, seit die Beschwerdeführerin als aktuelle Betreiberin der Meldestelle diese Möglichkeit anbiete.

E. 8.5.1

Im Zusammenhang mit der Frage zur Digitalisierung des Meldeprozesses wird im Pflichtenheft bei der Beschreibung der Grundleistung (Ziff. 3.2.2 (i)) Folgendes festgehalten: "Der Auftragnehmer informiert auf einer von ihm betriebenen Internetseite über das Meldeverfahren und stellt die Meldeformulare online zur Verfügung. Er kann auch verschiedene Arten der Informationsübermittlung durch die Meldepflichtigen anbieten, jedoch muss jede Informationsübermittlung unveränderbar, nachverfolgbar und davon mindestens eine Variante nicht-elektronisch sein. Für die nicht-elektronische Meldung stellt der Auftragnehmer auf Anfrage gedruckte Formulare auf dem Postweg zur Verfügung. Der Auftragnehmer stellt selbstklebende Etiketten mit einer Identifikationsnummer zur Verfügung, welche den Meldepflichtigen als optionale Hilfestellung zur Kennzeichnung der Anlagen gemäss Anhang 2.10 Ziff. 5 Absatz 1 ChemRRV dienen. [...]" Gemäss Anhang 2.10 Ziff. 5.1 der Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung vom 18. Mai 2005 (ChemRRV, SR 814.81) legt das BAFU für jede Anlage eine Nummer fest und teilt diese der meldepflichtigen Person mit, die eine stationäre Anlage mit mehr als 3 kg Kältemitteln in Betrieb genommen hat oder in Betrieb nimmt (Abs. 4). Sodann hat die meldepflichtige Person die vom BAFU mitgeteilte Nummer umgehend sichtbar, leicht lesbar und dauerhaft auf der Anlage anzubringen (Abs. 5).

E. 8.5.2

Die Vergabestelle weist somit zurecht darauf hin, dass in der Ausschreibung keine vollständige Ablösung des nicht-elektronischen Meldeverfahrens verlangt worden ist und es den Anbietern freistand, zusätzlich zur nicht-elektronischen Meldung andere Varianten zu entwickeln und gegebenenfalls zu offerieren. Dass eine weitergehende Digitalisierung des Meldeprozesses zu einer Effizienzsteigerung und zu einer Kostenreduktion führen kann, ist jedenfalls prima facie nicht auszuschliessen, auch wenn nicht-elektronische Meldungen weiterhin möglich sein sollen. Da es der öffentlichen Vergabebehörde zusteht, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E.3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. "Rohre für Kühlwasser"), verfügt sie bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 aBöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3; Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

E. 8.5.3

Die Vergabestelle hat ihr Ermessen prima facie nicht überschritten, wenn sie zusätzlich zum nichtelektronischen Meldeprozess die Möglichkeit eines elektronischen Meldeprozesses vorsah.

E. 8.6

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, in der Ausschreibung seien das Führen des Wartungshefts sowie die sich im Umlauf befindlichen Meldekarten und die bereits ausgegebenen Meldekarten nicht berücksichtigt worden.

E. 8.6.1

Die Vergabestelle wendet dagegen ein, dass dies bewusst von der Ausschreibung ausgenommen worden sei, da die Pflicht zur Führung des Wartungshefts nicht Teil der Meldepflicht sei. Die Anlageninhaber sollten zukünftig für den Druck und die Nachführung des Wartungshefts selber verantwortlich sein und keine materielle oder inhaltliche Unterstützung durch die Meldestelle mehr erhalten. Gemäss Anhang 2.10 Ziff. 3.5 Abs. 1 ChemRRV müssen Inhaberinnen von Geräten und Anlagen, welche mehr als 3 kg Kältemittel enthalten, dafür sorgen, dass ein Wartungsheft geführt wird. Da die Führung des Wartungshefts nicht Bestandteil der Meldepflicht ist (vgl. Anhang 2.10 Ziff. 5.1 ChemRRV), ist der Entscheid der Vergabestelle, wonach die Meldestelle inskünftig für den Druck und die Führung des Wartungshefts keine Unterstützung mehr anbieten wird, grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Vergabestelle hat ihr Ermessen prima facie somit nicht überschritten, wenn sie das Wartungsheft in der Ausschreibung nicht berücksichtigt hat.

E. 8.6.2

Gleiches gilt für die Nichtberücksichtigung der sich im Umlauf befindlichen Meldekarten und der bereits ausgegebenen Abmeldekarten. Die Verarbeitung der Karten wurde von den Meldepflichtigen mit der für die Meldung erhobenen Gebühr bereits bezahlt und dürfte durch die Beschwerdeführerin als aktuelle Betreiberin der Meldestelle zu erbringen bzw. mit dieser im Rahmen einer allfälligen Vertragsauflösung zu regeln sein. Prima facie ist somit nicht zu beanstanden, wenn die sich im Umlauf befindlichen Meldekarten und die bereits abgegebenen Abmeldekarten bei der Umschreibung des Auftrags nicht erwähnt wurden.

E. 8.6.3

Schliesslich gibt auch die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. c aBöB) dem einzelnen Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des - aus seiner Sicht - "richtigen" Produkts zu erstreiten (Urteil des BVGer B-4387/2017 E.3.2).

E. 8.7

Die Beschwerdeführerin rügt als weiteren Punkt, dass die Vergabestelle angesichts der günstigeren Angebote der Mitbewerberinnen verpflichtet gewesen wäre, diesbezügliche Rückfragen zu stellen. Denn es könne kaum angehen, dass die Beschwerdeführerin als langjährige Betreiberin der Meldestelle, eine signifikant teurere Offerte eingereicht habe als die Mitbewerberinnen. Demgegenüber macht die Vergabestelle geltend, sie habe aufgrund der klaren und vollständigen Ausweisungen der erwarteten Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen und der eingegangenen Offerten keinen Anlass gesehen, die offerierten Preise als unüblich zu qualifizieren oder von einer mangelnden Vergleichbarkeit der Offerten auszugehen. Sie habe vielmehr mit einer Reduktion der Kosten im Vergleich zu den Betriebsaufwänden der aktuellen Meldestelle gerechnet.

E. 8.7.1

Gemäss Ziff. 4.3 der Ausschreibung hat die Vergabestelle Preisverhandlungen vorbehalten, wenn besondere Umstände wie die Klärung oder Konkretisierung der Anforderungen dies erfordern oder sie den Preis als unüblich erachtet. Vorliegend ist mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass die erwarteten Leistungen in der Ausschreibung klar umschrieben und die offerierten Preise nachvollziehbar waren. Mit dem Verzicht auf die Bereitstellung des Wartungshefts und auf weitergehende Auswertungen durfte die Vergabestelle mit einer

Reduktion der Kosten rechnen, zumal auch davon auszugehen ist, dass mit einer weitergehenden Digitalisierung der Meldeprozesse eine Effizienzsteigerung erreicht werden kann. Entsprechend bestand kein Grund für die Vergabestelle, Preisverhandlungen zu führen. Selbst wenn sich die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte geirrt hätte, gäbe es grundsätzlich keine vergaberechtliche Rechtfertigung, sie nach Ablauf der Eingabefrist eine neue Offerte abgeben oder die abgegebene Offerte ändern zu lassen. Einen Ausnahmefall würden höchstens Verhandlungen zwecks Offertbereinigung bilden. Die Vergabestelle war jedoch nicht verpflichtet, im Interesse der Beschwerdeführerin nach Fehlern und Irrtümern zu suchen (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 2187 ff., Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 684 ff.).

E. 8.7.2

Prima facie erweist sich somit auch die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe es unterlassen, wegen unüblicher Preise Rückfragen zu stellen, als offensichtlich unbegründet.

E. 8.8

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich sämtliche in der Beschwerde vorgebrachten Rügen insgesamt als offensichtlich unbegründet erweisen, soweit diese nicht verspätet vorgebracht worden sind (vgl. E. 7.3 hiervor). Auf die Abnahme der von der Beschwerdeführerin angebotenen Beweismittel, insbesondere auch auf Parteibefragungen zu diesen Fragen ist daher in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

E. 8.9

Schliesslich zielen die in der Replik vom 26. Januar 2021 vorgebrachten zwei neuen Rechtsbegehren, es sei für die Zuschlagskriterien 5 und 6 jeweils die Note 5 anstelle der gegebenen Noten 4 bzw. 3 zu geben, unabhängig der Frage, ob sie überhaupt rechtzeitig gestellt wurden, an der Sache vorbei und sind abzuweisen. Die Beschwerdeführerin weist nach der Evaluation bezüglich der Zuschlagskriterien eine Durchschnittsnote von 4.21 auf. Damit liegt sie gemessen an den Durchschnittsnoten (4.75 und 4.58) der Mitbewerberinnen gemäss Evaluationsbericht an dritter Stelle. Bei Gutheissung der beiden neuen Rechtsbegehren bekäme die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium 5 (Erfahrung der Schlüsselpersonen im Umgang mit dem schweizerischen Umweltrecht) eine gewichtete Note (5%) von 0.25 (statt bisher 0.2) und beim Zuschlagskriterium 6 (Fundierte mündliche und schriftliche Sprachkenntnisse der Schlüsselpersonen) eine gewichtete Note (10%) von 0.5 (statt bisher 0.3). Somit würde die neue Gesamtdurchschnittsnote 4.46 (statt bisher 4.21) betragen. Aber auch mit diesem Wert verbliebe die Beschwerdeführerin auf dem dritten Rang und käme somit für einen Zuschlag weiterhin nicht in Frage.

E. 9

Daraus ergibt sich, dass das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne Interessenabwägung abzuweisen ist (vgl. E. 4.3 hiervor). Dementsprechend fallen die in Ziff. 3 und 4 der Instruktionsverfügung vom 20. November 2020 superprovisorisch angeordneten Massnahmen (Unterbleiben des Vertragsabschlusses bzw. Stillschweigen betreffend Systemwechsel) dahin.

E. 10

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

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