

BVGer B-587/2019 vom 3. April 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-04-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-587_2019

FR: TAF B-587/2019 du 3 avril 2019

IT: TAF B-587/2019 del 3 aprile 2019

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.2

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

E. 1.3

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

E. 1.3.1

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Zuschlags und eine Neubewertung ihrer Offerte. Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten so hätte die Beschwerdeführerin als an dritter Stelle rangierte Anbieterin (48 Punkte Rückstand auf die Zuschlagsempfängerin bzw. 11 Punkte auf die Zweitplazierte) eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H., Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2).

E. 1.4

Die Anfechtung der am 15. Januar 2019 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 30 BöB). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Mit der Ernennung einer Rechtsvertreterin, die sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen hat (Art. 11 VwVG), wird auch das Erfordernis an ein Zustellungsdomizil erfüllt (Art. 11b Abs. 1 VwVG).

E. 1.5

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

E. 2

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

E. 2.1

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

E. 2.2

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die "Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs" den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 2.2, Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11], wobei an das Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5 "Projektcontrollingsystem Alp Transit"; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 158).

E. 2.3

Die Vergabestelle beschreibt den Beschaffungsgegenstand gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibungspublikation wie folgt: "Im Rahmen der Instandhaltungsarbeiten in den Werken und Serviceanlagen von P-OP sind regelmässige sowie sicherheitsrelevante Prüfungen von Wellen, Rädern und Radsätzen auf Materialermüdung durchzuführen. Diese Arbeiten werden mit Hilfe von ZfP- Anlagen (Zerstörungsfreie Prüfung) auf der Basis von Ultraschall und Wirbelstrom durchgeführt. Die bereits bestehenden Prüfanlagen sind bis zu 10 Jahre alt und müssen aus diesem Grund in den nächsten Jahren ersetzt werden. Zudem besteht auf Grund des Flottenwachstums Bedarf an zusätzlichen Prüfanlagen." Beschafft werden sollen zwei Typen von Anlagen zur Prüfung von Radsatzwellen mit Längsbohrung mittels Ultraschall, die sich durch verschiedene prozesstechnisch bedingte Details unterscheiden. Die Vergabestelle erwartete ein Hauptangebot für 5 mobile und 1 stationäre Hohlwellenprüfanlagen. Zusätzlich waren 3 mobile und 1 stationäre Hohlwellenprüfanlagen als Optionsanlagen zu offerieren. Darüber hinaus hielt sich die Vergabestelle das Recht vor, weitere 7 Anlagen zu beziehen (vgl. Ziff. 4.5 der Ausschreibung). Dem soeben beschriebenen Gegenstand der Beschaffung ist zunächst ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der Vergabestelle zuzuerkennen. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 2 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Dies wird von der Vergabestelle nicht bestritten.

E. 2.4

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 9. Juli 2018 von einem "Lieferauftrag" aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB bedeutet der Begriff "Lieferauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Die Qualifikation der zu beschaffenden Hohlwellenprüfanlagen als Lieferauftrag ist prima-facie nicht zu beanstanden.

E. 2.5

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei EUR 5'746'562.- (exkl. MWST) und übersteigt damit zweifelsfrei den Schwellenwert für Lieferungen von Fr. 700'000 gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12).

E. 2.6

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

E. 2.7

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

E. 3

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet wie bereits erwähnt der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch

hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 3.1

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

E. 3.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Entscheid BVGE 2007/13 E. 2.2 "Vermessung Durchmesserlinie"), einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven

Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H.; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3).

E. 4

Im Folgenden ist prima facie zu prüfen, ob der Beschwerde materiell Erfolgchancen eingeräumt werden können. Die Beschwerdeführerin bringt insbesondere Rügen im Zusammenhang mit der Bewertung ihres Systems hinsichtlich Qualität und Wirtschaftlichkeit vor. Gemäss Evaluationsbericht wurden der Offerte der Beschwerdeführerin 379 Punkte (ohne Zusatzkosten Referenzwellen) bzw. 383 Punkte (mit Zusatzkosten Referenzwellen) erteilt, währenddessen diejenige der Zuschlagsempfängerin 427 bzw. 438 Punkte erreicht hat.

E. 4.1

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2, B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2.1). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosses technisches Ermessen zu, wobei das Bundesverwaltungsgericht reine Angemessenheitsfragen nicht überprüft (Art. 31 BöB). Zulässig ist nur die Rüge der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG). Greift das Gericht in den rechtmässig ausgeübten technischen Ermessensspielraum der Vergabebehörde ein, verletzt es das Recht (vgl. BGE 141 II 14 E. 2.3). 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-620/2018 vom 13. Juni 2018 E. 8.2; Galli/Moser/Lang/Steiner a.a.O., Rz. 1388).

E. 4.2

Kriterium "Prüftechnische Anforderungen: CAD-Schnittstelle" Gemäss Vergabestelle handelt es sich dabei um einen Bestandteil der Bewertung des Zuschlagskriteriums (ZK) 1.2 "Umsetzung der technischen Anforderungen, verwendete Technik und Software: Prüftechnische Anforderungen". Die Vergabestelle bewertete dieses Unterkriterium bei der Beschwerdeführerin mit 37 und bei der Zuschlagsempfängerin mit 50 Punkten.

E. 4.2.1

Die Beschwerdeführerin rügt die "Negativbewertung" betreffend die fehlende CAD-Schnittstelle (CAD steht für "computer aided design" und beschreibt das computergestützte Entwerfen technischer Zeichnungen mit der Möglichkeit, Prüfprogramme / Umschaltpunkte automatisch zu generieren). Die Funktion der automatischen Prüfprogrammstellung sei entgegen der Auffassung der Vergabestelle vorhanden und seit vielen Jahren nachweislich im Einsatz. Darauf habe sie im Bietergespräch mit Verweis auf die entsprechende Beschreibung in den technischen Spezifikationen explizit hingewiesen. Im Übrigen hätte diese Funktionalität in der Ausschreibung verlangt werden müssen.

E. 4.2.2

Die Vergabestelle bezweifelt, dass die Beschwerdeführerin über eine erprobte CAD-Schnittstelle verfügt, weshalb das Zusammenspiel der CAD-Schnittstelle mit der automatischen Prüfprogrammerstellung nicht gegeben sei. Da die Offerte der Beschwerdeführerin in diesem Punkt die Minimalanforderungen erfüllt habe, sei kein Punktabzug erfolgt. Hingegen seien andere Anbieter diesbezüglich besser bewertet worden, da diese ein solches Zusammenspiel hätten nachweisen können. Diese Argumentation der Vergabestelle stimmt mit den Ausführungen gemäss der "Detailevaluation Zuschlagskriterien Qualität" zum ZK Nr. 1.2 überein. Darin wurde unter der Detailbewertung hinsichtlich der Erstellung der Prüfgeometrie (Zusammenspiel CAD-Schnittstelle mit automatischer Prüfprogrammerstellung) bei der Beschwerdeführerin festgehalten, dass die Prüfgeometrie manuell erstellt werde (Baukasten) und eine CAD-Schnittstelle in Entwicklung sei.

E. 4.2.3

Mangels entsprechender Protokollierung ist beweismässig nicht erstellt, wonach die Beschwerdeführerin anlässlich des Bietergesprächs vom 25. September 2018 ausgesagt habe, dass eine CAD-Schnittstelle (lediglich) "angestrebt werde", wie dies die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 22. Februar 2019 ausführt. Hingegen ergeben sich aus den Angebotsunterlagen der Beschwerdeführerin tatsächlich keine Hinweise, wonach die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte über eine automatische Prüfprogrammerstellung verfügt hätte. Dies kann aus den Schulungsunterlagen der Beschwerdeführerin (Powerpointpräsentation "Hohlwellenprüfanlage Mobile Prüfanlage für Radsatzwellen mit Längsbohrung vom 23. Februar 2018; unter "Basisprogramm einrichten") geschlossen werden, wonach die "Wellengeometrie" eingegeben und "PGC oder TGC" zugeordnet werden müssen. Dies spricht dafür, dass die Prüfprogrammerstellung manuell vorzunehmen ist.

E. 4.2.4

Der Beschwerdeführerin ist hingegen zuzustimmen, dass aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ohne Weiteres ersichtlich war, wonach die Funktionalität der automatischen Prüfprogrammerstellung bzw. deren Zusammenspiel mit der CAD-Schnittstelle explizit verlangt worden wäre. Soweit die Beschwerdeführerin mit der Rüge, dass die Vergabestelle diese Funktionalität in der Ausschreibung explizit hätte verlangen müssen, sinngemäss eine Verletzung des Transparenzgebots geltend machen will, ist Folgendes zu sagen:

E. 4.2.4.1

Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB will der Bund mit diesem Gesetz das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten.

E. 4.2.4.2

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. 7 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; vgl. Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.1 m.H.). 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 m.H.).

E. 4.2.4.3

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 verändern. Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (BVG 2017 IV/3 E. 4.3.5 sowie Urteile B-6837/2010 E. 3.2 und B-891/2009 E. 3.4 m.H.).

E. 4.2.4.4

Wenn die Vergabestelle Subkriterien festlegt, welche sie zu verwenden gedenkt, muss sie diese unter Nennung ihrer jeweiligen Gewichtung den Offerenten ebenfalls im Voraus mitteilen. In jedem Fall verbietet es das Transparenzprinzip, die Zuschlagskriterien nach der Einreichung der Angebote wesentlich zu ändern. Allerdings verlangt es grundsätzlich nicht auch die vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, jedenfalls soweit sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine überragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht (BGE 130 I 241 E. 5.1). Ebenso wenig müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein einfaches Evaluationsraster oder andere Hilfsmittel, welche dazu bestimmt sind, die verwendeten Kriterien und Subkriterien festzuhalten (beispielsweise eine Notenskala oder eine Kalkulationsmatrix), den Anbietenden notwendigerweise im Voraus bekanntgegeben werden. 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 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Urteil B-6837/2010 E. 3.3 m.H.).

E. 4.2.4.5

Vorliegend verhält es sich so, dass die Offerte der Beschwerdeführerin in diesem Punkt nach Auffassung der Vergabestelle die Minimalanforderungen erfüllt hat und - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin - auch bewertet wurde. Hingegen erhielten Anbieter, deren Produkt über ein Zusammenspiel "CAD-Schnittstelle / automatische Prüfprogrammerstellung" verfügten, eine bessere Bewertung. Die Vergabestelle führt in ihrer Vernehmlassung aus, dass ein solches Zusammenspiel ein einfacheres Erstellen von eigenen Prüfprogrammen ermögliche. Dies sei in technischer Hinsicht wichtig, weil eine realisierte und erprobte CAD-Schnittstelle die genaue Generierung der Wellenoberfläche erlaube und eine schnelle, präzise und automatisierte Prüfprogrammerstellung ermögliche. Obwohl die von der Vergabestelle bewertete Funktionalität der automatischen Prüfprogrammerstellung bzw. deren Zusammenspiel mit der CAD-Schnittstelle in den Ausschreibungsunterlagen präziser hätte umschrieben werden können, kann die

Beschwerdeführerin gleichwohl nicht behaupten, dieses Subkriterium sei überraschend bewertet worden. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich genügend Hinweise, was sich die Vergabestelle unter dem Zuschlagskriterium 1.2 "Umsetzung der technischen Anforderungen, verwendete Technik und Software: Prüftechnische Anforderungen " vorgestellt hat. Im technischen Pflichtenheft wurde beispielsweise klar verlangt, dass die von der Lieferantin erstellte Hilfssoftware zur schnelleren bzw. erleichterten Erstellung von Prüfprogrammen der Auftraggeberin zur Verfügung zu stellen sind (Ziff. 3.3.1). Schliesslich haben auch die Konkurrenten Angaben zum Vorliegen einer CAD-Schnittstelle gemacht. Entsprechend lässt sich das allenfalls transparent zu machende Subkriterium ohne Weiteres unter das Hauptzuschlagskriterium subsumieren, weshalb jedenfalls keine schwere Verletzung des Transparenzgebots anzunehmen ist. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, wird sich prima facie am Endergebnis, dass die Beschwerdeführerin keine Chance auf die Zuschlagserteilung hat, auch im Fall der für sie günstigsten Benotung in Bezug auf dieses Zuschlagskriterium, nichts ändern.

E. 4.3

Kriterium "Mechanische Anforderung: Eigengewicht" Gemäss Vergabestelle handelt es sich dabei um einen Bestandteil der Bewertung des Zuschlagskriteriums 1.1 "Umsetzung der technischen Anforderungen und verwendete Technik: Mechanischer Anlagenteil". Die Vergabestelle bewertete dieses Unterkriterium bei der Beschwerdeführerin mit 37 und bei der Zuschlagsempfängerin mit 50 Punkten.

E. 4.3.1

Die Beschwerdeführerin rügt die "Negativbewertung" ihrer Anlage aufgrund des hohen Eigengewichts. Das Gewicht sei aufgrund jahrelanger Erfahrungen mit dem System so bestimmt worden. Eine Verringerung desselben könne unter bestimmten Umständen zu einer Kippneigung führen. Ohnehin könne das System mit einem elektrischen Antrieb verschoben werden, so dass das Gewicht keinen relevanten Einfluss auf die Bedienerfreundlichkeit habe. Vielmehr habe die Anlage dadurch ein besseres Handling.

E. 4.3.2

Die Vergabestelle führt demgegenüber aus, es sei als Grundanforderung eine Prüfanlage "zum Verschieben zwischen den Radsätzen" ausgeschrieben worden. Es sei allgemein bekannt, dass ein "Verschieben" die manuelle Positionierung der Anlage bedeute. Ein "motorisiertes" Verschieben sei demgegenüber explizit als anzubietende Option gefordert worden. Es liege in der Kompetenz der Vergabestelle, die Anforderungen auf ihre Situation hin und nach ihrem Bedarf festzulegen.

E. 4.3.3

Aus dem technischen Pflichtenheft "Ultraschallprüfanlagen zur Prüfung von Radsatzwellen mit Längsbohrung" (nachfolgend: technisches Pflichtenheft; Ziff. 3, S. 5) ergibt sich in Bezug auf die mobilen Prüfanlagen, welche eher für den Einsatz in der leichten Instandhaltung vorgesehen sind, dass die Prüfanlage zur Welle kommen soll, wobei das Fahrzeug auf einem Gleis steht und nicht bewegt wird. Die Prüfanlage wird zur Prüfung von einer Welle zur nächsten "verschoben" und muss in den örtlichen Gegebenheiten (z.B. zwischen zwei Gleisen) eingesetzt werden können. Dass mit dem "Verschieben" nur eine manuelle und nicht eine motorisierte Positionierung der Anlage gemeint sein kann, ist aus dem Umstand, dass optional eine selbstfahrende bzw. elektrisch zu fahrende anzubieten war (technisches Pflichtenheft Ziff. 3.1.4 und 3.3.3 sowie Preisblatt Anlagen Mobil Ziff. 2.2,

Zeile 12), ohne Weiteres ersichtlich. Die Vergabestelle sieht ein niedrigeres Gewicht bei einer manuellen Anlage als Vorteil. Gleiches gelte bei einem allfälligen Ausfall des Antriebs, sei es beispielsweise wegen Nichtladens der Batterien oder technischer Probleme mit der Anlage. Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle auch bei der Festlegung der technischen Spezifikationen der zu beschaffenden Ware ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift (Zwischenverfügung des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 5.3 m.H.). Unter Beachtung dieses breiten Ermessensspielraums ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle als Grundanforderung eine manuell positionierbare Prüfanlage ausgeschrieben und das motorisierte Verschieben derselben als Option gefordert hat. Aus ihrer Begründung ergibt sich in nachvollziehbarer Weise, weshalb die Offerte der Beschwerdeführerin, die kein manuelles Verschieben der Anlage vorsah, niedriger bewertet wurde, als andere Offerten, in welchen die nachgefragte Ausführung angeboten wurde. Auch ist das Argument der Beschwerdeführerin, wonach eine Verringerung des Gewichts zu einer Kippneigung führen könnte, nicht stichhaltig, da - wie die Vergabestelle zu Recht ausführt - nebst dem Eigengewicht noch andere Faktoren, wie Konstruktion, Schwerpunkt und Auflagefläche massgebend sind. Prima facie scheint die Vergabestelle bei der Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin in diesem Punkt nicht vergaberechtswidrig vorgegangen zu sein.

E. 4.4

Kriterium "Mechanische Anforderung: Referenzwellen" / "Umsetzung Taktfertigung stationäre Anlagen" Bei den diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin handelt es sich um einen Bestandteil der Bewertung des Zuschlagskriteriums 1.1 "Umsetzung der technischen Anforderungen und verwendete Technik: Mechanischer Anlagenteil" sowie des Zuschlagskriteriums 1.4 "Umsetzung Taktfertigung Stationäre Anlagen". Bei der Bewertung dieser Unterkriterien erteilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin 37 (ZK 1.1) bzw. 30 (ZK 1.4) Punkte und der Zuschlagsempfängerin 50 (ZK 1.1) bzw. 40 (ZK 1.4) Punkte.

E. 4.4.1

Die Beschwerdeführerin rügt, dass eine zu hohe Anzahl von benötigten Testwellen zu einer schlechteren Bewertung ihrer Offerte geführt habe. Arbeite man aber mit einer verminderten Anzahl von Referenzwellen, so würden Sonden für bestimmte Durchmesser von Wellen nie überprüft und verifiziert werden. Mit einer solchen Prüfpraxis würden anerkannte internationale Standards und Normen nicht eingehalten.

E. 4.4.2

Die Vergabestelle weist darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihre Feststellung nicht begründe, wonach die hohe Anzahl von benötigten Testwellen negativ bewertet worden sei. Auch führe die Beschwerdeführerin nicht näher aus, welche internationalen Normen und Standards zusätzlich einzuhalten wären. Die SBB sei als Fahrzeugeignerin berechtigt, mit ihren Spezialisten als Kompetenzstelle ZfP (zerstörungsfreie Prüfung) zu figurieren und die technischen Anforderungen zu erstellen und zu validieren. Wie bis anhin werde die SBB pro Anlage für die Validierung des jeweiligen SONDENSYSTEMS jeweils pro Wellendurchmesser eine Referenzwelle zur Verfügung stellen. Diese Vorgehensweise sei der Beschwerdeführerin bereits zu Beginn der Ausschreibung bekannt gewesen.

E. 4.4.3

Soweit die Vergabestelle geltend machen will, die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin seien verspätet, da sie bereits mit Beschwerde gegen die Ausschreibung hätten vorgebracht werden müssen, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Rügen der Beschwerdeführerin zur Vorgehensweise bzw. zu den prüftechnischen Anforderungen der Vergabestelle betreffen nicht die Ausschreibung selbst, sondern die Ausschreibungsunterlagen. Diese Anforderungen sind im technischen Pflichtenheft (Ziff. 3.1 ff.) umschrieben, welches als Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen ab dem Tag der Ausschreibungspublikation, dem 9. Juli 2018, zur Verfügung stand. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts können Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand zwar 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 grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 m.H. "Suchsystem Bund"). Folglich sind diese Rügen der Beschwerdeführerin im Rahmen einer prima facie-Prüfung zu würdigen.

E. 4.4.4

Die Rügen hinsichtlich einer allfälligen Nichteinhaltung internationaler Normen und Standards durch die Vergabestelle werden von der Beschwerdeführerin nicht näher substantiiert und begründet. Ohnehin steht es der Vergabebehörde frei, darüber zu bestimmen, welche konkreten Anforderungen sie mit welcher Qualität und nach welchen Standards stellen will (vgl. E. 4.3.4 hievor). Dieser grosse Spielraum kommt der Vergabestelle auch bei der Festlegung der technischen Spezifikationen der zu beschaffenden Ware zu. Es ist somit nicht zu beanstanden, wenn sie bei der Erstellung und Validierung des Pflichtenhefts ihre Spezialisten als Kompetenzstelle ZfP (zerstörungsfreie Prüfung) beizieht und für die Prüfung an Hohlwellen ausschliesslich deren validierte Prüfanweisungen und deren Inhalte als massgeblich erachtete und es auch den Anbietern überlassen hat, aufgrund ihrer Erfahrungen und Kompetenzen eine prüfungstechnische Lösung (fixe oder flexible Sondensysteme) vorzuschlagen. Demnach erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet, wonach gestützt auf die Norm DIN 27201-7 der Umbau einer Sonde einen Eingriff in das Prüfsystem bedeute, weshalb danach zwingend die Funktion des Gesamtsystems anhand einer Referenzwelle überprüft werden müsse, um den Nachweis der vollen Funktion des Systems zu erbringen. Die Vergabestelle legt nachvollziehbar dar, weshalb sie in Bezug auf den mechanischen Umbau einer Sonde, nebst der Erfüllung der Norm EN 12668-3, auf welche im technischen Pflichtenheft (Ziff. 3.3.1) verwiesen wird, keiner weiteren Nachweise bedurfte. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin ist prima facie auch nicht davon auszugehen, dass die Ausführungen der Vergabestelle im technischen Pflichtenheft betreffend Justierung und Empfindlichkeitsausgleich (Ziff. 3.1.8) ungenügend oder unklar wären bzw. dass technisch relevante Informationen verschwiegen worden wären. Insbesondere wird an dieser Stelle auch das Trennen der physischen Verbindung zwischen den Prüfköpfen und der Prüfelektronik geregelt.

E. 4.4.5

Die Bewertung der mechanischen Anforderung "Referenzwellen" befindet sich in der Evaluation "Detailbewertung Qualität". Die Vergabestelle bemängelt hinsichtlich der Prüfköpfe beim System der Beschwerdeführerin (ZK 1.1), dass für 30 mm systemspezifische Köpfe und ab 40 mm einheitliche Köpfe bestehen würden, womit unklar sei, was gelte und was umgesetzt werden solle. Im Gegensatz dazu biete die Lösung der Zuschlagsempfängerin einheitliche Prüfköpfe. Gestützt darauf schätzt die Vergabestelle den Aufwand für das Handling mit den Referenzwellen bei der Beschwerdeführerin als hoch und bei der Zuschlagsempfängerin als gering ein. Diese Begründung macht die schlechtere Beurteilung der Offerte der Beschwerdeführerin in diesem Punkt prima facie nachvollziehbar.

E. 4.4.6

Die Beschwerdeführerin bemängelt weiter die Bewertung des stationären Systems, da flexible Sonden nicht zwingend eine Zeitersparnis bringen würden. Die Vergabestelle hält dagegen, dass nie von einer Zeitersparnis die Rede gewesen sei. Die Einhaltung der vorgegebenen Zeiten seien von allen Anbieterinnen eingehalten worden, weshalb diesbezüglich keine Negativbewertung abgegeben worden sei. Gemäss dem technischen Pflichtenheft (Ziff. 3.2) wurde eine Durchlaufzeit (Prüfzeiten bei befundfreier Prüfung und Handling) von 20 Minuten vorgegeben. Die Bewertung der mechanischen Anforderung "Umsetzung Taktfertigung Stationäre Anlagen" (ZK 1.4) findet sich in der Evaluation "Detailbewertung Qualität". Die Vergabestelle hält diesbezüglich fest, dass die Gesamtprüfzeit bei der Anlage der Beschwerdeführerin inklusive Handling und Dokumentation bei optimierter Verwendung von zwei Systemen ca. 40 Minuten betrage. Bemängelt wurde hingegen der als hoch geschätzte Aufwand bei der Erweiterbarkeit der stationären Anlage (eine neue Lanze mit Referenzwelle pro zusätzlichen Durchmesser). Entsprechend erachtete die Vergabestelle die Einhaltung der Taktzeit mit zusätzlichen Bohrungsdurchmessern als unwahrscheinlich. Demgegenüber wurde der Aufwand betreffend Erweiterbarkeit der stationären Anlage der Zuschlagsempfängerin als gering angesehen. Ebenfalls erachtete die Vergabestelle die Einhaltung der Taktzeit mit zusätzlichen Bohrungsdurchmessern als problemlos. Auch unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich prima facie keine Anhaltspunkte, wonach die tiefere (aber immer noch genügende) Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Offerte der Zuschlagsempfängerin rechtsfehlerhaft bzw. willkürlich erfolgt wäre. Zusammenfassend ergibt sich prima facie, dass sich die Rügen der Beschwerdeführerin in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet erweisen. Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Bewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin fehlen.

E. 4.5

Kriterium "Wirtschaftlichkeit" Die Beschwerdeführerin rügt die Bewertung ihres Angebots hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Wirtschaftlichkeit" (ZK 2.3 "Betriebskosten (LCC)" für welches sie 2.6 von 5 möglichen Punkten erhalten habe. Obwohl der von ihr offerierte Preis um 200'000.- Euro tiefer gewesen sei, sei ihr Angebot schlechter als dasjenige der Zuschlagsempfängerin bewertet worden. Das Preisbewertungssystem sei zu überprüfen, da es nicht angehen könne, dass ein um 5 % höheres Angebot den Zuschlag erhalten könne.

E. 4.5.1

Der hinsichtlich der einzelnen Vergabekriterien bereits erwähnte breite Ermessensspielraum der Vergabestelle, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten

Voraussetzungen eingreift (vgl. E. 4.1 hievor) gilt auch bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien (vgl. Urteile des BVerG B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2, B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.2; Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 956), und ebenfalls hinsichtlich der Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Zwischenentscheid des BVerG B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5; vgl. auch Art. 31 BöB).

E. 4.5.2

Die Vergabestelle hat vorliegend mit der Einladung zur Angebotsabgabe die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Wirtschaftlichkeit: 50 %; Qualität: 50 %) bekannt gegeben (Ausschreibung Ziff. 2.10). Das Kriterium Wirtschaftlichkeit wurde wie folgt unterteilt: Investitionskosten Mobile Anlagen [Gewichtung 35%], Investitionskosten Stationäre Anlagen [Gewichtung 35%] und Betriebskosten LCC [Gewichtung 30%]. Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin legt auch nicht näher dar, aus welchen Gründen diese Gewichtung rechtsfehlerhaft ausgefallen sein sollte. Jedenfalls liegt es vorliegend im Spielraum der Behörde, die Wirtschaftlichkeit gleich wie die Qualität zu gewichten. Prima facie erscheint demnach offensichtlich, dass die Vergabestelle bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Rahmen ihres Ermessensspielraums gehandelt hat. Ohnehin könnten solche Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens gegen die Zuschlagsverfügung nicht mehr vorgebracht werden, zumal die Bedeutung und Tragweite der Gewichtung der Zuschlagskriterien ohne weiteres erkennbar waren (vgl. E. 4.4.3 hievor).

E. 4.5.3

Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass den Zuschlagskriterien durch die verwendete Bewertungsskala nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde, was einem rechtswidrigen Verstoss gegen das Transparenzgebot gleichkommen würde. Das für die Preisbewertung geltende Verbot einer "effektiven Gewichtung" durch die Bewertungsmethode, welche die bekannt gegebene Gewichtung verwässert, gilt auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird (zum Ganzen detailliert BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 f.). Vorliegend liegt eindeutig kein Fall einer entsprechenden Verwässerung vor: Zunächst hat die Vergabestelle für die Zuschlagskriterien der Wirtschaftlichkeit (50%) und der Qualität (50%) je Maximalpunktzahlen gewählt, welche dem Verhältnis der publizierten Gewichtung exakt entsprechen. So konnten, ausgehend von einem maximal möglichen Punktetotal von 500, sowohl für den Preis als auch für die qualitativen Kriterien maximal je 250 Punkte erreicht werden. Sowohl hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit als auch der Qualität hat sie die ganze Bandbreite der erzielbaren Punkte angewandt, und in diesem Rahmen den Preis- und Qualitätsunterschieden durch die Punkteabstufung ohne rechtsfehlerhafte Verzerrung Rechnung getragen. In Bezug auf die Preiskurve hat sie in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben, dass das günstigste Angebot (= Note 5) die maximal möglichen Punkte erhält, und Preise, welche 1.5 Mal teurer sind, die Note 0 bzw. null Punkte erlangen. Dazwischen verläuft die Verteilung linear. Die Vergabestelle ist damit von einer theoretischen Preisspanne von 50 % ausgegangen, ohne dadurch ihren Ermessensspielraum zu überschreiten. Eine mangelnde oder zu starke Differenzierung zwischen den Angeboten ist in keiner Hinsicht auszumachen. Überdies verkennt die Beschwerdeführerin, dass ihre Offerte hinsichtlich der Positionen "Investitionskosten Mobile Anlagen" und "Investitionskosten Stationäre Anlagen" je mit der Maximalnote 5, was je 87 Punkten entspricht, bewertet wurde. Einzig hinsichtlich der Position "Betriebskosten (LCC)" erfolgte eine niedrigere Bewertung mit

einer Note 2.6 (entspricht 39 Punkten), nach der oben aufgezeigten Berechnungsmethode. Demnach hat die Vergabestelle prima facie ohne Zweifel im Rahmen ihres Ermessensspielraums gehandelt und nicht gegen das Transparenzgebot verstossen. Es besteht keine rechtswidrige Diskrepanz zwischen der angegebenen Gewichtung der Kriterien und ihrer effektiven Bewertung.

E. 5

Zusammenfassend und nach einer prima-facie-Würdigung ist nicht ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle einen qualifizierten Ermessensfehler begangen und somit gegen Bundesrecht verstossen hätte, indem sie den Zuschlag nicht an die Beschwerdeführerin, sondern an die Anbieterin, welche die höchste Punktzahl erreichte, erteilt hat.

E. 6

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

E. 7

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

E. 8

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens erfolgen mit separater Verfügung.

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