

# **BVGer B-6295/2017 vom 18. Juni 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6295\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6295_2017)

FR: TAF B-6295/2017 du 18 juin 2018

IT: TAF B-6295/2017 del 18 giugno 2018

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) 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. 1.2**

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. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen den Abbruch des Verfahrens (vgl. Art. 29 lit. a in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

#### **E. 1.3.1**

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). 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. 1.3.2**

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 (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im

Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BÖB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 BÖB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung der Reinigungs- und Pflegeprodukte für die Reinigung von Immobilien, RailClean und Personenverkehr, Zugvorbereitung sowie die Leihgabe inkl. Wartung der Dosieranlagen funktional mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BÖB ausgenommen.

#### **E. 1.3.3**

Gemäss Kapitel 1.8 der Ausschreibung und Kapitel 1.3 der Ausschreibungsunterlagen wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BÖB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA).

#### **E. 1.3.4**

Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.- (Art. 2a Abs. 3 lit. b und Abs. 4 VöB in Verbindung mit Art. 1 lit. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

#### **E. 1.3.5**

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BÖB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

#### **E. 1.3.6**

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

#### **E. 2.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG 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. 2.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, die Abbruchverfügung vom 17. Oktober 2017 sei aufzuheben und das Verfahren sei auf dem Stand der Bereinigungsgespräche vom 25. April 2017 wieder aufzunehmen. Bei der Abbruchverfügung handelt es sich um eine anfechtbare Verfügung nach Art. 29 lit. a BöB.

### **E. 2.3**

Die Vergabestelle macht geltend, auf die Beschwerde sei mangels Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Einerseits mache sie, die Beschwerdeführerin, mehrere schwerwiegende Verfahrensverstösse geltend, welche den Abbruch zur Folge hätten, andererseits beharre sie auf der Wiederaufnahme des Verfahrens. Deshalb fehle es der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Interesse. Mit dem Abbruch der Ausschreibung entstünden ihr zudem keine Nachteile, zumal sie in der Neuausschreibung die Möglichkeit habe, ein neues Angebot einzureichen.

#### **E. 2.3.1**

Die Beschwerdeführerin weist zusammenfassend darauf hin, sie sei durch die Abbruchverfügung unmittelbar betroffen. Die von ihr geltend gemachten Verfahrensverstösse führten im Übrigen nicht zum Abbruch, sondern zum Ausschluss der Mitkonkurrentin 1.

#### **E. 2.3.2**

Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung gilt auch für das Vergaberecht (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V. m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1296). Die Frage, ob der Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, stellt eine materielle Hauptfrage des Beschwerdeverfahrens dar. Bereits im Rahmen der Beschwerdelegitimation ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin bei der Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4.6, 4.8 und 4.9). Die Beschwerdeführerin verlangte neben der Aufhebung der Abbruchverfügung zusätzlich die Weiterführung des Evaluationsverfahrens nach dem Stand der Bereinigungsgespräche vom 25. April 2017. Damit hat sie eine reelle Chance auf den Zuschlag, ohne dass ihre Anträge den engen Rahmen des Streitgegenstandes gesprengt hätten (B-1771/2014 vom 21. Oktober 2014 E.1.2.3). Die Beschwerdelegitimation ist zu bejahen.

#### **E. 2.4**

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 2.5**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des

Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; B-536/2013 vom 5. März 2013; B-2386/2014 vom 25. Juni 2014, B-1680/2016 vom 11. April 2016, vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1340 Fn. 3099).

### **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, welche 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiv-effekt 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **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. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche 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., insbesondere S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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 mit Hinweisen; in diesem Sinn auch BVGE 2008/7

E. 3.3). 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 (BVGGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341).

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt in der Hauptsache, es habe keinen ausreichenden Grund für einen Abbruch gegeben, weshalb das Verfahren wieder aufzunehmen sei. Insbesondere erfülle sie, die Beschwerdeführerin, "nahezu sämtliche technischen Lieferbedingungen."

#### **E. 4.1**

Die Vergabestelle begründete den Abbruch der Ausschreibung damit, es sei kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen (Ziff. 3 der Abbruchsverfügung vom 17. Oktober 2017). Sie, die Vergabestelle, habe versucht, den Abbruch zu vermeiden, indem sie den verbliebenen Anbietern, deren Produkte die "technischen Lieferbedingungen nur knapp nicht erfüllten", für die erforderlichen Nachbesserungen eine Frist setzte. Diese sei jedoch fruchtlos verstrichen und die "technischen Lieferbedingungen" seien weiterhin nicht vollständig erfüllt. Deshalb sei sie gezwungen gewesen, das Verfahren abzubrechen. Sie werde die "technischen Spezifikationen" abändern, um danach den Beschaffungsgegenstand erneut auszuschreiben.

#### **E. 4.2**

Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB regelt den Verfahrensabbruch. Ein bundesrechtliches Vergabeverfahren wird definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abgebrochen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von einzelnen Anbietern beabsichtigt ist (BGE 134 II 199 E. 2.3 mit Hinweisen). Literatur und Rechtsprechung unterscheiden zwischen einem definitiven und einem provisorischen Abbruch: Definitiv ist ein Abbruch dann, wenn auf das Beschaffungsgeschäft endgültig verzichtet wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 VöB). Es handelt sich um Fälle, in denen der ursprüngliche Beschaffungsbedarf komplett weggefallen ist, weil das damit verbundene unmittelbare Ziel nicht mehr erreicht werden soll oder kann. Beim definitiven Abbruch soll dem abgebrochenen Verfahren kein neues folgen (vgl. STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, S. 91 Rz. 207). Provisorisch ist der Abbruch, wenn das Verfahren im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen wird (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB; vgl. zum Ganzen: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 792 ff. und Rz. 797 ff. S. 351 ff.; Suter, a.a.O., Rz. 219 S. 98; STEFAN SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Rz. 10 S. 290; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, Rz. 8 S. 785; Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2016 E. 2.3). Der Leistungsbedarf bleibt grundsätzlich bestehen, er soll jedoch erst mittelfristig befriedigt werden (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 219 S. 98). Provisorische Abbrüche machen das Feld für ein neues Verfahren frei, währenddem definitive Abbrüche ein gegenstandsloses Verfahren beseitigen (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 8 S. 785). Anders als beim Verfahrensabbruch im Hinblick auf den endgültigen Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft kann gemäss der Lehre die Vergabebehörde von einem betroffenen Anbieter gezwungen werden, das

laufende Verfahren weiterzuführen und es durch Zuschlagserteilung abzuschliessen, sofern sich die Abbruchverfügung als widerrechtlich erweist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 797 S. 352 f., Urteil des BVGer B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2, Urteil des BGer 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.5).

#### **E. 4.3**

Das Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Verfahrensabbruch darf nicht leichthin angenommen werden (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 799). Er ist zulässig, wenn die Vergabestelle die betreffende Leistung nicht mehr benötigt, die ursprüngliche Umschreibung der Leistung nicht zu einer bedarfsgerechten Beschaffung führt, ein rechtmässiger Zuschlag nicht möglich ist oder das Verfahren zu keinem brauchbaren Ergebnis führt (BGE 141 II 353 E. 6.5 f. und E. 7; Zwischenentscheid des BVGer B-1680/2016 vom 11. April 2016 E. 4, Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005 S. 784 ff.). Umgekehrt wäre ein diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle gegenüber einem Bieter etwa dann anzunehmen, wenn die Vergabestelle in den Vertragsverhandlungen den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 798).

#### **E. 4.4**

Die Vergabestelle umschrieb die technischen Spezifikationen für die vier zu beschaffenden Produkte "Neutralreiniger" (Anhang C1), "Saurer Aussenreiniger" (Anhang C2), "Stark saurer Aussenreiniger" (Anhang C3) und "Stirnfrontreiniger"(Anhang C4) auf jeweils mindestens 16 Seiten. Darin wurden spezifische Ausführungen zu den Anforderungen, unter anderem zu Säurekonzentration, Trübungspunkt, dynamische Oberflächenspannung, Verdünnungswasserverträglichkeit, Lagerstabilität und Materialverträglichkeit gemacht.

#### **E. 4.5**

Das Verfahren zur Bewertung Angebote inklusive der technischen Spezifikationen ist in Kapitel 2.7 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Demnach finden eine formelle Prüfung, eine Beurteilung der Eignungskriterien sowie der "Muss-Zuschlagskriterien" statt (Kapitel 2.7.1 bis 2.7.3.1 der Ausschreibungsunterlagen). Nur wenn der jeweilige Anbieter die Eignungskriterien und die Produkte die Muss-Kriterien erfüllen, werden die Produkte zu den Kleinversuchen zugelassen.

##### **E. 4.5.1**

Im Kleinversuch werden die vier Produkte unter neutralen Bedingungen während ca. 4 Wochen getestet (Plausibilisierung der technischen Lieferbedingungen, Spezifikationen gemäss Pflichtenheft). Die Kleinversuche gelten nur dann als bestanden, "wenn die einzelnen Produkte alle Kriterien der technischen Lieferbedingungen/Spezifikation erfüllen und die gesamte Produktpalette eines Lieferanten die Kleinversuche besteht" (Kapitel 2.7.3.1).

##### **E. 4.5.2**

Sofern mehr als vier Anbieter die Kleinversuche bestehen, behält sich die Vergabestelle die Möglichkeit vor, in einem separaten Beschränkungsverfahren die Zahl der zu den Grossversuchen zugelassenen Anbieter auf vier zu reduzieren (Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10). Dabei werden die Produkte, welche die Kleinversuche bestanden haben, in einem Zwischenschritt anhand der Zuschlagskriterien ZK1 Preis (60 %), ZK3 Logistik/Service (10 %) und ZK4 Nachhaltigkeit/Umweltschutz (10 %) bewertet, das heisst ohne

Berücksichtigung der mit 20 % gewichteten ZK2 Qualität/Grossversuche, analog zu dem in Kapitel 2.7.3.2 beschriebenen Vorgehen in Bezug auf die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien. Für die Grossversuche zugelassen werden maximal vier Anbieter, welche bei diesem separaten Beschränkungsverfahren die höchste Punktzahl erreicht haben.

### **E. 4.5.3**

In den darauf folgenden Grossversuchen werden die Produkte der einzelnen Anbieter während mindestens zwei Wochen untersucht. Jedes Produkt wird anhand von "Spezifikationskriterien" (Subkriterien zum Zuschlagskriterium Qualität) bewertet und erhält dabei eine Note von 1 ("sehr schlechte Erfüllung") bis 5 ("sehr gute Erfüllung"). Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 9, hält sodann fest: "Die Note multipliziert mit der entsprechenden Gewichtung ergibt dabei die Punktzahl für das jeweilige qualitative Zuschlagskriterium. In Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10, wird dazu ergänzt: "Die Produkte müssen bei den Grossversuchen/Kriterien mindestens den Wert 3 erreichen. Wird ein Produkt mit einer Note 3 bewertet oder wird es gar nicht angeboten, so wird es automatisch mit einer 0 in die Bewertung aufgenommen (wir gehen davon aus, dass wir dieses Produkt nicht verwenden können). Wird ein Produkt eines Anbieters mit 0 bewertet, wird automatisch das gesamte Angebot des Anbieters ungültig, da wir einen Lieferanten suchen, der uns die gesamte Produktpalette anbieten kann." Weiter listet die Vergabestelle in Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 11, auf: "Das jeweilige Produkt, welches sich je Kriterium (s. technische Lieferbedingungen) am besten verhält, erhält die Note 5, das zweitbeste die Note 4 und sämtliche genügenden Produkte die Note 3. Die Punkte pro Produkt werden danach zusammengezählt und jedes Produkt mit der höchsten Punktzahl erhält dann die Gesamtnote 5, jenes Produkt mit der zweithöchsten Punktzahl die Note 4 und alle weiteren Produkte die Note 3. Die Noten aller Produkte eines Anbieters werden am Schluss zusammengezählt und es wird der Durchschnitt berechnet. Der beste Schnitt erhält dann die Note 5, der zweitbeste Schnitt die Note 4 und die restlichen genügenden die Note 3. Diese Note wird dann für die Gewichtung des ZK2 verwendet."

### **E. 4.6**

In der ersten Runde der Kleinversuche erfüllte kein Anbieter sämtliche technischen Spezifikationen. Im Gegensatz zu Kapitel 2.7.3.1 der Ausschreibungsunterlagen führte dies aber noch nicht dazu, dass kein Anbieter zu den Grossversuchen zugelassen bzw. das Verfahren abgebrochen wurde. Stattdessen "parkierte" die Vergabestelle diejenigen Angebote, "deren Angebote aufgrund nicht erfüllter formeller Kriterien, nicht erfüllter Eignungskriterien oder eindeutiger Nichterfüllung der technischen Lieferbedingungen keine Chance auf den Zuschlag hatten" und führte die Evaluation mit denjenigen Anbietern, welche die Anforderungen "knapp nicht erfüllten" fort. Die in Abweichung der Ausschreibungsunterlagen vorgenommene Unterscheidung zwischen "eindeutige Nichterfüllung" und "knapp nicht erfüllt" erscheint mit Blick auf das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot der Anbieter prima facie nicht unproblematisch, zumal auch bei den "knapp nicht erfüllten" Produkten der verbliebenen Anbieter teilweise massive Grenzwertüberschreitungen festgestellt worden waren (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 848, Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 "Lüftung Belchentunnel").

#### **E. 4.6.1**

Nach Abschluss der Grossversuche wurden die verbliebenen Anbieter per Mail vom 28. März 2017 zu Bereinigungsgesprächen eingeladen. Im Rahmen dieser Gespräche wurden sie erstmals auf "Schwächen bei den Produkten" hingewiesen (Ziff. 4 der jeweiligen Bereinigungsprotokolle vom 24. April 2017). Gleichzeitig wurde das von der Vergabestelle gewünschte, weitere Vorgehen protokolliert: Demnach "sollten bei einem Zuschlag die genannten Schwächen innerhalb von drei bis sechs Monaten verbessert" werden. Diese Formulierung könnte darauf schliessen lassen, dass die Vergabestelle zu diesem Zeitpunkt davon ausging, die Nachbesserungen hinsichtlich der technischen Spezifikationen wären erst nach einem allfälligen Zuschlag vorzunehmen.

#### **E. 4.6.2**

Von diesem Vorgehen sah die Vergabestelle aber wenige Tage später wieder ab: Mit Schreiben vom 4. Mai 2017 forderte sie die verbliebenen Anbieter auf, die Produkteverbesserungen bis zum 4. Juli 2017 vorzunehmen. Dabei listete sie die Mängel der jeweiligen Produkte einzeln und mit Verweis auf die technischen Spezifikationen C1-C4 auf.

#### **E. 4.6.3**

Nach Eingang der nachgebesserten Produkte wurden die Kleinversuche wiederholt. Dabei stellte sich heraus, dass erneut kein Anbieter sämtliche technische Spezifikationen vollständig erfüllte. Gemäss den Ergebnissen der "Ausschreibung DLR Aussenreinigungsprodukte 2015/2016, 2. Beurteilungsrunde" vom 14. September 2017 kam es zu Abweichungen von definierten Einsatzbedingungen, Verwendung von verbotenen Inhaltsstoffen, unzureichende Härtestabilisierung, Unverträglichkeiten mit Plexiglas und Lack und unzulässige Korrosionswerten.

#### **E. 4.7**

Technische Spezifikationen sind absolute Kriterien. Ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten", Urteil des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser", Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Juni 2005, in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 Nr. 48 E. 2d).

#### **E. 4.8**

Die in der zweiten Beurteilungsrunde festgehaltenen Mängel für jeden verbliebenen Anbieter erscheinen nicht unerheblich und wiegen umso schwerer, als die verbliebenen Anbieter bereits einmal Gelegenheit zur Nachbesserung hatten. Ein rechtmässiger Zuschlag erscheint unter diesen Umständen - insbesondere auch den "parkierten" Anbietern gegenüber - nicht möglich. Ein diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle, welche die technischen Spezifikationen überarbeiten und den Beschaffungsgegenstand neu ausschreiben will, ist nicht zu erkennen. Der Abbruch mangels Eingang von anforderungsgerechten Angeboten durch die Vergabestelle erscheint prima facie nicht rechtsfehlerhaft.

#### **E. 5**

Unabhängig der weiteren Rügen ist im Rahmen der aufschiebenden Wirkung bei der Bewertung der Angebote auch noch auf eine mögliche Diskrepanz zwischen der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Gewichtung und der "effektiven" Gewichtung der Qualität zu prüfen (vgl. dazu Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 7.4

[zur Publikation vorgesehen]).

### **E. 5.1**

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-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3; 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). Die Vergabestellen verfügen bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen erheblichen Spielraum (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1388, 1390 mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung genügt bei der Bewertung der Angebote anhand des Zuschlagkriteriums "Preis" die blosser Bekanntgabe der Gewichtung noch nicht, um sicherzustellen, dass die Angebotspreise im Verhältnis zu den anderen Zuschlagskriterien in vergaberechtskonformer Weise bewertet werden. Je nachdem wie hoch die Bewertungsabzüge für höhere Angebotspreise im Verhältnis zum billigsten erfolgen, kann die gewählte Bewertungsmethode im Ergebnis die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verfälschen. Mit anderen Worten kann durch die Art der Bewertung der Offerten bzw. die Preiskurve ein tatsächliches Gewicht bzw. eine "effektive Gewichtung" resultieren, welche nicht der publizierten Gewichtung des Zuschlagkriteriums Preis entspricht (BGE 130 I 241 E. 6; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 884; vgl. zum Zusammenhang zwischen der Gefahr der Verzerrung der Gewichtung und der Frage nach der vorherigen Bekanntgabe der Preiskurve etwa Trüb, BöB-Kommentar, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 21 BöB mit Hinweisen). Trägt die gewählte Preisbewertungsmethode der publizierten Gewichtung nicht genügend Rechnung, beispielsweise weil entgegen der bekannt gegebenen (gleich hohen) Gewichtung zweier Zuschlagskriterien beim Preis im Vergleich zum wichtigsten qualitativen Kriterium sehr unterschiedliche Maximalpunktzahlen erreicht werden können, liegt ein rechtswidriger Verstoß gegen das Transparenzgebot vor (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015 E. 4; vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B-2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen bekannt gegebener Gewichtung und "effektiver Gewichtung" aufgrund der gewählten Bewertungsmethode kann sich nicht nur in Bezug auf das Zuschlagkriterium "Preis" ergeben. Vielmehr erweist sich das Vorgehen der Vergabestelle generell dann als unzulässig, wenn den Zuschlagskriterien durch die verwendete Bewertungsskala nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 mit Hinweisen);

Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten - Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff., S. 237). Die Bewertungsmatrix soll ausserdem dazu dienen, die Qualität differenziert zu beurteilen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B-2016/116 vom 24. November 2016 E. 5.2). Das für die Preisbewertung geltende Verbot einer "effektiven Gewichtung" durch die Bewertungsmethode, welche der bekannt gegebenen Gewichtung im Ergebnis widerspricht bzw. diese verwässert, gilt somit auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 7.4 [zur Publikation vorgesehen], Christoph Jäger, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: BR 2017, Ziff. 2c, S. 233, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 914). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von einer Verwässerung der Gewichtung des ZK2 auszugehen ist.

#### **E. 5.4.1**

Die in Kapitel 2.7.3.2 und Kapitel 2.7.3.2.1 erwähnte Punktevergabe, wonach die vier selektierten Anbieter unter dem ZK2 Qualität/Grossversuche 5, 4 und zweimal 3 Punkte erhalten, führt dazu, dass jeder der vier zum Grossversuch zugelassenen Anbieter unabhängig von der offerierten Qualität mindestens 60 von 100 Punkten für Qualität erhält, was keiner sachgerechten und deshalb vergaberechtswidrigen Differenzierung zu entsprechen scheint (vgl. dazu Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 7.4 [zur Publikation vorgesehen]).

#### **E. 5.4.2**

Kommt hinzu, dass gemäss Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 11, der Ausschreibung das dritt- und viertbeste Angebot gleich viele Punkte für Qualität erhalten, was bei einem Notendurchschnitt der vier verbliebenen Anbieter von beispielsweise 4.9, 4.8, 4.7 und 3.0 dazu führen würde, dass die beiden Angebote mit einer Qualität von 4.8 und 3.0 je gleich hoch mit 60 von 100 Punkten bewertet würde. Dabei vermag auch der Hinweis in Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10, wonach die Produkte in den Grossversuchen "mindestens den Wert 3 erreichen müssen, ansonsten das gesamte Angebot eines Anbieters ausgeschlossen werde", die nicht sachgerechte Differenzierung zu korrigieren.

#### **E. 5.4.3**

Bleibt auch noch festzuhalten, dass das in Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10, der Ausschreibungsunterlagen erwähnte Verfahren zur Beschränkung der Teilnehmerzahl das Zuschlagskriterium ZK2 Qualität/Grossversuche wesentlich tangiert: Die Vergabestelle behält sich vor, nach den Kleinversuchen die Anbieter für die Grossversuche auf vier zu beschränken. Dabei sollen für sämtliche Anbieter, welche die Kleinversuche bestanden haben, in einem Zwischenschritt die Produkte der Kleinversuche anhand von ZK1 Preis (60 %), ZK3 Logistik/Service (10 %) und ZK4 Nachhaltigkeit (10 %) analog zu Kapitel 2.7.3.2, aber eben ohne Berücksichtigung der Qualität, bewertet werden.

#### **E. 5.5**

Somit ist festzuhalten, dass das gewählte Verfahren zur Beschränkung der Teilnehmerzahl und die starre Punktevergabe für Qualität der Zielsetzung des Transparenzgebots nicht gerecht wird, so dass auch unter diesem Aspekt der Abbruch des Verfahrens zwecks Neuausschreibung prima facie sachgerecht erscheint.

## **E. 6**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde gegen den Abbruch als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre.

## **E. 7**

Auf die weiteren Anträge der Beschwerdeführerin, insbesondere auf den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung (Ziff. 6 des Rechtsbegehrens in Verbindung mit Ziff. 7 der Begründung der Beschwerde sowie den Ausführungen im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2018), wird erst, soweit darauf einzutreten ist, mit Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein.

## **E. 8**

In Bezug auf die verlangte Akteneinsicht ist festzuhalten, dass die Vorakten der Beschwerdeführerin mit Verfügungen vom 17. Januar 2017 und 16. März 2017 in teilweise geschwärzter Form zugestellt worden sind. Es entspricht der angezeigten Prozessdisziplin, wenn die Akteneinsicht mit Blick auf das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Aufgrund der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehenden Unterlagen ist sie in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 7).

## **E. 9**

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.