

# **BVGer B-6985/2023 vom 26. Juni 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-06-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6985\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6985_2023)

FR: TAF B-6985/2023 du 26 juin 2024

IT: TAF B-6985/2023 del 26 giugno 2024

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG; Urteile des BVGer B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 1.1 «Transportwagen» und B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 2.3 «zweite Gotthardröhre»).

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen von Vergabestellen über den Zuschlag zuständig, wenn der Auftrag in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Rechtsschutz einschlägigen Schwellenwerte erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteile des BVGer B-1112/2022 vom 27. September 2022 E. 2.1 «Steuerung Verkehrsmanagement der Nationalstrassen» und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1, «Publicom»).

#### **E. 2.1**

Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Der subjektive Geltungsbereich ist Gegenstand von Art. 4 BöB, der objektive von Art. 8 f. BöB, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält. Art. 10 BöB regelt Ausnahmen vom Geltungsbereich.

##### **E. 2.1.1**

Das Bundesamt für Rüstung bildet Teil der zentralen Bundesverwaltung und untersteht als Auftraggeber dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997, RVOG, SR 172.010; Anhang 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, RVOV, SR 172.010.1; vgl. Urteile des BVGer B-5403/2023 vom 1. Februar 2024 E. 1.2 «Geologische Vektordaten GeoCover3» und B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 1.4 «Transportwagen»).

### **E. 2.1.2**

Ziff. 1.8 der Ausschreibung bezeichnet die Beschaffung «Kasernenmobiliar aus Holz» als Lieferauftrag.

#### **E. 2.1.2.1**

Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass Leistungen im Staatsvertragsbereich nach Massgabe der Anhänge 1 - 3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziff. 1 erreichen.

#### **E. 2.1.2.2**

Ziff. 1 des Anhangs 2 zum BöB spezifiziert die Lieferungen (Waren) im Staatsvertragsbereich. Als solche gelten für Beschaffungen durch die mit Verteidigung und Sicherheit befassten Auftraggeber, die in den für die Schweiz geltenden internationalen Abkommen entsprechend bezeichnet werden, diejenigen Waren, welche in der «Liste des zivilen Materials für Verteidigung und Sicherheit» (Ziff. 1.2 des Anhangs 2 zum BöB) aufgeführt sind (Ziff. 1.1 Bst. a des Anhangs 2 zum BöB). Das Bundesamt für Rüstung ist ein derartiger Auftraggeber (vgl. Urteil des BVGer B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 1.5 «Transportwagen»), und die Beschaffung von Holzmobiliar fällt in den Staatsvertragsbereich, was sich Ziff. 20 (Holz) und Ziff. 66 (Möbel) der Liste (Ziff. 1.2 des Anhangs 2 zum BöB) entnehmen lässt.

#### **E. 2.1.2.3**

Das Auftragsvolumen beträgt laut Zuschlagspublikation mehrere Millionen Franken und liegt damit über dem für Lieferungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Ziff. 1.1 des Anhangs 4 zum BöB).

### **E. 2.1.3**

Weil auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB gegeben ist, fällt die angefochtene Beschaffung sowohl in den Anwendungsbereich des BöB als auch in den Staatsvertragsbereich.

### **E. 2.1.4**

Folglich ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **E. 2.2**

Mit Ausnahme von Art. 56 Abs. 4 für freihändige Verfahren enthält das BöB keine submissionsrechtliche Spezialregelung der Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 m.H. «Monte Ceneri»; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 4.1 «zweite Gotthardröhre»).

### **E. 2.2.1**

Am Verfahren vor der Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG).

### **E. 2.2.2**

Durch die angefochtene Verfügung ist sie als (zweitrangige) Offerentin, welche den Zuschlag nicht erhalten hat, besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

### **E. 2.2.3**

Ein schutzwürdiges Interesse an einer Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) hat die Beschwerdeführerin nur, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4.5 ff. m.H. und E. 5.1, «Monte Ceneri»; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 4.2 «zweite Gotthardröhre»; vgl. auch Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 «Reinigung Gotthard-Basistunnel»). Weil ihre Offerte in der Evaluation die zweithöchste Punktzahl erzielte, bestünde diese Chance, wenn das Bundesverwaltungsgericht ihrer Argumentation folgte und die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würde. Demnach hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zuschlags.

### **E. 2.2.4**

Daher ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 2.3**

Frist (Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB) und Form (Art. 56 Abs. 1 BöB, Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

### **E. 2.4**

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

### **E. 3**

Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### **E. 4**

Zunächst rügt die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erbringe nicht die charakteristische Leistung und hätte deshalb den Zuschlag nicht erhalten dürfen.

### **E. 4.1**

Art. 31 Abs. 3 BöB schreibt vor, dass die charakteristische Leistung grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist. Gemäss Art. 31 Abs. 1 BöB sind Bietergemeinschaften und Subunternehmer zugelassen, soweit dies der Auftraggeber in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausschliesst oder beschränkt. Angesichts seiner systematischen Stellung im 5. Kapitel des BöB normiert Art. 31 sog.

Vergabeanforderungen, deren Nichterfüllung zum Ausschluss vom Beschaffungsverfahren führen kann (Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB). Laut Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BB1 2017 1851, 1948; nachfolgend «Botschaft») will Art. 31 Abs. 3 BöB Offerten von Anbietern verhindern, die selber keine oder nur untergeordnete Aufgaben übernehmen.

Eine Zwischenschaltung solcher Anbieter, die primär ihren Namen zur Verfügung stellen, resultiere regelmässig in Zusatzkosten. Auftraggeber sollten die Leistungen direkt von den Leistungserbringern beschaffen. Weiter verdeutlicht Art. 31 Abs. 3 BöB, dass die charakteristische Leistung grundsätzlich vom Anbieter erbracht werden muss, nicht jedoch von einem Subunternehmer, gilt dieser doch nicht als Anbieter (Beat Joss, in: Hans Rudolf Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 31 N. 39). Im konkreten Fall bestimmt sich die charakteristische Leistung nach Massgabe des tatsächlich

ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstandes. Dabei bleibt zu beachten, dass Beschaffungsrecht und Privatrecht unterschiedliche Begriffe der charakteristischen Leistung verwenden (vgl. Botschaft, 1948; Joss, a.a.O., Art. 31 N. 41).

## **E. 4.2**

Vorerst muss eruiert werden, worin die charakteristische Leistung der strittigen Beschaffung besteht.

### **E. 4.2.1**

Einleitend werden im Folgenden die Positionen der Verfahrensbeteiligten wiedergegeben.

#### **E. 4.2.1.1**

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, charakteristischer Leistungsinhalt seien Herstellung und Lieferung sowie Reparatur und Aufarbeitung von Holzmobiliar. Der Beschaffungsgegenstand werde in der Ausschreibung durchgehend als «Herstellung und Lieferung» von Holzmobiliar umschrieben. Die wohl passende Auftragsart «Liefer- und Dienstleistungsauftrag» gebe es nicht. Es handle sich nicht um einen Kauf standardisierter «Stangenware». Zur Herstellung des Mobiliars seien in den Ausschreibungsunterlagen detaillierte Vorgaben für jeden einzelnen Bestandteil gemacht worden. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Anbieterin die charakteristische Leistung erbringe, weil sie einen hohen Wertschöpfungsanteil angegeben habe.

#### **E. 4.2.1.2**

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, die Beschwerdeführerin habe bei dem von ihr zitierten Ausschreibungstext den Begriff der «Lieferung» im Gegensatz zu den im Fettdruck hervorgehobenen beiden Leistungskomponenten «Herstellung» und «Reparatur» aussenvorgelassen. Kern der ausgeschriebenen Leistung sei richtigerweise die Lieferung von Holzmobiliar für Kasernen in der gesamten Schweiz. Optional sei die Aufarbeitung von bestehendem Mobiliar ausgeschrieben worden. Mit Bezug auf die Herstellung des Mobiliars sei festzuhalten, dass wohl sämtliche Anbieter einzelne oder alle Komponenten des Holzmobiliars (wie etwa die Spanplatte, die Beschichtung, die Metallbeschläge oder Schrauben usw.) fertig produziert bei Drittunternehmen einkauften. Die «Herstellung» des Holzmobiliars erschöpfe sich damit im Wesentlichen in der Montage desselben, d.h. im Zusammenfügen und Weiterverarbeiten vorfabrizierter Einzelteile. Ohne es kenntlich zu machen, beziehe sich die Beschwerdeführerin bloss auf die Massivmöbel, d.h. auf die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Art.-Nr. (... , Sitzbank [Dimensionen]), Art.-Nr. (... , Tisch [Dimensionen]) sowie Art.-Nr. (... , Leistungsbeschreibung, S. 3 Ziff. 2.2). Diese drei Positionen zusammen dürften allerdings total (je nach konkreter Kalkulation) nur rund 20 bis maximal 25 % der ausgeschriebenen Beschaffung ausmachen. Für die Gesamtausschreibung weitaus bedeutender als die Massivmöbel seien indessen die Art.-Nr. (... , Effektschrank) und (... , Brotschrank), die total rund 40 - 45 % der ausgeschriebenen Beschaffung ausmachten, sowie die Klapp- bzw. Kantinentische (Art.-Nr. [...], Nr. [...], Nr. [...], Nr. [...]), die total rund 35 - 40 % der ausgeschriebenen Beschaffung ausmachten.

#### **E. 4.2.1.3**

Die Vergabestelle führt aus, charakteristische Leistung und Kern der Beschaffung sei die Lieferung der Möbel, nicht etwa deren Herstellung. Die übrigen in Ziff. 2.6 der Ausschreibung erwähnten Elemente «Herstellung» und «Reparatur» seien von

untergeordneter Bedeutung. Hätte sie die charakteristische Leistung in einer Dienstleistung gesehen, so hätte sie einen Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben und andere CPV-Nummern angegeben, z.B. 79934000 (Möbeldesign) und 50850000 (Reparatur und Wartung von Möbeln). Der von ihr vorgegebene Beschaffungsvertrag bestätige diesen Eindruck: Er enthalte keine typisch werkvertraglichen Bestimmungen, wie etwa Vorgaben zum Herstellungsprozess, Überwachungs- oder Nachbesserungsrechte zugunsten der Vergabestelle. Bei den zu liefernden Kasernenmöbeln handle es sich um standardisierte «Stangenware», die von der Auftraggeberin abgerufen werde. Ob die Anbieterin die Ware selbst herstelle oder von einem Dritten erwerbe bzw. Teile des Produktionsprozesses auslagere, sei folglich irrelevant. Mithin handle es sich entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin nicht um einen Werkliefervertrag, sondern um einen Kauf künftiger Sachen. Nirgends definierten die Ausschreibungsunterlagen, was unter «Herstellung» zu verstehen sei bzw. welche Arbeitsschritte davon erfasst würden. Hätte die Vergabestelle vorausgesetzt, dass die Anbieter sämtliche oder bestimmte Schritte der Herstellung selbst ausführen würden, hätte sie diesbezügliche Bestimmungen aufgestellt, wozu sie aus Transparenzgründen auch verpflichtet gewesen wäre. Ausserdem habe sie den Beizug von Subunternehmern ausdrücklich zugelassen. In der heutigen arbeitsteiligen Wirtschaft wäre es realitätsfremd, vorauszusetzen, dass eine Anbieterin sämtliche notwendigen Arbeitsschritte - von der Fällung des Baums über das Zuschneiden und die Behandlung des Holzes, das Verschrauben und Beschichten der Möbel bis zur Auslieferung - selbst ausführe. Der Einkauf gewisser Komponenten von Lieferanten und ein damit einhergehendes Outsourcing gewisser vorgelagerter Herstellungsschritte sei daher im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung ohne Weiteres zulässig. Im Übrigen entspreche es weder der Praxis der Vergabestelle noch derjenigen anderer ihr bekannter öffentlicher Auftraggeber, von den Lieferanten standardisierter Güter zu verlangen, dass sie gleichzeitig Hersteller seien.

#### **E. 4.2.2**

Anschliessend werden nun die rechtlichen Rahmenbedingungen der streitgegenständlichen Beschaffung im Hinblick auf deren charakteristische Leistung dargestellt.

##### **E. 4.2.2.1**

In Ziff. 1.8 der Ausschreibung wurde die Beschaffung als «Lieferauftrag» bezeichnet; Ziff. 2.1 spezifiziert diesen als Kauf. Nach Ziff. 2.6 der Ausschreibung umfasst die Leistung im Wesentlichen die Herstellung, Lieferung und Reparatur von Holzmobiliar für Kasernen in der gesamten Schweiz, optional eine Aufarbeitung bestehenden Mobiliars. Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts der Ausschreibungsunterlagen lautet nahezu identisch, spricht aber von «sämtlichen» Kasernen und listet das zu liefernde Mobiliar im Einzelnen auf. Die Leistungsbeschreibung in den Ausschreibungsunterlagen (Beilage 2.0) konkretisiert den Begriff «Herstellung» nicht. Art. 1 Ziff. 1.1 des Entwurfs des Beschaffungsvertrags lautet wie folgt (Zitat): Der Lieferant ist als Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber allein verantwortlich für die Erfüllung der in diesem Vertrag vereinbarten Vertragsleistung und trägt diesbezüglich die Gesamtverantwortung. Der Lieferant verpflichtet sich als Spezialist und in Kenntnis des Verwendungszwecks zur Herstellung und Lieferung der Produkte. Im Kontext der Rechte am Arbeitsergebnis verwendet der Vertragsentwurf (Ziff. 8.3) das Verb «fabrizieren»: «Ist der Lieferant nicht in der Lage zu fabrizieren, will er nicht fabrizieren oder nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen, so kann der Auftraggeber über das geistige Eigentum ohne Entschädigung an den Lieferanten verfügen.» Das Preisblatt

(Beilage 3.1 der Ausschreibungsunterlagen) weist eine Spalte «maximale Jahresproduktionskapazität in Stück» auf und gebraucht damit ebenfalls ein Synonym für «Herstellung». Auch im Evaluationsbericht (Ziff. 1.1 «Ausschreibungsgegenstand») wurden Herstellung und Lieferung erwähnt. Ferner verlangte das Eignungskriterium 8 den Nachweis von Erfahrung in Herstellung und Lieferung von Holzmobiliar gemäss den Spezifikationen der Ausschreibung (vgl. dazu unten E. 5). Gemäss Ziff. 3.6 der Ausschreibung waren Subunternehmer zugelassen (vgl. auch Ziff. 7.6.7 des Pflichtenhefts).

#### **E. 4.2.2.2**

Art. 8 Abs. 2 BöB unterscheidet Bauleistungen (Bst. a), Lieferungen (Bst. b) und Dienstleistungen (Bst. c). Lieferung meint die Beschaffung von Gütern. Von den Dienstleistungen werden die Lieferungen nach dem Schwerpunkt der Leistung der Anbieter abgegrenzt. Liegt dieser in der Einräumung von Gebrauchs- oder Nutzungsrechten (wie Eigentum, Miete, Pacht, Lizenzen), handelt es sich um eine Lieferung; steht die Arbeitsleistung zur Erzeugung des Beschaffungsobjekts im Vordergrund, um eine Dienstleistung (Thomas P. Müller, in: Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 8 N. 52 und 54). Ein Auftrag, den der Herstellungsprozess dominiert, gilt daher vergaberechtlich als Dienstleistung. Gemischte Aufträge wiederum setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen nach Art. 8 Abs. 2 BöB zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft, dessen Qualifikation der finanziell überwiegenden Leistung folgt (Art. 8 Abs. 3 BöB; vgl. Étienne Poltier, Droit des marchés publics, 2. A., 2023, N. 387 ff.). Beispielsweise wäre, wie Müller (a.a.O., Art. 8 Fn. 83) erklärt, der Erwerb einer Maschine «ab Stange», die beim Auftraggeber noch montiert werden muss (Kauf mit Montagepflicht) als Lieferung zu qualifizieren, solange die Montage (finanziell) von untergeordneter Bedeutung bleibt.

#### **E. 4.2.3**

Vor diesem Hintergrund ist zu bestimmen, ob die charakteristische Leistung der Beschaffung in der Herstellung des Kasernenmobiliars liegt.

##### **E. 4.2.3.1**

Zunächst einmal fällt auf, dass die Ausschreibung hinsichtlich ihrer charakteristischen Leistung eine eindeutige Aussage vermissen lässt. Einerseits wurde die Beschaffung in der Ausschreibung selber als Lieferauftrag in der Form eines Kaufs klassifiziert (vgl. Ziff. 1.8 i.V.m. Ziff. 2.1 der Ausschreibung). Dies deutet eher darauf hin, dass die beschaffungsrechtlich als Dienstleistung zu qualifizierende Herstellung jedenfalls nicht im Vordergrund steht. Andererseits findet sich an mehreren Stellen der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen der Begriff «Herstellung» oder ein Synonym davon (vgl. dazu oben E. 4.2.2.1). Damit wiederum wurde zum Ausdruck gebracht, dass nicht allein die Lieferung der Möbel, sondern auch deren Herstellung Teil des Auftrags sein sollte. Angesichts dessen bedarf die Bestimmung des tatsächlich ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstandes einer interpretativen Gesamtschau der Vorgaben der Vergabestelle.

##### **E. 4.2.3.2**

Der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen lässt sich entnehmen, dass die Herstellung des Holzmobiliars neben der Lieferung und der optionalen Reparatur zwar ein Element der nachgefragten Leistung bildet. Da aber eine Lieferung und nicht eine Dienstleistung ausgeschrieben wurde, steht die Herstellung nicht im Vordergrund. Sie

wurde denn auch nicht etwa im Sinne einer Mindestanforderung quantifiziert. Ebenso wenig wurde umschrieben, was mit «Herstellung» genau gemeint war. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Vergabestelle diesen Aspekt der Beschaffung näher - beispielsweise mittels einer Mindestquote - definiert oder einen Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben hätte, wenn sie die Herstellung des Holzmobiliars als die überwiegende, charakteristische Leistung betrachtet hätte. Ohne eingehendere Definition hätte sie auch gar nicht überprüfen können, ob etwa ein bestimmter Eigenanteil an der Produktion erfüllt würde. Unter diesen Umständen kann der Begriff «Herstellen» oder «Fabrizieren» im Sinne der Ausschreibung «Kasernenmobiliar aus Holz» ein breites Spektrum unterschiedlicher Produktionsschritte abdecken. Dabei setzt er keine quantitativen Mindestanforderungen voraus. Selbst wenn also die Herstellung und nicht die Lieferung des Mobiliars die charakteristische Leistung bilden würde, wäre die Beschwerdegegnerin deswegen nicht a priori von der Vergabe auszuschliessen. Festzuhalten bleibt, dass die Bestimmung der zu beschaffenden Leistung in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgrund der verwendeten Begrifflichkeit unter dem Gesichtspunkt der Transparenz (Art. 2 Bst. b und Art. 11 Bst. a BöB) als fragwürdig erscheint. Allerdings wurden die betreffenden Publikationen nicht angefochten (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BöB).

#### **E. 4.2.3.3**

Beim Zuschlagskriterium 2, das in der Ausschreibung als «Leistung/Qualität», in den Ausschreibungsunterlagen als «Stärkung inländischer Hersteller» bezeichnet wurde, legte die Vergabestelle Wertschöpfungsquoten fest. Beilage 3.0 der Ausschreibungsunterlagen konkretisiert das Zuschlagskriterium 2 folgendermassen: «Der Anbieter trägt zur Förderung der inländischen Hersteller bei.» Als Nachweis verlangt sie eine «Bestätigung und Angabe der Fertigungsadresse inkl. Subunternehmen im Teil B Angebotsunterlagen». Sodann enthält sie drei Abstufungen mit Bandbreiten des Anteils an Wertschöpfung in der Schweiz. Diese bewegen sich zwischen 0 und 100 %. Für einen schweizerischen Wertschöpfungsanteil zwischen 0 und 49 % wurden 25, für einen solchen zwischen 50 und 79 % 75 und für einen Anteil ab 80 % die maximalen 150 Punkte verliehen. Da Subunternehmen einbezogen und selbst bei Fehlen eines schweizerischen Wertschöpfungsanteils 25 Punkte erzielt werden konnten, lässt sich ebenfalls folgern, dass die charakteristische Leistung des Anbieters nicht in der Herstellung liegen sollte. Wenn der Anbieter zur Förderung inländischer Hersteller beitragen soll, bedeutet dies letztlich auch, dass er nicht unbedingt (alles) selber produzieren muss.

#### **E. 4.2.3.4**

Die Herstellung des Holzmobiliars kann folglich nicht als charakteristische oder überwiegende Leistung der streitgegenständlichen Beschaffung aufgefasst werden, wengleich sie einen Teil derselben darstellt.

#### **E. 4.2.4**

Schliesslich bleibt zu analysieren, ob die Beschwerdegegnerin, anders, als es die Beschwerdeführerin vermutet, die von der Vergabestelle nachgefragte Leistung zu erbringen vermag.

#### **E. 4.2.4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe ihr Angebot gemäss Angebotsöffnungsprotokoll und Zuschlagsverfügung nicht im Rahmen einer Bietergemeinschaft eingereicht, sondern als alleinige Anbieterin. Da sie selbst über keine

Produktionsstätte verfüge, dürfte sie das spezifizierte Holzmobiliar vollständig durch Subunternehmen herstellen lassen. Die Beschwerdegegnerin agiere somit lediglich als Vermittlerin bzw. Zwischenhändlerin zwischen den betreffenden Produzenten und der Vergabestelle. Genau solche Konstellationen habe der Gesetzgeber verhindern wollen. Die Beschwerdegegnerin führe aus, dass sie zur Auftragserfüllung jeweils lokal für die Dauer eines Projekts eine Werkstatt miete und das Mobiliar vor Ort produziere («Konzept der mobilen Werkstatt»). Ausserdem verweise die Beschwerdegegnerin für ihre Produktionsmittel auf zwei Inventurlisten. Es sei jedoch nicht plausibel, dass in kurzfristig zugemieteten Werkstätten jedes Mal von neuem eine professionelle Holzmobiliarherstellung aufgegleist werde. Zur Serienherstellung von Holzmöbeln bedürfe es stationärer, tonnenschwerer Maschinen. Diese seien nicht mobil; sie könnten nur mit erheblichem zeitlichem und finanziellem Aufwand verschoben werden. Es stelle sich auch die Frage, wo sie im Zeitraum zwischen Projekten aufbewahrt würden. Die Beschwerdegegnerin habe zwei Inventurlisten eingereicht, welche nachweisen sollten, dass sie für die Serienfertigung eigene Produktionsmittel einsetze. Dabei handle es sich aber lediglich um Montagehilfsmittel bzw. Kleinmaschinen, die in jedem Baumarkt gekauft werden könnten (z.B. Akkuschauber); die Listen enthielten keine professionellen Maschinen zur Herstellung von Holzmobiliar in Serie. Falsch sei die Behauptung, dass die Beschwerdeführerin Einzelkomponenten des Holzmobiliars mindestens in gleichem Ausmass wie die Beschwerdegegnerin bei Drittunternehmen einkaufe. Vielmehr stelle sie das Holzmobiliar zum Grossteil aus Rohmaterial, d.h. nicht aus vorgefertigten Teilen, her. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Beschwerdeführerin nicht die charakteristische Leistung erbringe, bloss weil sie einen Teil der Möbel, konkret die Schränke, durch ein Subunternehmen herstellen lasse. Aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Mietvertrag ergebe sich, dass der gemietete Gewerberaum lediglich eine Fläche von (Anzahl) m<sup>2</sup> aufweise. Eine solche Fläche reiche bei Weitem nicht aus, um die verlangte Anzahl an Holzmöbeln in Serie herzustellen. Pro Jahr seien ca. (Anzahl) Holzmöbel herzustellen. Alleine deren Zwischenlagerung benötige einen beträchtlichen Raumbedarf. Hinzu komme die Fläche, die für die stationären Herstellungsmaschinen notwendig sei. Weiter müsse genügend Platz zur Verfügung stehen, um Holzmobiliar für die Aufarbeitung entgegennehmen zu können sowie stets je fünf Stück von sieben verschiedenen Tischen und Bänken, d.h. insgesamt (Anzahl) Stück, an Lager bereitzuhalten. Für die Serienherstellung des verlangten Holzmobiliars sei von einem Flächenbedarf von mindestens (Anzahl) m<sup>2</sup> auszugehen. Es sei daher ausgeschlossen, dass die Beschwerdegegnerin das verlangte Holzmobiliar in der zugemieteten Werkstatt herstellen könne. Ferner falle auf, dass der Mietvertrag für die zugemietete Werkstatt der Beschwerdegegnerin erst im Dezember 2023 abgeschlossen worden sei, d.h. erst nach dem Zuschlag. Zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung und zum Zeitpunkt des Zuschlags habe die Beschwerdegegnerin somit anscheinend über keine Werkstatt verfügt. Auch deshalb habe sie nicht als leistungsfähige bzw. geeignete Anbieterin zur Herstellung und Lieferung von Holzmobiliar beurteilt werden dürfen. Wenn die Beschwerdegegnerin die Möbel (-Komponenten) namentlich im Ausland günstig herstellen lasse und einen hohen Anteil des Angebotspreises für sich beanspruche, sage der entsprechende, allenfalls hohe Wertschöpfungsanteil nichts darüber aus, ob sie die charakteristische Leistung selbst erbringe.

#### **E. 4.2.4.2**

Die Beschwerdegegnerin erklärt, sie erbringe die ausgeschriebenen Leistungen selbst. Zutreffend sei, dass es an ihrem Sitz keine Serienproduktion des fertigen Mobiliars gebe. Diese erfolge in von ihr projektbezogen gemieteten Werkstätten und Lagern, wo ihre eigenen Mitarbeitenden die Möbel aus den eingekauften, aber stets projektbezogen konfektionierten einzelnen Komponenten fertigten. Die mit diesem Produktionsmodell einhergehenden kurzen Wege ermöglichten eine Maximierung in Sachen Nachhaltigkeit und Kostenökonomie. Soweit die Wertschöpfung nicht ausschliesslich im Inland geschehe, sei dies vornehmlich der branchenüblichen Verwendung ausländischer Rohstoffe wie etwa Holz geschuldet, was sie auf transparente Weise deklariert habe. Für das Projekt «Kasernenmobiliar aus Holz» werde die Serienfertigung in einer von der Beschwerdegegnerin bereits für ein anderes, laufendes Projekt gemieteten eigenen Werkstätte erfolgen. Sämtliche weitere laufenden Projekte strukturiere sie nach dem gleichen Konzept der «mobilen Werkstätte»: Sie miete jeweils lokal für die Dauer des Projektes eine Werkstätte und produziere das Mobiliar vor Ort. Für die Serienfertigung setze sie zudem eigene Produktionsmittel (Maschinen, Werkzeuge, usw.) ein. Fallweise würden Produktionsmittel gemietet/geleast. Es könne auf die Inventurlisten der von ihr alleine in den letzten beiden Jahren neu angeschafften Produktionsmittel verwiesen werden. Überdies greife sie für die Herstellung auf eigenes Personal zurück (sieben Voll- und drei Teilzeitarbeitskräfte). Falsch sei auch, dass sie das ausgeschriebene Holzmobiliar von Subunternehmern herstellen lassen und nur als Vermittlerin und Zwischenhändlerin fungieren solle. Sie habe die Ergänzungsfragen der Vergabestelle zur Lieferkette am 18. Juli 2023 umfassend beantwortet bzw. sämtliche Informationen dazu offengelegt, ebenso zum bescheidenen Einbezug von Subunternehmern, der gemäss Pflichtenheft zulässig sei. Die «Herstellung» des Holzmobiliars erschöpfe sich damit im Wesentlichen in der Montage desselben, d.h. im Zusammenfügen und Weiterverarbeiten vorgefertigter Einzelteile. Diese Arbeitsschritte leiste die Beschwerdegegnerin ganz überwiegend selbst. Die Beschwerdeführerin kaufe die Einzelkomponenten des Holzmobiliars mindestens im gleichen Ausmass wie die Beschwerdegegnerin bei Drittunternehmen ein. Sie verfolge ebenfalls kein von A bis Z vollintegriertes Produktionsmodell. Ihre Kernkompetenz liege entsprechend ihrem Logo in der Produktion von Kabelrollen. Beim für die Ausschreibung relevanten Holzmobiliar kaufe die Beschwerdeführerin die Beschichtung mit den Holzplatten als Fremdleistung ein, während die Beschwerdegegnerin sie selbst aufbringe. Die Eigenleistung im Sinne der Herstellung, wie sie die Beschwerdeführerin für die Zwecke ihrer Beschwerde selbst definiert habe - sei auf die Massivmöbel beschränkt, die in der Summe nur rund 20 % des Angebots der Beschwerdeführerin ausmachen dürften. Bei den Effekten- und Brotschränken existiere keine Eigenleistung der Beschwerdeführerin, da sie sie eigener Angabe zufolge durch einen Subunternehmer herstellen lasse, dies im Unterschied zur Beschwerdegegnerin, welche die Effekten- und Brotschränke komplett selbst entwickle und zusammenbaue. Bei den Klapp- bzw. Kabinettischen hielten sich die Eigenleistungen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin in etwa die Waage, wobei allerdings die Beschwerdegegnerin die Beschichtung der Tische selbst aufbringe, während sie die Beschwerdeführerin mit den Holzplatten als Fremdleistung einkaufe. Die eigenwillige Definition des Begriffs der Herstellung durch die Beschwerdeführerin, wonach die Entwicklung, das Zusammenfügen und das Weiterverarbeiten vorgefertigter Einzelteile keine Herstellung sein sollten, finde weder in den Ausschreibungsunterlagen eine Stütze, noch würde die Beschwerdeführerin mit Bezug auf rund 80 % der ausgeschriebenen Beschaffung (unter anderem mit Bezug auf die von ihr komplett bei einer

Subunternehmerin eingekauften Effekten- und Brotschränke sowie die Klapp- bzw. (Kantinentische) dem eigenen Anspruch an die Herstellung eines Produktes genügen. Die - wiederum alleine auf die Herstellung der Massivmöbel bezogene, d.h. von vornherein nur rund 20 - 25 % der ausgeschriebenen Beschaffung betreffende - Zahlenakrobatik der Beschwerdeführerin, wonach mit Bezug auf die Serienherstellung des verlangten Holzmobiliars von einem Flächenbedarf von mindestens (Anzahl) m<sup>2</sup> auszugehen sein solle, kranke am immanenten Widerspruch, dass die allein selig machende Produktionsmethode nicht existiere und der Integrationsgrad der Produktion in der Ausschreibung nicht vorgegeben sei. Die Beschwerdegegnerin könne die ausgeschriebene Beschaffung problemlos in den dafür gemieteten Flächen produzieren. Zudem könne die Montage der Möbel teilweise auch direkt in den Kasernenräumen erfolgen. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass die Beschwerdegegnerin den Mietvertrag projektspezifisch geschlossen habe, über die Mieträume in (Ort) hinaus aber auch über weitere temporäre Mietflächen verfüge, wie dies ihrem Konzept der projektspezifischen mobilen Werkstätten entspreche. Der Unterschied in der Leistungserbringung sei auf die Massivmöbel beschränkt (rund 20 % des Leistungsumfangs), bei denen die Beschwerdegegnerin die Elemente zugeschnitten kaufe und sie mit kleinen und mittleren Maschinen weiterverarbeite, während die Beschwerdeführerin die Massivmöbel offenbar ab Brett selbst produziere. Nur für diesen einen Verarbeitungsschritt und nur für diese eine Leistungskomponente seien die in der Replik aufgeführten «stationären» Maschinen notwendig.

#### **E. 4.2.4.3**

Die Vergabestelle führt aus, die charakteristische Leistung der Lieferung von Möbeln vermöge auch eine Handelsgesellschaft ohne Weiteres zu erbringen. Zudem könne eine Gesellschaft nach den handelsrechtlichen Grundsätzen sämtliche Tätigkeiten erbringen, die durch ihren Zweck nicht geradezu ausgeschlossen seien. Inwiefern ein Handel mit Möbeln deren Herstellung ausschliessen solle, sei nicht ersichtlich. Der Einkauf gewisser Komponenten von Lieferanten und ein damit einhergehendes Outsourcing gewisser vorgelagerter Herstellungsschritte sei im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung ohne Weiteres zulässig. Wäre dies nicht der Fall, müsste die Vergabestelle die Beschwerdeführerin genauso vom Verfahren ausschliessen wie die Zuschlagsempfängerin. Soweit bezüglich der Anforderungen an die Lieferkette Unklarheiten bestanden haben sollten, hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, die Vergabestelle in der Fragerunde um Klärung zu bitten. Dies habe sie jedoch unterlassen. Ebenso wenig habe sie die Ausschreibung angefochten. Damit wären allfällige dagegen gerichtete Rügen von vornherein verwirkt. Die Beschwerdeführerin konzidiere, dass sie gewisse Möbel, namentlich die Schränke, nicht selbst produziere. Die Effekten- und Brotschränke stellten in ihrem Angebot die mit Abstand teuersten Einheiten dar. Ihre Produktion dürfte im Vergleich zu den anderen ausgeschriebenen Möbeln (Sitzbank, Tische) denn auch vergleichsweise aufwendig sein. Folgte man der Logik der Beschwerdeführerin, würde dies bedeuten, dass sie einen wesentlichen, wenn nicht sogar den überwiegenden, Teil der angeblich charakteristischen Leistung (Möbelherstellung) nicht selbst erbringe, was auch der von ihr angegebene bescheidene Wertschöpfungsanteil nahelege. Entsprechend müsste sie konsequenterweise selbst ausgeschlossen werden. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Herstellung wichtiger Angebotsbestandteile an eine Subunternehmerin auslagere, beweise, dass sie die Ausschreibung gleich wie die Vergabestelle und die übrigen Anbieterinnen von Anfang an richtig verstanden habe. Dass

sie heute, nachdem sie den Zuschlag nicht erhalten habe, einzig zu Prozesszwecken ein abweichendes Auftragsverständnis behauptet, verdiene keinen Rechtsschutz.

#### **E. 4.3**

Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Beschwerdeführerin sehen Arbeitsschritte, welche sich als Herstellung auffassen lassen, nicht als Eigenleistung vor, wie ihre oben wiedergegebenen Darlegungen und jene der Vergabestelle zeigen. Unter diesen Umständen kann, insbesondere mangels einer Definition der Herstellung bzw. eines vorgegebenen minimalen Eigenproduktionsanteils und wegen der Möglichkeit des Bezugs von Subunternehmen (Ziff. 3.6 der Ausschreibung), nicht gesagt werden, die Beschwerdegegnerin würde die charakteristische Leistung der Ausschreibung im Unterschied zur Beschwerdeführerin nicht erbringen.

#### **E. 4.4**

Demzufolge erweist sich die Rüge, die Beschwerdegegnerin erbringe nicht die charakteristische Leistung und hätte deshalb keinen Zuschlag erhalten dürfen, als nicht stichhaltig.

#### **E. 5**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium 8 (Erfahrung in der Herstellung und Lieferung von Holzmobiliar) nicht, weshalb ihr Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen.

#### **E. 5.1**

Zur Begründung legt sie dar, die Beschwerdegegnerin könne lediglich Erfahrung in der Lieferung bzw. als Zwischenhändlerin von Holzmobiliar aufweisen. Sie sei eine reine Handelsgesellschaft, welche über keine eigene Produktionsstätte verfüge und selber keine Möbel herstelle. Daher verfüge sie über keine Erfahrung in der Herstellung von Holzmobiliar. Dementsprechend habe sie auch keine Referenz vorweisen können, bei welcher sie in den letzten fünf Jahren (ab dem Jahr 2018) vergleichbare Leistungen, d.h. Herstellung und Lieferung von Holzmobiliar, erbracht hätte. Es leuchte nicht ein, weshalb eine Herstellerin von Holzmöbeln in ihrem statutarischen Zweck lediglich den Handel mit Möbeln aufführen sollte. Die Beschwerdegegnerin montiere lediglich vorgefertigte Komponenten. Die Vergabestelle habe nur in unsubstantiiertes Weise ausgeführt, dass die von der Beschwerdegegnerin eingereichte Referenz im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens als einwandfrei beurteilt worden sei. Ausserdem habe die Vergabestelle ergänzt, dass sich die eingereichten Referenzen auf mit der streitgegenständlichen Beschaffung vergleichbare Aufträge betreffend Waffenplätze und Kasernen von Abnehmern in der Militärverwaltung bezögen. Auf die relevante Frage, ob die Beschwerdegegnerin mit einer Referenz nachweisen könne, dass sie über Erfahrung in der Herstellung verfüge, sei nicht eingegangen worden. Es genüge nicht, dass die betreffenden Referenzen allenfalls die Herstellung umfassten, wenn die Beschwerdegegnerin diese nicht selbst ausführe. Bei den Referenzen der Beschwerdegegnerin dürfe es sich um das Projekt «Betten und Schränke» handeln, für welches sie im August 2017 die Zuschläge für beide ausgeschriebenen Lose erhalten habe (SIMAP-Projekt-ID [...]). Gegenstand dieses Auftrags sei die Beschaffung von Betten und Schränken zur Ausstattung von Kasernen und Unterkünften gewesen. Anders als bei der vorliegenden Beschaffung sei die Herstellung in der Ausschreibung nicht als Teil des zu vergebenden Auftrags festgelegt gewesen. Dementsprechend habe es auch kein Eignungskriterium, welches Erfahrung in der Herstellung verlangt habe, gegeben.

Soweit der Beschwerdeführerin bekannt sei, habe die Beschwerdegegnerin zur Erfüllung eines Auftrags von armasuisse Rohmaterial per Lastwagen über (Anzahl) km transportiert und das Kasernenmobiliar im Ausland herstellen lassen. Dieses Mobiliar sei anschliessend erneut über (Anzahl) km zum Zielort in die Schweiz zurücktransportiert worden. Die Beschwerdegegnerin habe das Mobiliar nicht selbst hergestellt. Mit diesen Referenzen könne sie daher keine Erfahrung in der Herstellung nachweisen.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin legt dar, sie verfüge über erhebliche Erfahrung in der Herstellung und Lieferung von Holzmobiliar gemäss den Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung sowie den Angaben im Pflichtenheft, unter anderem betreffend mit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung vergleichbare Produktionsaufträge für Waffenplätze und Kasernen. Die entsprechenden Referenzen seien der Vergabestelle im Zuge des Angebots vom 19. Mai 2023 eingereicht worden. Damit erfülle sie das Eignungskriterium 8. Die unsubstantiierten Behauptungen der Beschwerdeführerin würden integral bestritten. Man wüsste gerne, woher die Beschwerdeführerin denn ihre Rohmaterialien beziehe und in die Schweiz transportieren lasse. Wenn man ihre Ausführungen in der Replik zum Masstab nehme, deckten sich jedenfalls die Lieferketten der Beschwerdeführerin und jene der Beschwerdegegnerin zu einem guten Teil.

### **E. 5.3**

Die Vergabestelle bringt vor, sie habe die von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Referenz im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens als einwandfrei beurteilt. Somit habe die Zuschlagsempfängerin ausreichende Erfahrung für den Auftrag nachgewiesen und erfülle das Eignungskriterium 8 ebenso wie alle übrigen Eignungskriterien. Da die Lieferung im Vordergrund stehe, könne offenbleiben, ob die Zuschlagsempfängerin als (wie auch immer zu definierende) Herstellerin zu gelten habe oder nicht. Ohnehin handle es sich bei der «Herstellung» um keinen besetzten Begriff. Wo die Grenze zwischen den Arbeitsschritten Herstellung und Montage bzw. Endfertigung von Möbeln verlaufe, sei nicht eindeutig definiert. Die Beschwerdeführerin vermöge denn auch in ihrer Replik nicht konkret darzulegen, geschweige denn Belege anzuführen, welche Arbeitsschritte die Herstellung umfassen solle. Auf keinen Fall könne sie sich in guten Treuen auf den Standpunkt stellen, dass die Herstellung auch zwingend die Verarbeitung des Rohmaterials umfasse. Dies widerspreche sowohl dem allgemeinen Sprachverständnis als auch der Wirtschaftspraxis. Die unsubstantiierten und unbelegten Spekulationen der Beschwerdeführerin über den Wertschöpfungsanteil der Zuschlagsempfängerin gingen an der Sache vorbei. Ein hoher eigener Wertschöpfungsanteil sei ein klares Indiz dafür, dass die Zuschlagsempfängerin wesentliche, nicht bloss untergeordnete, Teile der Leistung selbst erbringe. Im Rahmen des Eignungskriteriums 8 hätten die Anbieterinnen vergleichbare Leistungen in einer vergleichbaren Grössenordnung nachzuweisen, was die Zuschlagsempfängerin mittels dreier Referenzen getan habe. Da die Eigenproduktion der Möbel nicht zur charakteristischen Leistung gehöre, brauche nicht darüber spekuliert zu werden, inwieweit die Referenzen der Zuschlagsempfängerin auch den gesamten Herstellungsprozess umfassten.

### **E. 5.4**

Wörtlich lautet das Eignungskriterium 8 (E8, vgl. Ziff. 3.7 f. der Ausschreibung) wie folgt: Der Anbieter bestätigt, dass er über Erfahrung in der Herstellung und Lieferung von

Holzmobiliar gemäss den Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung sowie den Angaben im Pflichtenheft verfügt. In Beilage 1.0 der Ausschreibungsunterlagen wurde zu E8 ergänzt, der Anbieter müsse eine Referenz angeben, bei welcher er «vergleichbare Leistungen seit den letzten 5 Jahren (ab dem Jahr 2018) erbracht» habe. Als Nachweis wurde ein vollständig ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnetes Referenzblatt verlangt.

### **E. 5.5**

Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB kann die Vergabestelle eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen, wenn deren Offerte von verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung wesentlich abweicht.

#### **E. 5.5.1**

Grundsätzlich zum Ausschluss führt beispielsweise die Nichterfüllung von Eignungskriterien (BGE 145 II 249 E. 3 «système de levage», 139 II 489 E. 2.2.4 «Erneuerung Prozessteuerungen und Leitsystem»; Urteil des BGer 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4 «Lieferung und Vermietung von Kehrblasgeräten zur Schneeräumung»; Urteile des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 5.6 m.H. «zweite Gotthardröhre», B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 4 «Übersetzungsdienstleistungen» und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1 «Archivumnutzung»; Laura Locher, Handkommentar, Art. 44 N. 12; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 580). Auf einen Ausschluss kann jedoch verzichtet werden, wenn er sich als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweisen würde (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 «système de levage» und 143 I 177 E. 2.3.1 «Sammlung und Transport von Siedlungsabfall»; Urteil des BGer 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.2 «Lieferung und Vermietung von Kehrblasgeräten zur Schneeräumung»; Urteile des BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 «CT-Ersatz Radiologie» und 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 «Engineered Materials Arresting System Piste 28»; Urteile des BVGer B-415/2023 vom 16. Mai 2023 E. 5.1 m.H. und B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 11.2 f. «Übersetzungsdienstleistungen»).

#### **E. 5.5.2**

Gemäss Art. 27 Abs. 1 BöB legt die Auftraggeberin die Eignungskriterien in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen abschliessend fest; die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Sie dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche imstande sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE 2019 IV/1 E. 3.3 «cotisations sociales» und 2010/58 E. 6.1 «Privatisierung I»). Als Eignungskriterium kann unter anderem die Erfahrung der Offerenten herangezogen werden (Art. 27 Abs. 2 BöB). Bei der Formulierung und der Anwendung der Eignungskriterien verfügt die Vergabestelle über einen grossen Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 56 Abs. 3 BöB nicht eingreifen darf (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 «Ingenieurleistungen», m.H.; BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; Urteile des BVGer B-2862/2023 vom 22. November 2023 E. 3.3, B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 5.5 «zweite Gotthardröhre», B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.3.1 «2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord» und B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58 «Privatisierung Alcosuisse I», E. 2.2 m.H; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 557, 564 f.). Die gerichtliche Beschwerdeinstanz hat die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken, nicht aber aus mehreren möglichen Auslegungen die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1

«Monte Ceneri»; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 E. 2.4.1 «Leitsystem A9»; Urteile des BVGer B-3126/2023 vom 22. November 2023 E. 5.2 «LSVA III - Nationaler NETS-Anbieter», B-415/2023 vom 16. Mai 2023 E. 5.1.3 «Roaming/ IMS Plattform 4G» und B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 7.2.2 «Übersetzungsdienstleistungen»). Welche Referenzarbeiten die Vergabestelle als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet, liegt ebenfalls in ihrem Ermessen (Urteile des BVGer B-3126/2023 vom 22. November 2023 E. 6.1 «LSVA III - Nationaler NETS-Anbieter» und B-597/2023 vom 2. Juni 2023 E. 3.4 «Baumeisterarbeiten Flughafen Zürich», je m.H). Zwecks Gleichbehandlung muss die Vergabestelle die Referenzen aller Anbieter nach demselben Massstab überprüfen (Schneider Heusi, a.a.O., N. 37).

### **E. 5.5.3**

Um zu prüfen, ob die Anbieter die Teilnahmebedingungen und die Eignungskriterien erfüllen, kann die Vergabestelle unter Berücksichtigung des konkreten Auftrags ausgewählte Unterlagen oder Nachweise anfordern (Art. 4 Abs. 4 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020, VöB, SR 172.056.11; vgl. Botschaft, 1941). Solche werden in Anhang 3 zur BöB beispielhaft aufgelistet. Dessen Ziff. 12 etwa nennt Referenzen, mittels derer die Vergabestelle in Erfahrung bringen kann, ob der Anbieter seine bisherigen Leistungen ordnungsgemäss erbracht und bei denen sie insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: den Wert der Leistung, Ort und Zeit der Leistungserbringung sowie eine Stellungnahme des damaligen Auftraggebers, ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ordnungsgemäss erbracht wurde.

### **E. 5.6**

Für die streitgegenständliche Beschaffung war ein Auftrag mit vergleichbaren Leistungen auf einem Referenzblatt zu deklarieren. Wie das Bundesamt für Rüstung in seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2024 gegenüber der Beschwerdeführerin offenlegte, beziehen sich die Referenzen der Zuschlagsempfängerin auf mit der streitgegenständlichen Beschaffung vergleichbare Aufträge der Militärverwaltung für Waffenplätze und Kasernen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht keine Hinweise, wonach Referenzen der Zuschlagsempfängerin nicht vergleichbar wären oder die Vergabestelle bei der Würdigung der Referenzen gegenüber den Offerenten unterschiedliche Massstäbe angewandt hätte. Mithin beging die Vergabestelle keinen qualifizierten Ermessensfehler; sie durfte die Referenzaufträge der Zuschlagsempfängerin als vergleichbar werten.

### **E. 6**

Wegen des vergleichsweise tiefen Gesamtpreises der Offerte der Zuschlagsempfängerin führte das Bundesamt für Rüstung Abklärungen beim SECO sowie bei kantonalen Amtsstellen durch (vgl. Art. 38 Abs. 3 BöB).

### **E. 6.1**

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 BöB bestimmt, dass öffentliche Aufträge für im Inland zu erbringende Leistungen nur an Anbieter vergeben werden, welche unter anderem die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten. Damit statuiert Art. 12 Abs. 1 BöB eine besondere Form der Inländerbehandlung; für alle in der Schweiz zu erbringenden Leistungen sind die schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen zu respektieren (Botschaft, 1912). Nach Art. 12 Abs. 5 Satz 1 BöB kann der Auftraggeber die Einhaltung der Anforderungen

kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Gemäss Art. 26 Abs. 1 BöB stellt der Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens und bei der Erbringung der zugeschlagenen Leistungen sicher, dass die Anbieterin und ihre Subunternehmer die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Art. 12 BöB, erfüllen. Er kann von der Anbieterin verlangen, dass sie die Einhaltung der Teilnahmebedingungen insbesondere mit einer Selbstdeklaration oder der Aufnahme in ein Verzeichnis nachweist (Art. 26 Abs. 2 BöB).

#### **E. 6.2**

In seiner Vernehmlassung hielt das Bundesamt fest, es habe die Produktions- und Lieferkette der Zuschlagsempfängerin sowohl bei der Angebotsprüfung als auch bei der Bereinigung gründlich abgeklärt. Die Zuschlagsempfängerin führe an ihrem Sitz Projektierung, Planung, Musterbau und den Einkauf der Holzkomponenten durch und stelle in einer lokalen Schreinerei mit eigenem Personal Prototypen her. Die Serienproduktion der Möbel erfolge nicht an ihrem Sitz, sondern in für das jeweilige Projekt zugemieteten Werkstätten und Lagern. Dort fertigten die Mitarbeitenden der Zuschlagsempfängerin die Möbel in Serie aus den eingekauften, aber für das jeweilige Projekt zusammengestellten Möbelkomponenten. Somit gingen die Mutmassungen der Beschwerdeführerin über die Produktionsstätte der Zuschlagsempfängerin an der Sache vorbei. Ebenso unbegründet sei ihr Einwand, dass die Zuschlagsempfängerin eine blosser Zwischenhändlerin bzw. Vermittlerin sei. Einzelkomponenten und Kleinteile, wie z.B. Beschläge, Spanplatten und Beschichtung, kaufe die Zuschlagsempfängerin von verschiedenen Lieferanten, welche sie in der Offerte und in den Bereinigungsantworten auf transparente und nachvollziehbare Weise ausgewiesen habe. Anpassungen, Bohrarbeiten und der Zusammenbau erfolgten dagegen durch die Zuschlagsempfängerin mit eigenem Personal in einer von ihr bereits für ein anderes Projekt gemieteten Werkstätte.

#### **E. 6.3**

Auf Verfügung der Instruktionsrichterin vom 5. März 2024 betreffend Akteneinsicht hin reichte die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht die Dokumentation ihrer Abklärungen beim SECO (vgl. Ziff. 5.3 des Evaluationsberichts) mit Begleitschreiben vom 14. März 2024 ein. Dabei handelt es sich um mehrere per E-Mail vom 26. September 2023 an das SECO gerichtete Fragen sowie dessen ebenfalls per E-Mail erteilte Antworten vom 27. September 2023. Im Begleitschreiben vom 14. März 2024 erklärte die Vergabestelle, Bereinigungsunterlagen, die Rückschlüsse auf das Angebot bzw. darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse erlaubten, seien geheimzuhalten. Die Dokumentation erlaube Rückschlüsse auf die Betriebsorganisation der Zuschlagsempfängerin, namentlich auf Einzelheiten der Personalorganisation.

#### **E. 6.4**

Im Rahmen der Offertbereinigung reichte die Beschwerdegegnerin der Vergabestelle einen Auszug aus dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Möbelindustrie (Version 2020) ein. Dazu erklärte sie, die fraglichen, für die Auftragsausführung vorgesehenen Mitarbeiter seien im Ausland ausgebildete Fachleute (Schreiner), welche in der Schweiz als nichtausgebildete und unerfahrene Hilfsarbeiter gälten und entsprechend entlohnt sowie verrechnet würden. Das SECO führte gegenüber der Vergabestelle aus, die Mindestlöhne des

allgemeinverbindlichen GAV Möbelindustrie gälten im Prinzip auch für Angestellte mit dem betreffenden ausländerrechtlichen Status. Ob es gerechtfertigt sei, diese Facharbeiter als ungelernete Hilfskräfte zu qualifizieren und zu entlohnen, müsste von der paritätischen Vollzugskommission des GAV geprüft werden. Der «aktuelle» Lohn für 2023 liege höher als oben genannt. Weiter teilte das SECO der Vergabestelle mit, der zuständige Kanton überprüfe die Arbeitsbedingungen im Hinblick auf die Erteilung der erforderlichen Arbeitsbewilligungen. Diesbezüglich muss allerdings berücksichtigt werden, dass die kantonale Beurteilung aus ausländerrechtlicher Perspektive und für eine bestimmte Anstellung erfolgt, also nicht unter dem beschaffungsrechtlichen Gesichtspunkt der für eine spezifische Vergabe massgeblichen Arbeitsbedingungen.

#### **E. 6.5**

Mit der paritätischen Vollzugskommission des GAV Möbelindustrie besteht ein Kontrollorgan im Sinne von Art. 12 Abs. 5 Satz 1 BöB. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle bei diesen Erkundigungen eingezogen hätte.

#### **E. 6.6**

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Satz 1 BöB dürfen öffentliche Aufträge für im Inland zu erbringende Leistungen nur an Anbieter vergeben werden, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsbedingungen einhalten (vgl. oben E. 6.1). Ort der Leistung ist bei der Beschaffung «Kasernenmobiliar aus Holz» die Schweiz (vgl. Ziff. 2.7 der Ausschreibung). Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob die einschlägigen hiesigen Arbeitsbedingungen mit der Entlohnung ausländischer Schreiner als ungelernete, unerfahrene Hilfskräfte nach vergaberechtlicher Zwecksetzung eingehalten werden. Dabei fällt namentlich der Aspekt der Wettbewerbsverzerrung ins Gewicht (vgl. Art. 2 Bst. d BöB und Botschaft, 1911).

#### **E. 6.7**

Per E-Mail vom 20. Juni 2023 unterbreitete die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin ein Dokument mit «Bereinigungspunkten». Punkt 1.4 desselben enthält folgende Bemerkung (Zitat): Im Preisblatt wird bei den Reparaturarbeiten ein Stundenansatz von CHF [...] ausgewiesen. Der Verweis auf den GAV datiert aus dem Jahr 2021 und bezieht sich auf einen ungelerneten MA (Hilfsarbeiter). In einem undatierten Schreiben der Beschwerdegegnerin an die Vergabestelle, das mit «anbei die Ergänzungen gemäss Ihrer Anforderung vom 20.06.2023» eingeleitet wird und im Rahmen der Offertbereinigung verfasst wurde, findet sich folgende Aussage (Zitat): Der Stundensatz ist richtig. Unsere teils langjährigen Mitarbeiter sind meist aus der Ukraine (in der Schweiz mit Status S und Arbeitsbewilligung, Löhne gemäss GAV + Zusatzleistungen). Da aber keiner über eine CH-Lehre und Schulabschluss verfügt, gelten sie als ungelernete und dürfen nur als solche verrechnet werden. Sie sind alle erst knapp ein Jahr hier und gelten deshalb als «unerfahren» gemäss GAV. Ihre frühere Arbeit in der Ukraine zählt nicht. Am 13. Juli 2023 sandte die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin unter anderem folgende Anschlussfrage (Zitat): Wie stellt [die Beschwerdegegnerin] sicher, dass, wenn die Mitarbeitenden aus der Ukraine den Schutzstatus S verlieren und wieder zurückreisen, die Arbeiten (Termine) sowie die vereinbarten Preise gehalten werden können? Wir erachten dies, für uns als Auftraggeber, als sehr grosses Risiko. Mit Schreiben vom 18. Juli 2023 an die Vergabestelle führte die Beschwerdegegnerin dazu insbesondere Folgendes aus (Zitat): Wir sind nicht auf Mitarbeiter aus der Ukraine angewiesen. Wenn einer gehen möchte oder muss, kann er durch Arbeiter aus der EU ersetzt werden. Schon heute haben wir Arbeiter

aus Rumänien, Italien und Deutschland. Ein Mitarbeiter mit Status S kostet mehr wie ein Schweizer Arbeiter. GAV Lohn plus Wohnung plus Quellensteuer Sie sind nur in genügender Anzahl kurzfristig vorhanden. [...] Am 29. September 2023 erklärte die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin via E-Mail, da diese für die Erfüllung des geplanten Auftrages Personen mit Schutzstatus «S» vorgesehen habe, benötige sie, um das Angebot vollständig evaluieren zu können, eine Kopie der kantonalen Bewilligung für die Beschäftigung von Personen mit Schutzstatus «S». Mit E-Mail vom 30. September 2023 sandte die Beschwerdegegnerin der Vergabestelle Kopien der Arbeitsbewilligungen «unserer aktuellen Status S Mitarbeiter». Dabei hielt sie fest, für ihr Projekt kämen vor allem Herr [...] (Chefmonteur) und Frau [...] (Logistik, Auftragswesen, Qualitätskontrolle) zum Einsatz. Für grössere Bauprojekte verstärke sie sich auch mit befristeten Arbeitsverträgen. Für Mitarbeiter aus dem europäischen Umfeld hole sie eine Arbeitsbewilligung L ein.

### **E. 6.8**

Das Lohnstufenmodell des GAV Möbelindustrie (abrufbar unter [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch), Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen) unterscheidet zwischen Berufsleuten der Kategorien A1 (Berufsleute mit Fachausweis etc.), A2 (Berufsleute mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis etc.) und B1 (Arbeitnehmende mit Berufsattest, Praktikanten etc.) einerseits sowie ungelerten Mitarbeitern der Kategorie B2 (ungelernte Mitarbeiter, Arbeitnehmende, die als Hilfskräfte eingesetzt werden) andererseits. Art. 6 des GAV regelt den Lohn. In Art. 6.2 GAV werden die Lohnkategorien näher umschrieben. Demnach umfasst die Kategorie A1 neben Berufsleuten mit Fachausweis auch solche mit einem Aufgabenbereich, der wesentlich höhere Anforderungen stellt als die Berufslehre. Als Beispiele dafür werden etwa Abteilungsleiter, Vorarbeiter und Maschinenmeister genannt. Die Lohnkategorie A2 erstreckt sich gemäss Art. 6.2 GAV auf Berufsleute mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis, mit branchenspezifischem Lehrabschluss nach Absolvierung einer mindestens dreijährigen Lehre sowie auf Arbeitnehmende mit einer gleichwertigen Ausbildung. In die Kategorie B1 werden gemäss Art. 6.2 GAV Arbeitnehmende mit Berufsattest, Praktikanten und Arbeitnehmende, welche Arbeiten ausführen, die eine längere Anlernzeit und damit bestimmte Fertigkeiten und Kenntnisse über Werkstoffe und Betriebsmittel voraussetzen, sowie Berufsleute mit Funktionen, die den Anforderungen der Kategorie A2 nicht entsprechen, eingereiht.

### **E. 6.9**

Dem GAV Möbelindustrie lässt sich folglich entnehmen, dass beispielsweise eine Einstufung in die Lohnkategorie A1 nicht zwingend einen entsprechenden Berufsabschluss voraussetzt, sondern auch im tatsächlichen Aufgabenbereich begründet sein kann. Ebenso kann eine Einreihung in die Kategorie B1 aufgrund des Charakters der Tätigkeit erfolgen, und die Lohnkategorie A2 steht auch Personen mit gleichwertiger Ausbildung offen. Angesichts dessen erscheint etwa die Qualifikation eines Chefmonteurs oder einer Verantwortlichen für die Logistik, das Auftragswesen und die Qualitätskontrolle als ungelernte Mitarbeiter bzw. Arbeitnehmende, die als Hilfskräfte eingesetzt werden, nicht nachvollziehbar. Ob die lohnmassige Einstufung des übrigen Personals, das die Beschwerdegegnerin einsetzen würde, vor diesem Hintergrund unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung der Arbeits- und damit der Teilnahmebedingungen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 BöB) korrekt war, lässt sich anhand der Akten nicht eruieren. Auch die Angebotsbereinigung, welche die Vergabestelle durchführte, erlaubt diesbezüglich keine

verlässlichen Schlüsse. Somit lässt sich nicht überprüfen, ob der Nachweis, dass die einschlägigen Arbeitsbedingungen seitens der Beschwerdegegnerin respektiert werden, im Vergabeverfahren effektiv erbracht wurde, zumal die Behandlung mindestens eines Teils der betreffenden Angestellten als ungelernete Hilfskräfte im Sinne des Lohnstufenmodells des GAV Möbelindustrie fragwürdig erscheint. Möglicherweise würden Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin für den Auftrag «Kasernenmobiliar aus Holz» auch Tätigkeiten ausüben, die nach dem GAV Möbelindustrie hinsichtlich Anforderungsprofil, Qualifikation und/oder Erfahrung höher einzustufen sind als die seinerzeit in den kantonalen ausländerrechtlichen Bewilligungen genannten.

#### **E. 6.10**

Wenn Angestellte mit Status S, wie die Beschwerdegegnerin der Vergabestelle erklärte, sodann effektiv mehr kosten als Schweizer, weil zusätzlich zum GAV-Lohn Auslagen für das Wohnen und die Quellensteuer anfallen, drängt sich die Frage auf, ob gewisse (faktische) Lohnbestandteile ergänzend hätten in den Angebotspreis einkalkuliert werden müssen. Auch dieser Aspekt bedarf bei der Überprüfung der Einhaltung der Vergabeanforderungen näherer Betrachtung.

#### **E. 6.11**

Da die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die Beschwerdegegnerin im Submissionsverfahren weder hinlänglich nachgewiesen noch im gebotenen Masse durch die Vergabestelle überprüft wurde, ist deren angefochtene Zuschlagsverfügung vom 24. November 2023 aufzuheben. Die Sache ist für weitere Abklärungen im Sinne der Erwägungen und zu neuerlicher Entscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Diese wird dabei insbesondere darüber zu befinden haben, ob die Beschwerdegegnerin allenfalls wegen Nichteinhaltung von Teilnahmebedingungen vom Verfahren ausgeschlossen werden muss (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB).

#### **E. 7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen, die Zuschlagsverfügung vom 24. November 2023 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen ist.

#### **E. 8**

Die prozessualen Rechtsbegehren werden mit dieser Endentscheidung gegenstandslos. Dispositiv-Ziff. 3 der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2023, mit welcher dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung superprovisorisch entsprochen wurde, fällt deshalb dahin.

#### **E. 9.1**

Die Verfahrenskosten (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

##### **E. 9.1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht heisst das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Beschwerdeführerin um Aufhebung der Zuschlagsverfügung sowie ihr Eventualbegehren Ziff. 3 um Rückweisung der Sache an die Vergabestelle gut. Nicht gutgeheissen werden ihre Rechtsbegehren Ziff. 2, 4 und 5. Dementsprechend gilt die Beschwerdeführerin als

teilweise obsiegend.

#### **E. 9.1.2**

Eine Rückweisung mit offenem Ausgang ist im Kostenpunkt wie eine vollständige Gutheissung zu behandeln (vgl. Urteile des BVGer B-597/2023 vom 2. Juni 2023 E. 8.1 «Baumeisterarbeiten Flughafen Zürich» und B-5266/2020 E. 8.1 «2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord»). Deshalb ist der Beschwerdeführerin ihr Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vollumfänglich zurückzuerstatten.

#### **E. 9.1.3**

Als unterliegend gelten demnach die Beschwerdegegnerin, die sich mit eigenen Anträgen am Beschwerdeverfahren beteiligt hat und den Zuschlag verliert, sowie die Vergabestelle. Grundsätzlich wären die Kosten also nach gleichen Teilen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Allerdings tritt die Vergabestelle, wenn sie mit einer Ausschreibung ihren Bedarf deckt, nicht als (hoheitlich regulierende) Vorinstanz auf, sondern ist selbst eine regulierungsbedürftige Akteurin (vgl. Urteile des BVGer B-597/2023 vom 2. Juni 2023 E. 8.1 «Baumeisterarbeiten Flughafen Zürich» und B-3797/2015 vom 13. April 2016 E. 5.3, nicht publiziert in BVGE 2017 IV/4 «Publicom»). Hinsichtlich Kosten ist sie jedoch wie eine Vorinstanz zu behandeln, weshalb ihr keine aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Folglich ist zunächst einmal die Hälfte der Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

#### **E. 9.1.4**

Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall sind die Verfahrenskosten auf Fr. 8'000.- festzusetzen und zur Hälfte der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Diese hat sodann die Kosten für die Zwischenverfügungen vom 24. April 2024 und vom 13. Juni 2024, bei denen sie mit ihren Begehren unterlag, total Fr. 600.-, zu tragen.

#### **E. 9.2**

Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin, nicht jedoch der unterliegenden Beschwerdegegnerin, ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat von vornherein die Vergabestelle als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

#### **E. 9.2.1**

Die Rechtsvertreterinnen der Beschwerdeführerin haben keine Kostennote eingereicht. Daher ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anbetracht des Umfangs und der Komplexität der Streitsache erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.- als angemessen.

#### **E. 9.2.2**

Die Parteientschädigung ist der unterliegenden Beschwerdegegnerin, die sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat, aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG).

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