

BVGer B-6988/2018 vom 17. April 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-04-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6988_2018

FR: TAF B-6988/2018 du 17 avril 2019

IT: TAF B-6988/2018 del 17 aprile 2019

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Die Zuständigkeit zum Entscheid über ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags in einem Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des BöB (Art. 29 Bst. a und d i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

E. 1.2

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

E. 1.2.1

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

E. 1.2.2

Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 ihrer Ausschreibung vom 20. Juni 2018 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA (vgl. Anhang 1 Annex 4) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VöB, SR 172.056.11] Anhang 1a). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1

Bst. b BöB auf den Anhang 1 Annex 4 GPA. Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der provCPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification) (zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff.; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Die Vergabestelle wies die Beschaffung der "Dienstleistungskategorie CPC: [7] Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" (entspricht der provCPC-Referenznummer 84; vgl. Anhang 1a zur VöB) sowie der Gemeinschaftsvokabular-(CPV)-Kategorie 72000000 "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" zu (vgl. Ziff. 2.1 und 2.4 f. der Ausschreibung). Gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibung beinhaltet der Beschaffungsgegenstand Integrationsleistungen im Anwendungsbereich "Engineering DB" (Los Nr. 3). Mit der Ausschreibung werden Anbieter gesucht, welche solche Leistungen im Informatikbereich erbringen können. Die Einstufung in die Kategorie "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" (gemäss provCPC-Referenznummer 84) bzw. in die Kategorie "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" (gemäss CPV-Referenznummer 72000000) erscheint daher als zutreffend, so dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB handelt. Der Beschaffungsgegenstand fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 1.2.3

Die Vergabestelle hat das optionale Maximalbeschaffungsvolumen des Loses Nr. 3 auf Fr 1'500'000.- (ohne MwSt.) geschätzt. Das geschätzte Gesamtbeschaffungsvolumen aller sechs Lose beläuft sich auf Fr. 18'500'000.- (vgl. Pflichtenheft Ziff. 3.3). Der Schwellenwert für Dienstleistungen von Fr. 230'000 ist somit überschritten (Art. 6 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]; zur Massgeblichkeit des hypothetischen Gesamtwerts bei optional ausgestalteten Aufträgen vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 314). Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.2.4

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache und damit auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig.

E. 1.3

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-2955/2018 vom 4. Oktober 2018 E. 2.4; vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340, mit Hinweisen).

E. 1.4

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Sie kann aber durch das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.1

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweis "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als not-wendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweis).

E. 2.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" 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 "Hörgeräte"). 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., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweis; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

E. 3

Die Beschwerdeführerin beanstandet, ihr Angebot zum Los Nr. 3 sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Entgegen der Beurteilung der Vergabestelle habe sie die geforderten Eignungskriterien EK 11 und EK 12 erfüllt und mithin ein gültiges Angebot eingereicht.

E. 3.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 10.2 und B-4902/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5.1). Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a BöB). Der Ausschluss kann durch gesonderte Verfügung, aber auch - wie vorliegend - bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-2955/2018 vom 4. Oktober 2018 E. 4.2 und B-620/2018 vom 13. Juni 2018 E. 4.3.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 449 f.). Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 10.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580). Demgegenüber dienen die Zuschlagskriterien der Bewertung der zulässigen Angebote, wobei eine schlechtere Bewertung bei einem Kriterium durch eine bessere bei einem anderen aufgewogen werden kann. Daraus folgt, dass in einem ersten Schritt die Eignung zu prüfen ist und anschliessend in einem zweiten Schritt die zulässigen Offerten zu bewerten sind. Es wäre unzulässig, den ersten Schritt gar nicht durchzuführen und ein Angebot, das die Eignungskriterien nicht erfüllt, trotzdem zuzulassen (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580).

E. 3.2

Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat. Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (Zwischenentscheide des BVGer B-4902/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5.3, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 und B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2). Zu prüfen ist im Folgenden, ob der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin (in materieller Hinsicht) Bundesrecht verletzt.

E. 3.3

Gemäss Ziff. 4.2.1 des Pflichtenhefts werden zum Nachweis der Erfüllung des Eignungskriteriums EK 11 (Kompetenz des Anbieters) zwei Referenzen aus dem Anwendungsbereich des Loses Nr. 3 gefordert. Die Erfüllung des Eignungskriteriums EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) ist mittels einer Referenz nachzuweisen (vgl. Ziff. 4.2.2 des Pflichtenhefts). Hinsichtlich der Modalitäten der Eignungsnachweise wird im Pflichtenheft (Ziff. 4.2.1 und 4.2.2) Folgendes ausgeführt: "[EK11 - Kompetenz des Anbieters:] Der Anbieter soll nachvollziehbar darlegen, dass er in der Vergangenheit bereits Kundenprojekte oder Aufträge im geforderten Gebiet in einem vergleichbaren Umfang erfolgreich umgesetzt hat. Der Kompetenznachweis erfolgt ausschliesslich mittels der Vorlage Referenzblatt (vgl. Anhang[4]). Eine Referenz ist nur bei Einhaltung der nachfolgend aufgeführten Bedingungen gültig: Die Hinweise auf dem Referenzblatt sind zu befolgen. Nur die grün unterlegten Felder dürfen ausgefüllt werden. Es dürfen sonst keine Veränderungen vorgenommen werden [...]. Es werden nur Leistungen berücksichtigt, die im Abschnitt 'Erbrachte Leistungen im Anwendungsbereich' vordefiniert sind. Nicht passende Leistungen können unter der Rubrik 'Andere Angaben' taxiert werden [...]. Die Einsatzdauer pro Referenz muss mindestens 24 Monate betragen und Abschluss/Einsatzende darf nicht länger als im Jahr 2013 zurückliegen. Der Leistungsumfang muss mindestens 300 Personentage oder 2400 Stunden betragen, welche ausschliesslich im gesuchten Anwendungsgebiet erbracht wurden. [...] [EK12 - Leistungsfähigkeit des Anbieters:] Die anbietende Firma soll nachvollziehbar aufzeigen, dass sie über entsprechende Kapazitäten im geforderten Anwendungsbereich besitzt, um die ausgeschriebenen Bedarfe abzudecken. Der Nachweis erfolgt ausschliesslich mittels der Vorlage Referenzblatt (vgl. Anhang[4]) [...]. Die Bedingungen aus EK11 gelten auch für dieses Kriterium mit folgenden Ergänzungen: [...] Die Einsatzdauer muss mindestens 18 Monate betragen und Abschluss/Einsatzende darf nicht länger als im Jahr 2013 zurückliegen. Der Leistungsumfang muss mindestens 200 Personentage oder 1600 Stunden betragen, welche ausschliesslich im gesuchten Anwendungsgebiet erbracht wurden." In Ziff. 4.2 des Pflichtenhefts brachte die Vergabestelle den folgenden Hinweis an: "Die im Anhang [2] aufgeführten Eignungskriterien müssen vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebots erfüllt und nachgewiesen werden, ansonsten wird auf das Angebot nicht eingegangen. Anbieter, welche diese Kriterien nicht erfüllen, werden vom Verfahren ausgeschlossen. Als nicht erfüllt betrachtet und ebenfalls ausgeschlossen wird auch, wer bei den Angaben vorsätzlich eine Falschangabe macht, wer nichts ausfüllt oder wer unklare Angaben macht [...]."

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch die mit dem Angebot eingereichten Referenzen Nr. 1 und Nr. 2 bzw. Nr. 5 (vgl. Fragenkatalog S. 10) habe sie bereits vor der Nachbereinigung die Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) erfüllt. Dass bei den Referenzen Nr. 1 und Nr. 5 die Angaben über den Auftraggeber - infolge bestehender Geheimhaltungsvereinbarungen - nicht aufgeführt worden seien, sei nicht von Relevanz. Die Vergabestelle sei nämlich nicht verpflichtet, jeden Nachweis zu verifizieren bzw. jede Referenzperson zu kontaktieren. Denn nur soweit sich aus den Unterlagen Zweifel an der Korrektheit der Nachweise vernünftigerweise aufdrängten, sei diesen nachzugehen. Im vorliegenden Fall habe die Vergabestelle jedoch keine entsprechenden Zweifel geltend gemacht. Auch sei es für die Vergabestelle möglich gewesen, anhand der anderen, nicht anonymisierten Referenzen eine Stichprobe durchzuführen. Hinzu komme, dass die anonymisierten Referenzen Nr. 1 und 5 alle für die Auftrags Erfüllung wesentlichen Informationen enthielten. So lasse sich daraus entnehmen, ob die Beschwerdeführerin Leistungen im Umfang des ausgeschriebenen Auftrags durchgeführt habe bzw. bewerkstelligen könne. Es verstehe sich von selbst, dass keine Anbieterin - und so auch die Beschwerdeführerin - in einem Fall einer anonymisierten Referenz unwahre Angaben tätigen dürfe. Entsprechend hätte die Vergabestelle auch die anonymisierten Referenzen berücksichtigen müssen. Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, durch die im Rahmen der ermöglichten Angebotsbereinigung nachgereichte Referenz Nr. 7 habe sie die Eignungskriterien EK 11 und 12 erfüllt. Mit der Nachreichung dieser weiteren Referenz habe die Beschwerdeführerin keine nachträgliche Änderung des Preises oder der offerierten Leistung vorgenommen, weshalb entgegen der Auffassung der Vergabestelle keine wesentliche Angebotsänderung bzw. kein Verstoss gegen das Gebot der Angebotsrunde vorliege. Zudem sei für die Parteien bereits im Zeitpunkt vor der Ermöglichung einer Angebotsbereinigung offensichtlich gewesen, dass die Bereinigung nicht durch Offenlegung der anonymisierten Referenzen, sondern durch Bekanntgabe anderer Referenzen erfolgen werde. Die Beschwerdeführerin habe daher in gutem Glauben davon ausgehen können, dass die Vergabestelle auch dieser Ansicht sei. Mit der Referenz Nr. 7 habe die Beschwerdeführerin aufgezeigt, dass sie über die geforderten Kompetenzen im Bereich "Engineering Datenbanken" nicht nur verfüge, sondern diese übertreffe. Zwar habe sie Anpassungen an den vorgegebenen Leistungskategorien im Referenzblatt vorgenommen; dies sei aber zur Illustration erfolgt, dass die Beschwerdeführerin bereits komplexere Leistungen in diesem Feld erbracht habe. Eine überdurchschnittliche Qualifikation dürfe für den Anbieter keine nachteiligen Auswirkungen nach sich ziehen. Schliesslich erweise sich die Nichtberücksichtigung der Referenz Nr. 7 als unverhältnismässig. Ein Ausschluss einer Anbieterin dürfe nur als ultima ratio vorgenommen werden.

E. 3.5

Die Vergabestelle stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auch nach erfolgter Nachbereinigung die Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) nicht erfülle. Aus den dem Angebot beigelegten Referenzen Nr. 1 und Nr. 5 sei nicht ersichtlich gewesen, für wen die betreffenden Leistungen erbracht worden seien. Ausserdem sei deren Inhalt nicht mittels einer Unterschrift bestätigt worden. Um sicherzustellen, dass keine unwahren Angaben getätigt worden seien, müsse der Vergabestelle zwingend eine Überprüfungsöglichkeit eingeräumt werden. Eine Auftragsvergabe basierend auf nicht verifizierbaren Angaben sei der Vergabestelle - und den Steuerzahlern - nur schon aus Sicht

der Wirtschaftlichkeit und Gleichbehandlung der Anbieter nicht zumutbar. Sodann habe die Vergabestelle in ihrem Schreiben vom 12. Oktober 2018 die Beschwerdeführerin unmissverständlich aufgefordert, im Rahmen der Angebotsbereinigung bei den betreffenden Referenzen ausschliesslich die Angaben in den Abschnitten "Einsatzfirma" und "Bestätigung durch die Einsatzfirma" zu vervollständigen. Entgegen dieser Aufforderung habe die Beschwerdeführerin keine ergänzenden Informationen zu den Referenzen Nr. 1 und Nr. 5, sondern - unaufgefordert - drei neue Referenzen (Nr. 6, 7 und 8) eingereicht. Diese neuen Referenzen hätten schon deshalb nicht berücksichtigt werden können, weil sie eine unerlaubte Angebotsänderung darstellten. Denn mittels Nachreichung von neuen Referenzen habe die Beschwerdeführerin versucht, ihr ursprüngliches Angebot in einem nicht zulässigen Ausmass zu verbessern. Hätte die Vergabestelle diese neuen Referenzen ohne Weiteres als Bestandteil des Angebots akzeptiert, so hätte sie in Verletzung des Gleichbehandlungsgebots die Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbietern bevorzugt. Jedoch selbst wenn die neuen Referenzen noch als Nachweise zugelassen worden wären, hätte dies am Endergebnis, dem Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Los Nr. 3, nichts geändert. So erfüllten die Referenzen Nr. 6 und Nr. 8 u.a. das geforderte Leistungsvolumen nicht. Bei der Referenz Nr. 7 habe die Beschwerdeführerin die vorgegebenen Leistungskategorien im Referenzblatt in unzulässiger Weise abgeändert, indem sie diese durch andere Tätigkeiten ersetzt habe. Abgesehen davon, dass bereits die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin "nach Lust und Laune" die vorgegebenen Kategorien angepasst habe, ausreichend sei, um diese Referenz als ungültig zu qualifizieren, würden die modifizierten Angaben weder den gesuchten Leistungen entsprechen, noch seien sie vergleichbar oder könnten als "komplexer" eingestuft werden.

E. 3.6

Gemäss Art. 9 Abs. 1 BÖB kann die Auftraggeberin die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen; sie stellt dazu Eignungskriterien auf. Nach Art. 9 Abs. 1 VöB kann die Auftraggeberin "für die Überprüfung der Eignung der Anbieter insbesondere die in Anhang 3 genannten Unterlagen erheben und einsehen". Als Nachweis in diesem Sinn gelten dabei u.a. "Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung der erbrachten Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde" (VöB, Anhang 3 Ziff. 8 [Hervorhebungen hinzugefügt]; Zwischenentscheid des BVGer B-4902/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5.1).

E. 3.6.1

Wie aus dem Verordnungstext hervorgeht, liegt der Zweck der von der Vergabestelle geforderten Referenznachweise gerade in der Überprüfbarkeit der von den Anbietern gemachten Angaben bezüglich ihrer Eignung. Es versteht sich daher von selbst, dass eine - infolge fehlender bzw. anonymisierter Angaben über die Auftraggeber - nicht verifizierbare Referenz keinen genügenden Nachweis im Sinn von Art. 9 Abs. 1 BÖB i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VöB darstellt. Dementsprechend kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, die fehlenden Angaben über die Auftraggeber in den Referenzblättern Nr. 1 und Nr. 5 seien für den Kompetenznachweis nicht von Bedeutung gewesen. Dass die Vergabestelle davon ausging, dass die mit dem Angebot eingereichten

Referenzen Nr. 1 und Nr. 5 die Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) nicht erfüllten, ist demnach prima facie nicht zu beanstanden.

E. 3.6.2

Ebenfalls als nicht stichhaltig erweist sich der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe in gutem Glauben annehmen dürfen, dass es im Zeitpunkt vor der Ermöglichung der Angebotsbereinigung auch für die Vergabestelle offensichtlich gewesen sei, dass die Bereinigung nicht durch Offenlegung der anonymisierten Referenzen, sondern durch Einreichung anderer Referenzen erfolgen werde. In ihrem Schreiben vom 12. Oktober 2018 wies die Vergabestelle explizit darauf hin, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Angebotsbereinigung ausschliesslich die Angaben in den Abschnitten "Einsatzfirma" und "Bestätigung durch die Einsatzfirma" verändern dürfe, dass indessen eine "anderweitige Anpassung des Angebots" nicht möglich sei. Gegenteilige Anhaltspunkte, welche für die "Annahme" der Beschwerdeführerin sprechen würden, ergeben sich weder aus den Vergabeakten, noch werden solche von der Beschwerdeführerin substantiiert dargetan.

E. 3.6.3

Prima facie erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle sei in bundesrechtswidriger Weise von der Nichterfüllung der Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) vor der Nachbereinigung ausgegangen, als offensichtlich unbegründet.

E. 3.7

Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (vgl. Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1; BVGE 2007/13 E. 3.1, mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3; Urteil des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.1). Dementsprechend sind denn auch sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 8.2; Urteil des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.1; Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3; Entscheid der BRK 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c/aa; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2b). Fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, so muss die Vergabestelle die Offerte ausschliessen, andernfalls würde sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen. Handelt es sich dagegen lediglich um unbedeutende Mängel, so verfügt die Vergabestelle über einen gewissen Ermessensspielraum, ob sie die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen will. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle sogar, aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dazu verpflichtet (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2; Urteile des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 4.6, B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.1 und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, m.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 8.2). Die Grenze zwischen einer zulässigen (bzw. sogar gebotenen) nachträglichen Behebung von

unbedeutenden Formmängeln einerseits und einer unzulässigen Nachbesserung wesentlicher inhaltlicher Mängel einer Offerte andererseits ist im Einzelfall nicht einfach zu ziehen.

E. 3.7.1

Fest steht, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Angebotsbereinigung keine ergänzenden Informationen zu den (zuvor beigelegten) Referenzen Nr. 1 und Nr. 5, sondern drei neue Referenzen (Nr. 6, 7 und 8) einreichte. Unbestritten ist dabei, dass die neuen Referenzen Nr. 6 und Nr. 8 ungültig sind, weil sie u.a. das geforderte Leistungsvolumen nicht erfüllen. Bei der vorliegend relevanten Referenz Nr. 7 hat die Beschwerdeführerin zudem die im Referenzblatt vorgegebenen Leistungskategorien modifiziert, indem sie diese durch andere Tätigkeiten ersetzte. Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, wollte die Beschwerdeführerin mit der modifizierten Referenz Nr. 7 darlegen, dass sie bereits "komplexere Leistungen" ausgeführt habe und demzufolge die geforderten Kompetenzen übertreffen würde.

E. 3.7.2

Die Abänderung der vordefinierten Leistungskategorien im Referenzblatt hat die Konsequenz, dass die Vergleichbarkeit der Referenznachweise entfällt, wodurch der eigentliche Zweck der Offertbereinigung konterkariert wird (vgl. BVG 2007/13 E. 3.4). Zudem ist festzustellen, dass die Referenz Nr. 7 schon aufgrund der erfolgten Modifikationen in Ziff. 4.2.1 und 4.2.2 des Pflichtenhefts klar definierten Modalitäten für die Erbringung der Referenznachweise widerspricht (vgl. Ziff. 4.2.1 des Pflichtenhefts: "Es werden nur Leistungen berücksichtigt, die im Abschnitt 'Erbrachte Leistungen im Anwendungsbereich' vordefiniert sind"; "Nur die grün unterlegten Felder dürfen ausgefüllt werden; es dürfen sonst keine Veränderungen vorgenommen werden [...]"). Im Lichte dessen ist prima facie davon auszugehen, dass die im Rahmen der Angebotsbereinigung nachgereichte Referenz Nr. 7 mit einem Gültigkeitsmangel behaftet und dementsprechend nicht zu berücksichtigen ist. Weil damit die von der Beschwerdeführerin nachgereichten Referenzen Nr. 6, 7 und 8 die Anforderungen ohnehin nicht erfüllen, kann offen bleiben, ob die Einreichung neuer Referenzen eine unzulässige Nachbesserung des Angebots darstellt.

E. 3.7.3

Prima facie erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle sei nach erfolgter Nachbereinigung in bundesrechtswidriger Weise von der Nichterfüllung der Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) ausgegangen, als offensichtlich unbegründet.

E. 3.8

Hinsichtlich der Erfüllung der Eignungskriterien durch die Zuschlagsempfängerin bringt die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 3. Januar 2019 (sinngemäss) vor, es bestünden Gründe zur Annahme, dass die Bewertung der Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) fehlerhaft vorgenommen worden seien. Es sei ihr zugetragen worden, dass eine Zuschlagsempfängerin (B. _____ AG) im Vergabeverfahren betreffend das Los Nr. 2 (B-6997/2018) zum Nachweis der Eignungskriterien EK 11 (Kompetenz des Anbieters) und EK 12 (Leistungsfähigkeit des Anbieters) Mitarbeiter (in der Eingabe vom 3. Januar 2019 namentlich erwähnt) aufgeführt habe, die gemäss den mitarbeiterbezogenen Anforderungen im Pflichtenheft (Ziff. 4.2.1 und 4.2.2) nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Im Lichte

dessen sei diesem Punkt auch im vorliegenden Verfahren betreffend das Los Nr. 3 nachzugehen, da sich identische Fragen stellen würden. Abgesehen davon, dass die B._____ AG im vorliegend relevanten Vergabeverfahren betreffend das Los Nr. 3 kein Angebot eingereicht hat, geht aus den dem Gericht zur Verfügung stehenden Akten des Verfahrens B-6997/2018 nicht hervor, dass die von der Beschwerdeführerin erwähnten Personen im Zusammenhang mit den Referenznachweisen zu den Eignungskriterien EK 11 und 12 beigezogen wurden. Prima facie erweist sich dieser Einwand als offensichtlich unbegründet.

E. 4

Prima facie erscheint die Beschwerde somit als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich wäre.

E. 5

Die Beschwerdeführerin hat umfassende Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens beantragt, inklusive in die Offerte der Zuschlagsempfängerin, namentlich in Bezug auf die von ihr eingereichten Referenzblätter (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin vom 3. Januar 2019).

E. 5.1

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde teilweise entsprochen. Mit Verfügung vom 23. Januar 2019 erhielt sie Einsicht in das Aktenverzeichnis sowie in die teilweise abgedeckte Version der Vergabeakten.

E. 5.2

Auch in Beschwerdeverfahren bezüglich Beschaffungssachen gilt, dass die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme darstellt (Art. 26 ff. VwVG). Vom Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse besteht (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Im Kontext eines Zwischenentscheids über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde bedeutet dies, dass die im Hinblick auf diese Frage unterliegende Partei Einsicht in diejenigen Akten erhalten muss, welche für eine allfällige Anfechtung des Zwischenentscheides relevant sein könnten. Die betreffende Partei soll sich aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ein Bild von der Ausgangslage machen können, um ihre Erfolgchancen abschätzen und gegebenenfalls den Zwischenentscheid fristgerecht anfechten zu können (Zwischenentscheide des BVer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 13.1 und B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 8).

E. 5.3

Im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheids sind vorliegend in erster Linie diejenigen Akten relevant, welche sich auf die Erfüllung der in Frage stehenden Eignungskriterien beziehen. Dies sind in erster Linie Akten, über welche die Beschwerdeführerin bereits verfügt (Ausschreibung und dazugehörige Unterlagen, teilweise abgedeckter Evaluationsbericht) oder die sie selbst eingereicht hat (Angebot der Beschwerdeführerin). Die übrigen Akten des Vergabeverfahrens, insbesondere die Offerte der Zuschlagsempfängerin und deren Evaluation durch die Vergabestelle, erscheinen im

Zusammenhang mit dem (unsubstantiiert) vorgebrachten Einwand in Bezug auf die Bewertung der Eignung der Zuschlagsempfängerin zwar als (potentiell) punktuell relevant, doch kann der Beschwerdeführerin wegen der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin nicht ohne Weiteres Akteneinsicht gewährt werden. In diesem Verfahrensstadium reicht es daher aus, dass die entsprechenden entscheiderelevanten Informationen in diesem Zwischenentscheid dargelegt werden. Inwieweit der Beschwerdeführerin weitere Akteneinsicht in die übrigen Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren ist, wird im Hauptverfahren zu entscheiden sein.

E. 6

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

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