

BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7463_2016

FR: TAF B-7463/2016 du 31 octobre 2017

IT: TAF B-7463/2016 del 31 ottobre 2017

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind oder und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008, auszugsweise publiziert als BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, und BVGE 2007/6 E. 1, je mit Hinweisen).

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (vgl. Art. 29 Bst. a BöB in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

E. 1.3

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 Hinweis). 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 Auftrags den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.4

Die Vergabestelle ist in Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB ausdrücklich als Vergabestelle genannt und untersteht somit trotz eigener Rechtspersönlichkeit dem BöB (BVGE 2008/61 E. 3.4).

E. 1.5

Die Vergabestelle geht gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung von einem Bauauftrag aus. Er wird der Common Procurement Vocabulary (CPV)-Referenznummer 45000000 (Bauarbeiten) und der Baukostenplannummer (BKP) 231 (Apparate Starkstrom) zugeordnet. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 GPA. Bei der Erneuerung der Netzersatzanlage (ESV-Anlage) mit einer Leistung von 2.5 MVA sowie des zugehörigen Notstroms NSHV (ESV-NSHV), inkl. Erschliessung, ist - wie in der Ausschreibung (Ziff. 1.8) festgehalten - von einem Bauauftrag auszugehen. Die

Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den sachlichen Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.6

Der Zuschlag wurde zum Preis von Fr. 1'615'000.- ohne MWST vergeben (Ziff. 3.2 der Zuschlagsverfügung). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Millionen Franken. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB). Die Verfahrensbeteiligten gehen beide davon aus, dass vorliegend die in Frage stehende Erneuerung der Netzersatzanlage (ESV-Anlage) mit einer Leistung von 2.5 MVA sowie des zugehörigen Notstroms NSHV (ESV-NSHV), inkl. Erschliessung, als Bauwerk anzusehen ist und den massgeblichen Schwellenwert erreicht. Der Auftrag ist Teil eines grösseren Bauprojekts, dessen Gesamtkosten ca. Fr. 130 Millionen betragen. Dieser Wert übertrifft den Schwellenwert für Bauwerke zweifellos. Da der Wert des Auftrags ausserdem 1.5 Millionen Franken erreicht, ist die Anrufung der sogenannten Bagatellklausel (Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]) ausgeschlossen.

E. 1.7

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegend zu beurteilende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

E. 1.8

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss, der Zuschlag sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuentscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Eventualiter sei ihr der Zuschlag direkt zu erteilen. Subeventualiter sei gerichtlich festzustellen, dass die Vergabestelle die Bestimmungen des BöB verletzt habe. Damit richtet sich die Beschwerde ausschliesslich gegen den Zuschlag und ist allein die Zuschlagsverfügung Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren.

E. 2.1

Der Vertrag für die Ausführung des ausgeschriebenen Bauwerks wurde am 21. Dezember 2016 zwischen der Vergabestelle und der von ihr berücksichtigten Zuschlagsempfängerin bereits geschlossen (vgl. Sachverhalt Bst. D). Die Beschwerdeführerin kann damit den Auftrag selbst nicht mehr erhalten, sondern nur noch die Widerrechtlichkeit der Zuschlagsverfügung feststellen lassen und allenfalls auf Schadenersatz klagen.

E. 2.2

Gemäss Art. 34 Abs. 1 BöB haften die Auftraggeberinnen ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung für einen Schaden, den sie durch eine Verfügung verursacht haben, deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 BöB festgestellt worden ist. Demnach kann nur derjenige Schadenersatz verlangen, der durch eine widerrechtliche Verfügung einen Schaden erlitten hat, wobei das Bundesverwaltungsgericht die Widerrechtlichkeit vorgängig festgestellt haben muss (Urteil des BVGer B-1470/2010 vom

29. September 2010 E. 1.4.2). Der Gesetzgeber hat insofern ein zweistufiges Verfahren vorgesehen: In einem ersten Schritt hat das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren nach Art. 32 Abs. 2 BöB bloss festzustellen, ob der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist. Erst nach dieser Feststellung ist das Verfahren gemäss Art. 35 BöB einzuleiten (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 18/00 E. 4a; zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414 mit Hinweisen).

E. 3.1

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

E. 3.2

Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1296). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung und das angefochtene Schreiben der Vergabestelle - der Zuschlag wurde nicht der Beschwerdeführerin, sondern einer anderen Anbieterin erteilt, was ihr die Vergabestelle schriftlich mitteilte - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist damit zu bejahen. Umstritten und zu prüfen ist aber, ob die Beschwerdeführerin auch ein schutzwürdiges Interesse hat.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht ausdrücklich zu ihrem schutzwürdigen Interesse. Sie ist der Ansicht, dass der Zuschlag richtigerweise ihr zu erteilen gewesen wäre (Beschwerde, S. 4).

E. 4.3

Die Vergabestelle schweigt zur Frage des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin und belässt es bei der Darlegung, dass jene den Zuschlag zu Recht nicht erhalten habe.

E. 4.4

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin in der Rangliste der Zuschlagsempfänger auf den dritten Platz gekommen. Die Zweitplatzierte erhielt dieselbe Bewertung wie die

Beschwerdeführerin in den Zuschlagskriterien 1 (Gewichtung von 50 %) und 4 (Gewichtung von 15 %), jedoch eine 0.5 Punkte bessere Bewertung im Zuschlagskriterium 2 (Gewichtung von 20 %) und nur im Zuschlagskriterium 3 eine um 0.1 Punkte schlechtere Bewertung als die Beschwerdeführerin. Dabei beträgt der Unterschied zulasten der Beschwerdeführerin im einen Teilkriterium "Leistungsfähigkeit und Organisation" des zweiten Zuschlagskriteriums deutliche 1.0 Punkte und in dessen anderem, gleichgewichteten Teilkriterium "Referenzprojekte" null Punkte (vgl. "Offertvergleich und Vergabeantrag" vom 9. November 2016). Es stellt sich damit die Frage, ob das Interesse der Beschwerdeführerin als Drittplatzierter tatsächlich schutzwürdig ist.

E. 4.5

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.; vgl. hierzu Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1) genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der früheren Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, was die Erfüllung der vorgegebenen Eignungskriterien voraussetzt. Führt eine Anbieterin, die nicht im zweiten Platz rangiert wurde, Beschwerde, hängt ihre Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise sie selbst oder vielmehr die vor ihr Rangierten zum Zuge kämen (zum Ganzen Urteil des BVGer B-6337/2015 vom 26. April 2016 E. 2.6.1). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt die weiter hinten platzierte Anbieterin daher, dass nicht nur die Zuschlagsempfängerin, sondern auch die übrigen vor ihr platzierten Mitbewerberinnen auszuschliessen oder schlechter als sie selbst zu bewerten gewesen wären oder aber dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 und 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 mit Hinweisen; zum Ganzen Urteil B-3596/2015 E. 4.1). Die reelle Chance auf den Zuschlag nimmt mit schlechterer Platzierung ab (BGE 141 II 14 E. 4.1 mit Hinweisen).

E. 4.6

Die hinten Rangierte ist somit nicht legitimiert, solange sie nicht die Rangierung aller Vorgehenden anfecht (BGE 141 II 14 E. 4.3 mit Hinweisen). Die drittplatzierte Anbieterin ist demnach legitimiert, wenn sie die Eignung oder Klassierung der beiden vor ihr Platzierten beanstandet (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7).

E. 4.7

Die drittplatzierte Anbieterin, die mit ihrer Beschwerde den Zuschlag an sich oder die Aufhebung des Verfahrens beantragt, aber einzig die Eignung oder Klassierung der

Erstplatzierten kritisiert, ist nicht legitimiert. Denn wenn ihre Kritik auch begründet wäre, könnten ihre Anträge nicht gutgeheissen werden, weil der Zuschlag an die Zweitklassierte ginge (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7). Es fehlt derjenigen nicht berücksichtigten Anbieterin an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, die auch bei Obsiegen ihrer Anträge selber den Zuschlag nicht erhalten könnte. Das blosses Anliegen, den (behaupteterweise) rechtswidrigen Zuschlag aufzuheben, kann keine Legitimation begründen für diejenige, die zwar als Anbieterin am Verfahren teilgenommen hat, aber aufgrund ihrer Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen ihrer Auffassung keinen praktischen Vorteil erzielen könnte (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.8).

E. 4.8

Daraus entsteht eine Beweiserschwernis. In einem Vergabeverfahren wird einer nicht berücksichtigten Anbieterin in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt, bevor sie nicht in ihrer Beschwerde ihre Legitimation dargelegt hat (vgl. Art. 26 BöB, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags der nicht berücksichtigten Anbieterin zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen der berücksichtigten Anbieterin sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von deren Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieterinnen abgibt (Urteil B-3596/2015 E. 4.1). Die unterlegene Anbieterin kann der Zuschlagsbegründung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BöB so zwar einen Vergleich ihres eigenen Angebots mit demjenigen der Zuschlagsempfängerin entnehmen, nicht aber einen Vergleich mit den Angeboten der übrigen unterlegenen Anbieterinnen. Die unterlegene Anbieterin kennt von der Bewertung dieser anderen Anbieterinnen nichts. Entsprechend ist es der unterlegenen Anbieterin nur eingeschränkt möglich, eine unrechtmässige Bewertung gegenüber diesen anderen Anbieterinnen nachzuweisen. Diese Beweiserschwernis ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind (Urteil B-3596/2015 E. 4.1).

E. 4.9

Es ist vor der Bejahung der Legitimation demnach zunächst zu prüfen, ob die drittplatzierte Anbieterin überhaupt eine reelle Chance hätte, den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 5.1

Im vorliegenden Vergabeverfahren kam die Vergabestelle zum Schluss, dass sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die zweitplatzierte Anbieterin sowie die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfüllten (vgl. Dokument "Bewertung Eignungs- und Zuschlagskriterien" vom 9. November 2016). Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien erhielt die Beschwerdeführerin von 5 möglichen Punkten nur 4.7, wogegen die Zuschlagsempfängerin und die Zweitplatzierte 4.8 Punkte erzielten. Die Beschwerdeführerin erreichte damit nur den dritten Rang. Sie ist aber der Ansicht, dass sie die höchste Punktzahl hätte erreichen müssen. Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob der Zuschlag bei einer Gutheissung der Beschwerde in der Tat an die Beschwerdeführerin hätte gehen können.

E. 5.2

Wie dargelegt (vgl. E. 4.8 hiervor), verfügt eine nicht berücksichtigte Anbieterin unter Umständen über fast keine Informationen über die vor ihr platzierten, aber ebenfalls nicht berücksichtigten Angebote. Soweit sie daher in Bezug auf ihre Legitimation glaubhaft zu machen hat, dass nicht nur der Zuschlag, sondern auch diese schlechtere Platzierung unzulässig gewesen sei, kann daher im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung offensichtlich kein voller Beweis aller für diese Frage massgeblichen Sachverhaltsumstände verlangt werden. Auch unter Berücksichtigung dieser Erschwernis ist aber von einer Beschwerdeführerin zu verlangen, dass sie ihre Legitimation zumindest anhand von konkreten Anhaltspunkten glaubhaft bzw. "mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht" ("rende vraisemblable"). Eine reine "Mutmassung", für welche keinerlei konkrete Belege oder Indizien angeführt werden, kann dafür nicht ausreichen (Urteil B-3596/2015 E. 4.5.2).

E. 5.3

In casu kritisiert die Beschwerdeführerin als Drittplatzierte nur den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerde richtet sich - wie bereits erwähnt (E. 1.8 hiervor) - ausschliesslich gegen das Angebot der Zuschlagsempfängerin und den Zuschlag an sie. Würde auf die Beschwerde eingetreten, würde bei ihrer allfälligen Gutheissung demgemäss bloss das Angebot der Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen und nicht das Vergabeverfahren ungültig erklärt. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass sie selbst die höchste Punktzahl erhalten sollte und ihr als beste Anbieterin der Zuschlag zu erteilen sei.

E. 5.4

Diese Ansicht der Beschwerdeführerin allein, selbst das beste Angebot eingereicht zu haben, ist jedoch zu allgemein gehalten und reicht für eine genügende Begründung der behaupteten Erstplatzierung nicht aus. Die Substantiierung der Vorbringen der Beschwerdeführerin ist unzureichend. Eine wirkliche Chance auf den realen Zuschlag ist, wie hiernach aufgezeigt wird, nicht glaubhaft gemacht.

E. 6.1

Aus der anonymisierten Tabelle "Offertvergleich und Vergabeantrag" (Beschwerdebeilage 16) - in sie wurde der Beschwerdeführerin unstrittig bereits von der Vergabestelle mit E-Mail vom 18. November 2016 Akteneinsicht gewährt - ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin nur den dritten Platz erreichte. Zudem konnte sie aus der gleichzeitig anonymisiert ausgehändigten Tabelle "Bewertung Eignungs- und Zuschlagskriterien" (Beschwerdebeilage 16) ersehen, dass sie im Zuschlagskriterium 2, "Leistungsfähigkeit und Organisation", nur mit einer 4.0 (von maximal 5.0) bzw. im Zuschlagskriterium 2 insgesamt nur mit einer 4.5 bewertet worden war. Gemäss der anonymisierten Tabelle "Offertvergleich und Vergabeantrag" gewichtete die Vergabestelle dieses Kriterium mit 20 %.

E. 6.2

Die Eignung und Bewertung der zweiplatzierten Anbieterin zieht die Beschwerdeführerin allerdings in keinster Weise in Zweifel. Sie äussert sich mit keinem Wort dazu. Insbesondere findet sich keine ausdrückliche, substantiierte Kritik an der Klassierung der Zweitplatzierten. Gleicherweise fehlt jegliches Vorbringen, dass der Beschwerdeführerin im Zuschlagskriterium 2 eine höhere Bewertung hätte zukommen müssen. Überdies rügt die Beschwerdeführerin in keiner Weise, dass die Vergabestelle neben der

Zuschlagsempfängerin auch die Zweitplatzierte bei den Verhandlungen begünstigt hätte. Die der Beschwerde gemässe Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Neubeurteilung der eingereichten Angebote würde somit zur Erteilung des Zuschlags an die Zweitplatzierte führen. Aus den vorliegenden Akten geht ebenfalls nicht hervor, dass für die Beschwerdeführerin statt für die Zweitplatzierte bei einer Neuevaluation der eingegangenen Offerten dieses Beschaffungsverfahrens eine Aussicht auf den Zuschlag bestehen würde. Der Beschwerdeführerin selbst könnte er folglich nicht erteilt werden. Ihre Beschwerde hätte daher auch gegen das Angebot der zweitplatzierten Anbieterin gerichtet sein müssen.

E. 6.3

Die Zuschlagskriterien sind von der Vergabestelle wie folgt gewichtet worden: Nr. 1 (Preis) mit 50 %, Nr. 2 (Referenzprojekte / Leistungsfähigkeit und Organisation) mit 20 %, Nr. 3 (Service und Wartungskosten) mit 15 % und Nr. 4 (Qualität mit Komponenten) mit 15 % (vgl. Dokument "Offertvergleich und Vergabeantrag" vom 9. November 2016). Mit Blick auf diese Gewichtung würde der Beschwerdeführerin ein Eintreten auf ihre Beschwerde nicht behilflich sein. Die Wahrscheinlichkeit der Erlangung des ausgeschriebenen Auftrags würde nicht erhöht, da die Beschwerde in Bezug auf die Bewertung der Kriterien offensichtlich unbegründet ist. Zwar waren die "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Bauaufträge" der Vergabestelle und der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) Teil der Ausschreibungsunterlagen. In Ziff. 3.2.2 (Zuschlagskriterien) dieser Bestimmungen waren noch fünf Zuschlagskriterien mit folgendem Gewicht genannt worden: Nr. 1 (Preis) mit 50 %, Nr. 2 (Service und Wartungskosten) mit 15 %, Nr. 3 (Bewertung der Referenzprojekte hinsichtlich Qualität, technischen Anforderungen, Komplexität) mit 10 %, Nr. 4 (Leistungsfähigkeit und Service Organisation des Anbieters, Termingarantie) mit 10 % und Nr. 5 (Qualität der eingesetzten Komponenten in Bezug auf Abmessungen, technische Spezifikation, weitere) mit 15 %. Im Vergleich mit der eingangs dieser Erwägung erwähnten Gewichtung ergibt sich daraus jedoch nur ein formeller Unterschied: Die Zuschlagskriterien 3 und 4 der eben erwähnten Bestimmungen wurden von der Vergabestelle zum eingangs dieser Erwägung genannten Zuschlagskriterium 2 (Referenzprojekte / Leistungsfähigkeit und Organisation) vereinigt, ohne inhaltliche oder gewichtsmässige Änderung. Hieraus kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 6.4

Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle hätte damit nicht zur Folge, dass der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen wäre. Es fehlt ihr demgemäss insoweit an einem eigenen, unmittelbaren Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

E. 6.5

Insgesamt gelingt es der Beschwerdeführerin somit nicht, glaubhaft zu machen, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass, sofern ihre Rügen in Bezug auf den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin begründet wären, sie und nicht die vor ihr im zweiten Rang platzierte Mitbewerberin den Zuschlag erhalten würde. Folglich hat die Beschwerdeführerin kein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist.

Demnach fehlt die Rechtsmittellegitimation, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

E. 7.1

Das Bundesverwaltungsgericht hat der Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 7. Februar 2017 Einsicht in den am 30. Januar 2017 eingereichten Ordner mit den geschwärzten Akten ("Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. B-7463/2016, Submission Unterlagen") gewährt. Zusätzlich erhielt die Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 5. September 2017 Einsicht in den am 4. September 2017 zu den Akten gereichten Flyer "ML/FHK Sanierung und Erweiterung" vom Mai 2017.

E. 7.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben die Verfahrensbeteiligten das grundsätzlich uneingeschränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen (BGE 129 I 85 E. 4.1; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 332). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmten Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BGE 132 V 387 E. 3.2 mit Hinweis; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 333). Der Nachweis eines besonderen schutzwürdigen Interesses an der Akteneinsicht ist nicht erforderlich (BGE 129 I 85 E. 4.1, 129 I 249 E. 3, 122 I 153 E. 6a; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 335). Der Anspruch auf Akteneinsicht gilt jedoch nicht absolut. Er findet seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder an berechtigten Interessen Dritter (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 337). So ist die Akteneinsicht in Konkurrenzofferten grundsätzlich - die Zustimmung der betroffenen Anbieterinnen vorbehalten - ausgeschlossen. Auch andere Dokumente sind von der Akteneinsicht auszunehmen, wenn überwiegende Interessen an der Geheimhaltung der Angaben bestehen (Urteil des BVGer B-5213/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 7.3

Inwieweit bzw. in welchem Ausmass eine Beschwerdeführerin in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Zuschlag Anspruch auf Akteneinsicht hat, wenn sich ein möglicher Nichteintretensentscheid abzeichnet, ist differenziert zu beurteilen.

E. 7.3.1

Einerseits gilt der allgemeine Grundsatz, dass das Akteneinsichtsrecht an die Parteistellung gebunden ist (vgl. Art. 26 ff. VwVG; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 503). Die Beschwerdelegitimation ist insofern eine Voraussetzung für den Anspruch auf Akteneinsicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass, wie dargelegt, in Vergabeverfahren die Akteneinsicht überhaupt erst im Rechtsmittelverfahren stattfinden kann, da ein entsprechendes Recht im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. Art. 26 BöB; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Das Bundesverwaltungsgericht hat daher in

einem anderen Verfahren entschieden, einem Beschwerdeführer sei in dieser Situation jedenfalls Einsicht in diejenigen Akten zu gewähren, welche in Bezug auf die Legitimationsfrage relevant seien (vgl. Urteil B-3596/2015 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 5; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1368; zum Ganzen Urteil B-6337/2015 E. 5.3).

E. 7.4

Vorliegend macht die Beschwerdeführerin in ihrer Replik geltend, die Vergabestelle habe die Offerten der Zuschlagsempfängerin ohne Abdeckung und in Gewährung des Akteneinsichtsrechts offen zu legen (S. 11). Sie fordere die Offenlegung der vollständigen Offertunterlagen (S. 13). Eine Einwilligung der Zuschlagsempfängerin hierzu liegt jedoch nicht vor. Der Beschwerdeführerin ist insoweit Einsicht in jene Akten gewährt worden, als sie unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin als zulässig erscheint. Im Weiteren besteht kein Anspruch auf Einsicht.

E. 7.5

Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrer Replik zudem die vollständigen Angaben und Offertunterlagen des vierten Mitangebeters. Ohne diese könne sie sich nicht äussern (S. 10). Laut der Vergabestelle wurde das vierte Angebot indessen wegen formeller Mängel rechtskräftig vom Verfahren ausgeschlossen (Duplik, S. 5). Jedenfalls finden sich in den vorliegenden Vergabeakten keine Offertunterlagen des vierten Anbieters. Damit kann der Beschwerdeführerin von vornherein keine Einsicht in diese Akten gewährt werden.

E. 7.6

Was die übrigen Vergabeakten, die dem Bundesverwaltungsgericht vorliegen, betrifft, ist der Beschwerdeführerin bereits mit Verfügung vom 7. Februar 2017 Akteneinsicht in den vernehmlassungsweise eingereichten Ordner mit den geschwärzten Akten gewährt worden. Die neuerliche Edition dieser Akten könnte der Beschwerdeführerin demnach keine weiteren Zusatzinformationen liefern. Eine vollständige Einsicht in die übrigen vorliegenden Akten würde die Einwilligung der betroffenen Anbieterinnen voraussetzen, da Geschäftsgeheimnisse von ihnen eingesehen werden könnten. Diese Einwilligungen liegen allerdings nicht vor.

E. 7.7

Die Frage, inwieweit der Beschwerdeführerin Einsicht in weitere Akten zu gewähren ist, hätte sich nur gestellt, wenn auf die Beschwerde einzutreten gewesen wäre. Da die Beschwerdeführerin jedoch, wie dargelegt, nicht beschwerdelegitimiert ist, sind diese Akten offensichtlich nicht entscheidrelevant, und es besteht kein Anspruch auf Einsicht. Entsprechend ist dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin keine weitere Folge zu leisten.

E. 8.1

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin nach Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 2'500.- festgelegt. Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.- ist der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden

Entscheid zurückzuerstatten.

E. 8.2

Die Zuschlagsempfängerin hat stillschweigend darauf verzichtet, am Beschwerdeverfahren teilzunehmen und sich als Partei zu konstituieren. Entsprechend sind ihr für das vorliegende Beschwerdeverfahren weder Verfahrenskosten aufzuerlegen noch eine Parteientschädigung zuzusprechen.

E. 8.3

Im Übrigen haben weder die obsiegende Vergabestelle noch die unterliegende Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

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