

# **BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-05-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-7479\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7479_2016)

FR: TAF B-7479/2016 du 8 mai 2017

IT: TAF B-7479/2016 del 8 maggio 2017

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

#### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

##### **E. 1.1.1**

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden Netzgesellschaften zur Verteilung von Strom den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Anhang I Annex 3 Ziff. II Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, vgl. auch Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Schulthess 2012, Rz. 544). Die Vergabestelle unterliegt dabei aufgrund ihrer schweizweiten Tätigkeit dem Vergaberecht des Bundes (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 66 Rz. 162).

##### **E. 1.1.2**

Gemäss Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 5. Juli 2016 wird vorliegend die Lieferung von Gittermasten nachgefragt, also ein Lieferauftrag. Diese sind in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt.

### **E. 1.1.3**

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei 5 560 461 CHF (inkl. Rabatte, exkl. MWST) und übersteigt damit zweifelsfrei den Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von 700 000 CHF gemäss Art. 2a Abs. 3 Bst. b VöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

### **E. 1.1.4**

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**

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

### **E. 2**

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

### **E. 3**

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. 4**

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu-kommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Ge-such hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1, m.H.). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, m.H.). 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

aus-zugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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 (vgl. Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1, m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2, m.H.; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

## **E. 5**

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1).

### **E. 5.1**

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

### **E. 5.3**

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

#### **E. 5.4**

Die Beschwerdeführerin beantragt, der Zuschlag sei aufzuheben und ihr selbst zu erteilen. Das Ermessen bei der vorgenommenen Bewertung der Zuschlagskriterien durch die Vergabestelle sei rechtsfehlerhaft oder gar willkürlich ausgeübt worden. Die drei bestplatzierten Offerten lägen mit 451, 442 und 440 Punkten eng beieinander. Die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag nur deshalb nicht erhalten, weil sie bei den Zuschlagskriterien ZK2 und ZK3 die Note 3 ("normale, durchschnittliche Erfüllung") erhalten habe. Würde die Beschwerdeführerin auch nur bei einem der beiden Kriterien eine Note besser taxiert, so wäre sie mit einem Punktetotal von 455 Punkten bestplatzierte Anbieterin.

#### **E. 5.5**

Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten, so hätte die Beschwerdeführerin als an dritter Stelle rangierte Anbieterin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 mit Hinweisen, Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 1. Februar 2017 E. 1.3).

#### **E. 5.6**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 6**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die vorgenommene Bewertung der Zuschlagskriterien ZK1 bis ZK4 sei rechtsfehlerhaft, teilweise sogar willkürlich erfolgt.

#### **E. 6.1**

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. Entscheid der BRK vom 30. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 6. Juli 2005, veröffentlicht in: AGVE 2005, S. 245 ff., E. 2.2 S. 246, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 438 Rz. 976). Dies entspricht einerseits dem Zweck von Art. 31 BöB und andererseits dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie er in Art. 21 Abs. 1 BöB als massgebend bezeichnet wird. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff eröffnet der Vergabestelle einen weiten Beurteilungsspielraum (Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, 2002, S. 116 f.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286; Zwischenentscheid B-3311/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2009 E. 6.2). Ermessensmissbrauch liegt lediglich dann vor, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens handelt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt und insbesondere allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von

Willkür oder rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, verletzt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.184 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht greift daher nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010, E. 3.1.3 und 3.2.1, B-504/2009 vom 3. März 2009, E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009, E. 3.2.2.2; Entscheide der BRK vom 22. März 2004, BRK 2004-003 und CRM 2004-004, publiziert in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 463). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktegebung kommt folglich nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-6762/2011 vom 26. Januar 2012, E. 4.1, und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008, E. 6.3 mit Hinweisen).

## **E. 6.2**

Beim Zuschlagskriterium ZK1 ("Preis, inkl. Rabatt, exkl. MWST") machte die Beschwerdeführerin geltend, die Formel zur Punkteverteilung sei unklar.

### **E. 6.2.1**

Nach Einsicht in die Akten der Vergabestelle sei der Beschwerdeführerin deutlich geworden, dass bei ihrer Offerte von einem Preis von [...] CHF statt dem niedrigeren Preis von [...] CHF ausgegangen worden sei. Die Vergabestelle hielt dem entgegen, die Formel der Preisbewertung sei in Ziff. 3.9 der Ausschreibung publiziert worden. Bei dem von der Beschwerdeführerin zitierten Angebot von [...] CHF handle es sich um die Offerte vor der Preisbereinigung. Die Preisbewertung sei mit dem bereinigten und niedrigeren Angebot von [...] CHF erfolgt.

### **E. 6.2.2**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB will der Bund mit diesem Gesetz das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten. Die Auftraggeberin beschreibt die Anforderungen an die geforderte in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit. Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). Würde sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lassen, ihre Bedeutungsfolge umstellen, andere Gewichtungen vornehmen oder Kriterien heranziehen, die sie nicht bekannt gegeben hat, handelte sie vergaberechtswidrig (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014, E. 2.5.2, und B-6837/2010 vom 15. März 2011, E. 3.2 mit Hinweisen).

### **E. 6.2.3**

Gemäss Ziff. 3.9 der Ausschreibung erhielt das Angebot mit dem tiefsten Preis das Punktemaximum. Angebote, die mehr als 75 % über dem tiefsten Preis liegen, erhielten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgte linear. In Ziff. 3.4.1 der VA A war zusätzlich die Berechnungsformel publiziert und wurde auf die kaufmännischen Rundungsregeln hingewiesen. Die Beschwerdeführerin erreichte mit dem günstigsten Angebot das Maximum von 300 Punkten. Die Beschwerdegegnerin erhielt, in Übereinstimmung mit der beschriebenen Berechnungsgrundlage, 251,4 Punkte.

### **E. 6.2.4**

Die publizierte Formel ist klar. Ein Berechnungsfehler liegt nicht vor. Eine Verletzung des Transparenzgebotes oder eine Ungleichbehandlung, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, ist prima facie nicht ersichtlich.

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführerin führte weiter aus, auch die Bewertung des Zuschlagkriteriums ZK2 "Projektbezogenes Qualitätsmanagement" sei rechtsungleich oder gar willkürlich erfolgt.

#### **E. 6.3.1**

Die Beschwerdeführerin hätte nicht die Note 3, sondern mindestens die Note 4 erhalten müssen. Aus dem Zertifikat "ISO 9001:2008" gehe klar hervor, dass die Beschwerdeführerin über ein Qualitätsmanagement bei der Konzeption und Fertigung von Stahlmasten mit Netzwerkstrukturen verfüge. Bei einem Unternehmen, welches nahezu ausschliesslich Gittermasten produziere, stelle eine solche Zertifizierung eine ausreichende, auch projektbezogene Qualitätssicherung dar. Es sei nicht zu erkennen, was ein projektbezogenes Qualitätsmanagement zusätzlich bringe. Der vorgelegte "Quality Plan F-37" zeige zusätzlich, dass über die ganze Supply-Chain Qualitätserfordernisse detailliert definiert, geprüft und dokumentiert würden. Ferner verwies die Beschwerdeführerin auf das Schweisszertifikat "EN 1090-1:2009+A1:2011", welches von der Vergabestelle zu Recht anerkannt worden sei. Bei der grossen Preisdifferenz wäre zu erwarten gewesen, dass sich die Vergabestelle nochmals bei der Beschwerdeführerin erkundigt hätte. Die Vergabestelle machte dagegen geltend, in den vorgelegten Zertifikaten sei keinerlei Auseinandersetzung mit dem Auftrag erkennbar. Die Beschwerdeführerin habe beispielsweise eine zeitnahe Mängelbehebung in einem hochalpinen Umfeld nicht dartun können. Im Gegensatz dazu hätten die Beschwerdegegnerin und die zweitplatzierte Anbieterin ein detailliertes und projektbezogenes Qualitätsmanagement präsentiert, weshalb keine rechtsungleiche oder willkürliche Behandlung der Beschwerdeführerin vorliege. Zu beachten bleibe, dass die eingereichten Dokumente Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011" (Schweisszertifikat) und der "Quality Plan F-37" nicht auf die Beschwerdeführerin selbst ausgestellt seien. Die Beschwerdegegnerin trug vor, die von der Beschwerdeführerin eingereichten Standarddokumente und Qualitätssicherungszertifikate seien ungenügend, um eine projektbezogene Qualitätssicherung nachzuweisen. Die Zertifizierung "ISO 9001:2008" stelle einen Qualitätsnachweis über die Gittermasten dar, nicht aber über den gesamten Lieferprozess. Die Angaben der Beschwerdeführerin seien somit unvollständig bzw. ohne ausreichenden Bezug zum konkreten Bauvorhaben. Im Übrigen laute das Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011" (Schweisszertifikat) nicht auf die Beschwerdeführerin.

#### **E. 6.3.2**

Für die Anforderungen von Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BöB an die hinreichende Klarheit und Ausführlichkeit der Ausschreibung kann auf die Ausführungen in Ziff. 6.2.2 verwiesen werden. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566-567).

#### **E. 6.3.3**

In der Publikation VB E wurden die Anforderungen an das projektbezogene Qualitätsmanagementsystem (ZK2) umschrieben: "Nachweis eines projektbezogenen Qualitätsmanagementsystems, welches die Qualität über die gesamte Supply-Chain sicherstellt. Bewertet werden insbesondere die Nachvollziehbarkeit, Auftragsverständnis, Massnahmen zur Qualitätssicherung sowie die Interventionsmassnahmen bei Mängeln." Der Wortlaut der Ausschreibungsbestimmung ist klar: Durch das Wort "projektbezogen" wird ohne weiteres deutlich, dass das verlangte Qualitätsmanagement nicht nur unternehmensspezifisch, sondern auch projektspezifisch sein muss. Zusätzlich wird deutlich, dass insbesondere die Aspekte Nachvollziehbarkeit, Auftragsverständnis, Massnahmen zur Qualitätssicherung sowie Interventionsmassnahmen bei Mängeln für die Bewertung herangezogen werden. Die Beschwerdeführerin reichte zur Erfüllung von ZK2 die Zertifikate "ISO-9001:2008", lautend auf den Namen der Beschwerdeführerin, "ISO-9001:2008" lautend auf G.a.\_\_\_\_\_, das Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011" (Schweisszertifikat), lautend auf H.a.\_\_\_\_\_ und den "Quality Plan F-37", lautend auf G.\_\_\_\_\_ ein.

#### **E. 6.3.3.1**

Bei der Norm "ISO-9001:2008" handelt es sich um Mindestanforderungen an ein prozessorientiertes Qualitätsmanagementsystem, welche vom technischen Komitee ISO/TC 176 "Quality management and quality assurance" erarbeitet wurden. Ziel des Komitees war es, Qualitätsmanagementsysteme einheitlich zu strukturieren und einheitlich zu dokumentieren (DIN EN ISO 9001:2008-12, Einleitung, Ziff. 01, Allgemeines, Absatz 2). Die Norm bezweckt, in einem Unternehmen die wertschöpfenden Prozesse zu optimieren und die nicht-wertschöpfenden Prozesse effizienter zu gestalten. Dazu werden die bestehenden Prozesse in einem ersten Schritt analysiert und abgebildet. Notwendige Massnahmen zur Verbesserung der Prozesse sind in einem zweiten Schritt zu planen und umzusetzen (Schweizerischer Ingenieur und Architekturverein SIA [Hrsg.], Merkblatt 2007: Qualität im Bauwesen, Aufbau und Anwendung von Managementsystemen, Ausgabe 2001 [nachfolgend: SIA-Merkblatt], S. 13). Ein Managementsystem des Unternehmens gibt damit allgemein Auskunft darüber, ob in einer Unternehmung die Prozessabläufe optimiert wurden. Demgegenüber bezieht sich ein projektbezogenes Qualitätsmanagement auf ein spezifisches Projekt, bei dem verschiedene Beteiligte an einer gemeinsamen Aufgabe in übergreifenden Prozessen mitwirken (SIA-Merkblatt, S. 23). Ein projektbezogenes Qualitätsmanagement versteht sich damit als Führungsinstrument in der Hand des Auftraggebers und des Gesamtleiters auf dem Weg zum Projekterfolg (SIA-Merkblatt, a.a.O., S. 23). Das Zertifikat "ISO 9001:2008" erfüllt diese Anforderungen nicht (vgl. BVerfG B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 9.2.3).

#### **E. 6.3.3.2**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin vermag auch das Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011", lautend auf H.a.\_\_\_\_\_, kein projektbezogenes Qualitätsmanagement zu ersetzen. Soweit erforderlich, ist auf das Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011", lautend auf H.a.\_\_\_\_\_, und das nachgereichte Certificat de Qualification "EN 287-1", lautend auf die Person I.\_\_\_\_\_, im Rahmen der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten fehlenden Eignung der Beschwerdeführerin zurückzukommen (nachfolgend Ziff. 10.2).

#### **E. 6.3.3.3**

Bleibt der eingereichte "Quality Plan F-37", lautend auf G.\_\_\_\_\_. Gemäss den Unterlagen der Beschwerdeführerin handelt es sich bei G.\_\_\_\_\_ um eine Konzerntochter von Y.\_\_\_\_\_ S.A.S. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin hat die Vergabestelle ihr Ermessen prima facie nicht überschritten, wenn sie den "Quality Plan F-37" der Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Konzernverbund zurechnet (vgl. VG Zürich VB.2008.00194 E. 4.1., EU-Vergaberecht, Galli/Moser/Lang/Steiner a.a.O., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 282 Rz. 648). Trotzdem gilt auch für den "Quality Plan F-37", dass er keinerlei projektbezogenen Bezug aufweist und damit kein Führungsinstrument in der Hand des Auftraggebers und des Gesamtleiters auf dem Weg zum Projekterfolg darstellt (SIA-Merkblatt, a.a.O., S. 23). Wie bereits die Vergabestelle ausführte, umfasst das projektbezogene Qualitätsmanagement der Beschwerdegegnerin insgesamt sechs Seiten und nimmt nach Ausführungen zu Lieferanten, Materialanalysen und Verarbeitungstechniken zu insgesamt 10 Punkten (Planung der Bestellung, Planung des internen Arbeitsauftrages, Zulassung für den Produktionsanfang, Management des Produktionsprozesses, Schweissverfahren, Feuerverzinkung, Lieferkapazität, Sortierung und Verpackung, Endabnahme/Versand, ev. Mängelanzeige nach der Lieferung des Materials) Stellung. Die Unterlagen werden durch weitere 18 Seiten mit Diagrammen und Tabellen ergänzt, auf denen die einzelnen Arbeitsschritte und deren Kontrollen übersichtlich dargestellt sind. Auch die zweitklassierte Anbieterin hat ein projektbezogenes Qualitätsmanagement vorgelegt. Auf insgesamt 30 Seiten werden detaillierte Ausführungen zu den Produktionsabläufen, den Kontrollen und den dafür verantwortlichen Personen gemacht. Zudem werden auch die Schnittstellen zwischen den einzelnen Produktionsschritten ausführlich umschrieben.

#### **E. 6.3.4**

Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen die Offerte der Beschwerdeführerin bezüglich ZK2 mit der Note 3 ("normale, durchschnittliche Erfüllung") bewertet, kann darin nach einer einstweiligen Prüfung weder eine rechtsfehlerhafte Bewertung noch eine Ungleichbehandlung gegenüber der Beschwerdegegnerin und der zweitplatzierten Anbieterin erkannt werden.

#### **E. 6.4**

Zum Zuschlagkriterium ZK3 "Detailterminprogramm und Logistikkonzept" lässt die Beschwerdeführerin ausführen, das von ihr eingereichte "Gantt-Diagramm" mache detaillierte Angaben, sowohl zu der Herstellung, wie auch - wenigstens in zeitlicher Hinsicht - zu der Verpackung und dem Transport.

##### **E. 6.4.1**

Zudem seien auf Rückfrage der Vergabestelle weitere Angaben zur Logistik gemacht worden, die nicht berücksichtigt worden seien. Entsprechend sei auch hier die Bewertung mit Note 3 rechtsfehlerhaft oder gar willkürlich erfolgt. Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass auch das Gantt-Diagramm, im Gegensatz zu den Anforderungen gemäss der Ausschreibung, keinerlei Bezüge zum konkreten Projekt aufweisen würde. Daran ändere auch der im Rahmen der Bereinigung der Offerten nachgereichte Satz "Lieferung in Transportcontainern / Entladung mit Hebemaschine Type MANUSCOPIC, durchgeführt von einer Schweizer Firma, die darauf spezialisiert ist" nichts. Die Beschwerdegegnerin führte aus, die Unterlagen der Beschwerdeführerin seien unvollständig. Auf die Einreichung eines Logistikkonzeptes sei offensichtlich verzichtet worden, weshalb die

vorgenommene Bewertung rechtens sei.

#### **E. 6.4.2**

Auf die Ausführungen zu den Anforderungen der hinreichenden Klarheit und Ausführlichkeit der Ausschreibung sowie auf die Auslegungsvorschriften nach dem Vertrauensprinzip in Ziff. 6.2.2. und Ziff. 6.3.2 hiervor kann verwiesen werden. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, ihre Angaben zur Logistik nach Abgabe der Offerte seien zu wenig berücksichtigt worden, ist zusätzlich anzumerken, dass die Anbieter ihre Offerten nach Art. 19 Abs. 1 BÖB schriftlich, vollständig und fristgerecht einzureichen haben. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten sollte (vgl. Urteil des BGR 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1; BVGE 2007/13 E. 3.1 und Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1, je mit Verweis auf das Urteil des BGR 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. 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).

#### **E. 6.4.3**

In der publizierten Unterlagen VB E waren die Anforderungen an das "Detailterminprogramm und Logistikkonzept" (ZK3) umschrieben: "Plausibles, detailliertes und übersichtliches Terminprogramm mit welchem die Umsetzbarkeit, Ressourcenzuordnung, Zeitreserven und der zeitliche Ablauf beurteilt werden kann. Die wichtigsten Meilensteine und Vorgaben müssen erkennbar sein. Das Terminprogramm muss vollständig mit den Ausschreibungsvorgaben abgestimmt sein. Die Abhängigkeiten der unterschiedlichen Abläufe/Tätigkeiten müssen ersichtlich sein. Plausibles, detailliertes und übersichtliches Logistikkonzept mit welchem die Umsetzbarkeit unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten, den ökologischen Einflüssen sowie die terminliche Sicherheit beurteilt werden kann. Das Logistikkonzept muss vollständig mit den Ausschreibungsvorgaben abgestimmt sein. Die Abhängigkeiten der unterschiedlichen Abläufe/Tätigkeiten müssen ersichtlich sein. Das Terminprogramm sowie das Logistikkonzept können in Form einer entsprechend gekennzeichneten Beilage (z.B. Excel-Tabellenform, MS-Projekt, o.ä.) abgegeben werden und/oder in die unten zur Verfügung stehende Tabelle eingefügt werden. Es ist unbestritten geblieben, dass die Beschwerdeführerin als einziges Dokument zu ZK3 ein Gantt-Diagramm eingereicht hat. Aus dem vorgelegten Diagramm ist abzulesen, wann die einzelnen Typen von Gittermasten (A1 bis A5 und T1) verpackt und transportiert werden sollen. Die Angaben beziehen sich auf Kalenderwochen und variieren zwischen zwei und fünf Wochen. Sie sind im Gantt-Diagramm als jeweils zweitletzte und letzte Position des Detailterminprogramms aufgeführt. Angaben zur inhaltlichen Umsetzbarkeit unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten und der ökologischen Einflüsse fehlen. Eine Abstimmung auf die Ausschreibungsvorgaben ist nicht erfolgt. Im Rahmen der allgemeinen schriftlichen Fragerunde zur Bereinigung der Offerten vom 28. September 2016 bzw. 11. Oktober 2016 ergänzte die Beschwerdeführerin unter Ziff. 3.3 auf Nachfrage der Vergabestelle betreffend unnötige Kostentreiber: "Die Lieferung/Entladungsbedingungen. Da wir für die Lieferung und Entladung verantwortlich sind, haben wir folgendes geplant und in den Preisen berechnet: Lieferung in Transport-Containern und Entladung mit Hebeemaschine Type

"MANUSCOPIC", durchgeführt von einer Schweizer Firma, die darauf spezialisiert ist. Diese Extrakosten sind besonders hoch. Falls Sie diese Liefer-/Hebemittel bereits an Ihrem Standort haben, könnten wir erheblich Kosten sparen." Da die Hebemittel für den Ablad am Lieferort nicht Teil der zu offerierenden Dienstleistungen war, konnte die Beschwerdeführerin ihr Preisangebot in der Folge auch von ursprünglich [...] CHF auf den niedrigeren Preis von [...] CHF senken. Ein Logistikkonzept vermag die von der Beschwerdeführerin im Bereinigungsverfahren nachgereichte Anmerkung allerdings nicht zu ersetzen. Eine nachträgliche wesentliche Ergänzung der Offerte der Beschwerdeführerin würde im Übrigen auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. S. 300 Rz. 684, mit Hinweisen). Neben der Beschwerdeführerin hat auch die zweitplatzierte Anbieterin auf die Eingabe eines Logistikkonzeptes verzichtet. Auch bei ihr wurde das Zuschlagskriterium ZK3 deshalb mit Note 3 bewertet. Eine Ungleichbehandlung ist deshalb nicht zu erkennen.

#### **E. 6.4.4**

Eine rechtsfehlerhafte oder willkürliche Bewertung oder eine Ungleichbehandlung betreffend ZK3 scheint prima facie nicht gegeben.

#### **E. 6.5**

Das Zuschlagskriterium ZK4 ("Referenzen der Schlüsselperson Projektleiter") wurde von der Beschwerdeführerin vorsorglich gerügt. Es sei fraglich, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht die volle Punktzahl für ZK4 erhalten habe, was erst nach weiterführender Akteneinsicht beurteilt werden könne. Aus den eingereichten Offerten wird ersichtlich, dass die Schlüsselperson der Beschwerdegegnerin deutlich länger in ihrem Unternehmen in einer Projektleitungsfunktion tätig ist und die beiden Referenzen hinsichtlich Fachgebiet (feuerverzinkte Stahlgittermaste), Gesamtbausumme (ca. 10 Millionen CHF), Ausführungszeitraum (2013 bis 2015) und Transportwegen (globale Lieferungen) ebenbürtig sind. Eine rechtsfehlerhafte Bewertung scheint prima facie auch hier nicht vorzuliegen.

#### **E. 7**

Neben den einzelnen Bewertungen der Kriterien ZK 1 bis ZK 4 rügte die Beschwerdeführerin auch das Bewertungssystem der Ausschreibung.

#### **E. 7.1**

Der Teilbereich "Logistik" innerhalb des Zuschlagskriteriums ZK3 ("Detailterminprogramm und Logistik") sei von der Vergabestelle im Verhältnis zur weitaus wichtigeren Detailterminplanung mit 50% willkürlich hoch gewichtet worden. Es habe sich gezeigt, dass eigentlich sehr wenig Logistikleistung zu dem vorliegenden Beschaffungsauftrag gehöre. Dem halten die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin sinngemäss entgegen, der Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der Gewichtung der Subkriterien "Detailterminplanung" und "Logistikkonzept" sei nicht überschritten worden.

#### **E. 7.2**

Art. 27 Abs. 1 VöB sieht vor, dass die Zuschlagskriterien im Voraus bekannt zu geben und zu gewichten sind, schweigt sich aber über die verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit den Unterkriterien aus (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 846). Um dem Transparenzprinzip (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB) zu genügen, sind indessen alle Zuschlagskriterien vorgängig in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die

Zuschlagskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden, müssen aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sein (Anhang 5 Ziff. 6 VöB). Dabei ist die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien klar zum Ausdruck zu bringen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 846 ff. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung). Wenn die Vergabestelle Subkriterien festlegt, welche sie zu verwenden gedenkt, muss sie diese unter Nennung ihrer jeweiligen Gewichtung den Offerenten ebenfalls im Voraus mitteilen. Allerdings verlangt das Transparenzprinzip grundsätzlich nicht auch die vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, jedenfalls soweit sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine überragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht. Ebenso wenig müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein einfaches Evaluationsraster oder andere Hilfsmittel, welche dazu bestimmt sind, die verwendeten Kriterien und Subkriterien festzuhalten (beispielsweise eine Notenskala oder eine Kalkulationsmatrix), den Anbietenden notwendigerweise im Voraus bekanntgegeben werden. Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent sind oder aus einem Evaluationsraster hervorgehen, so dass das Transparenzprinzip nach bundesgerichtlicher Praxis keine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, welche die betreffende Vergabe charakterisieren, darunter die Ausschreibungsdokumentation, insbesondere das Pflichtenheft und die Vergabebedingungen (BGE 130 I 241 E. 5.1). Im Übrigen sind die Zuschlagskriterien - ebenso wie die Eignungskriterien - nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 862).

### **E. 7.3**

In casu sind die Bewertungen der Zuschlagskriterien in den Unterlagen VA A publiziert worden. ZK1: Preis, inkl. Rabatt, exkl. MWST (60%), ZK2: Projektbezogenes Management (15%), ZK3: Detailterminprogramm und Logistikkonzept (15%), ZK4: Referenzen der Schlüsselperson Projektleiter (10%). Die einzelnen qualitativen Zuschlagskriterien wurden mit Noten zwischen 0 ("nicht beurteilbar") und 5 ("sehr gute Erfüllung") bewertet. Insgesamt waren 500 Punkte zu vergeben. Für die jeweiligen Zuschlagskriterien waren somit maximal 300 Punkte (ZK1), 75 Punkte (ZK2), 75 Punkte (ZK3) und 50 Punkte (ZK4) zu erreichen. Ausführungen, in welchem Verhältnis die beiden Subkriterien "Detailterminprogramm" und "Logistikkonzept" innerhalb von ZK3 bewertet würden, waren der Ausschreibung nicht zu entnehmen. Die beiden Subkriterien in ZK3 wurden von der Vergabestelle mit je 50% bewertet. Diese gleichmässige Gewichtung der Subkriterien entspricht dem, was die Anbieter nach dem allgemeinen Sprachgebrauch erwarten durften und mussten. Nur eine andere, ungleichmässige Gewichtung von überragender Bedeutung hätte zusätzlich erwähnt werden müssen (BGE 130 I 241 E. 5.1). Dem Transparenzgebot scheint vorliegend Genüge getan. Den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass in casu sehr wenig Logistikleistung zu erbringen sei und der Teilbereich "Logistikkonzept" deshalb mit 50% willkürlich hoch bewertet worden sei, kann nicht gefolgt werden.

### **E. 7.4**

Das Bewertungssystem der beiden Subkriterien von ZK3 scheint prima facie weder rechtsfehlerhaft zu sein, noch gegen das Transparenzgebot zu verstossen, auch wenn auf die gleichmässige Gewichtung von je 50% der beiden Subkriterien von ZK3 nicht bereits in der Ausschreibung hingewiesen wurde.

## **E. 8**

Weiter rügte die Beschwerdeführerin, bei der grossen Differenz zwischen den Preisangeboten hätte die Vergabestelle betreffend projektbezogenes Qualitätsmanagement Rückfragen stellen müssen.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin hätte so die Möglichkeit gehabt, weitere spezifischere Angaben und Belege zu den Zuschlagskriterien ZK2 und ZK3 einzureichen. Auch der Vergabestelle habe es klar sein müssen, dass die Beschwerdeführerin als ein führendes Unternehmen auf dem Weltmarkt für Strommasten mit grösster Wahrscheinlichkeit die Anforderungen an die Logistik an sich problemlos hätte erfüllen können, jedenfalls voraussichtlich mindestens ähnlich gut oder besser als ihre Mitbewerberinnen. Vorliegend sei deshalb das Fairnessgebot verletzt worden. Die Vergabestelle widerspricht dieser Rechtsauffassung. Mit einer solchen Pflicht zur Nachfrage würde die rechtsgleiche Durchführung eines geordneten Vergabeverfahrens letztlich komplett über den Haufen geworfen. Es könne für Weltmarktführer im Gegensatz zu anderen Anbietern keine "natürliche Vermutung" der Erfüllung von qualitativen Zuschlagskriterien geben, vielmehr seien diese auch von Weltmarktführern in jeder Offerte neu zu belegen.

### **E. 8.2**

Wie bereits in Ziff. 6.4.2 hiervor ausgeführt, müssen Offerten nach Art. 19 Abs. 1 BÖB schriftlich, vollständig und fristgerecht eingereicht werden und sind aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen. 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. Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, m.H.). 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 zwar nicht einfach zu ziehen. Zu berücksichtigen ist aber, dass die in der Literatur und Rechtsprechung genannten Beispiele, in denen die nachträgliche Einreichung von Belegen als zulässig erachtet wurde, Fälle betrafen, in denen der zu belegende Sachverhaltsumstand im Zeitpunkt der Offerteinreichung bereits bestand (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 575; Beyeler, a.a.O., S. 94). Die Berücksichtigung von für den Anbieter positiven Tatsachen, die sich erst nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, wird dagegen abgelehnt (vgl. Trüb, a.a.O., N. 1 zu Art. 19 BÖB; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in: VPB 67.5 E. 2b; Entscheid der BRK/CRM 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB

68.10 E. 3c.aa). Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieter in die ihnen gegenüber bekannt gegebenen "Spielregeln des Verfahrens" (vgl. Art. 1 Abs. 2 BöB).

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin hat diverse Zertifikate und ein Gantt-Diagramm eingereicht, verzichtete jedoch auf die Abgabe von separaten projektbezogenen Angaben zum Qualitätsmanagement und zu der Logistik. Bei diesen fehlenden Unterlagen handelt es sich nicht um unbedeutende Formmängel, sondern um wesentliche Aspekte der Zuschlagskriterien ZK2 und ZK3. Die Beschwerdeführerin liess mehrfach ausführen, der Vergabestelle müsse es klar gewesen sein, dass sie, die Beschwerdeführerin, als eine der wenigen Weltmarktführer sämtliche Zuschlagskriterien ohne weiteres erfüllen könne. Wenn sie aus dieser möglicherweise zutreffenden Annahme eine Rückfragepflicht der Vergabestelle ableiten will, so verkennt sie, dass dies faktisch einem verbotenen Nachbesserungsrecht der Offerten für Weltmarktführer gleichkäme, was mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbaren ist (Art. 1 Abs. 2 BöB, vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. S. 300 Rz. 684).

### **E. 8.4**

Die Vergabestelle war demnach prima facie nicht verpflichtet, bei der Beschwerdeführerin betreffend ZK2 und ZK3 Rückfragen zu stellen.

### **E. 9**

Abschliessend machte die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, der Zuschlag sei rechtsfehlerhaft erfolgt, weil in der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2016 nur die ARGE und nicht die einzelnen Mitglieder erwähnt seien. Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mit dem Namen A.\_\_\_\_\_, bestehend aus B.\_\_\_\_\_, S.P.A. und C.\_\_\_\_\_ s.r.l. Gemäss Ziff. 4.2 der "Verfahrensanweisung zur Ausschreibung" (nachfolgend: VA A) waren Arbeitsgemeinschaften in Form von einfachen Gesellschaften ausdrücklich zulässig. Die diesbezüglichen Angaben der Beschwerdegegnerin in ihrer Offerte waren vollständig und korrekt. Ein rechtsfehlerhafter Zuschlag an die Beschwerdegegnerin ist prima facie nicht ersichtlich.

### **E. 10**

Die Vergabestelle und auch die Beschwerdegegnerin warfen im Beschwerdeverfahren mehrfach die Frage auf, ob die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK3 erfülle ("Nachweis Schweisszertifikat").

#### **E. 10.1**

Das fragliche Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011", lautend auf H.a.\_\_\_\_\_, sei nicht auf die Beschwerdeführerin ausgestellt. In ihrer Stellungnahme vom 6. März 2017 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin sei aufgrund der fehlenden Eignung vom Verfahren auszuschliessen. Die Beschwerdeführerin liess ausführen, sie und G.\_\_\_\_\_ gehörten zu der Unternehmensgruppe Y.\_\_\_\_\_ S.A.S. und seien durch ein Joint Venture verbunden. An G.\_\_\_\_\_ seien die Beschwerdeführerin und das Unternehmen H.\_\_\_\_\_, mit Sitz in Ankara/Türkei beteiligt. Dies ergebe sich aus dem

eingereichten Organigramm. Darauf seien auch die personellen Verbindungen der Verwaltungsräte zu erkennen, namentlich die der Person J. \_\_\_\_\_ (Präsident VR von G. \_\_\_\_\_, Delegierter der Beschwerdeführerin) und der Person K. \_\_\_\_\_ (Vizepräsident VR von G. \_\_\_\_\_, Delegierter für H. \_\_\_\_\_). Diese Informationen seien bei der Offerte offen gelegt worden. Im Übrigen habe die Vergabestelle anerkannt, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK3 erfülle. Zudem genüge auch das nachgereichte Certificat de Qualification "EN 287-1", lautend auf die Person I. \_\_\_\_\_, Angestellter bei der Beschwerdeführerin, den Anforderungen. Wenn die Vergabestelle diese Anerkennung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nun wieder in Frage stelle, so erfolge diese Rüge zu spät.

### **E. 10.2**

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. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). 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). Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580). Eine Anbieterin kann sich dann auf die Eignung einer anderen Konzerngesellschaft berufen, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass sie, die Anbieterin, tatsächlich über die entsprechenden Mittel verfügt. Ein bloss allgemeiner Hinweis genügt nicht (vgl. VG Zürich VB.2008.00194 E. 4.1., Galli/Moser/Lang/Steiner a.a.O., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 282 Rz. 648).

### **E. 10.3**

Aus der Darstellung des Konzernverbundes der Y. \_\_\_\_\_ S.A.S. wird deutlich, dass sowohl die Beschwerdeführerin wie auch die Firma G. \_\_\_\_\_ zur Konzerngruppe der Y. \_\_\_\_\_ S.A.S. gehören (Beilage 2 der Eingabe vom 20. Februar 2017). Neben der Y. \_\_\_\_\_ S.A.S. scheinen, soweit aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, auch H. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ im Konzernverbund strukturiert zu sein: Dem "Trade Registration Certificate" der G.a. \_\_\_\_\_, mit Sitz in Izmir/Türkei (Beilage 1 der Eingabe vom 20. Februar 2017) kann entnommen werden, dass Vertreter der Beschwerdeführerin, der Y. \_\_\_\_\_ S.A.S., der H.b. \_\_\_\_\_ und der H.c. \_\_\_\_\_ im Board vertreten sind. Dem Organigramm "G. \_\_\_\_\_ GALVANIZED STEEL CONSTRUCTION INC" aus den Offertenunterlagen der Beschwerdeführerin sind überdies auch personelle Verflechtungen zu entnehmen: Als Präsident des Boards von G.a. \_\_\_\_\_ ist die Person J. \_\_\_\_\_, Vertreter der Beschwerdeführerin, tätig. Zum Vizepräsident wurde die Person K. \_\_\_\_\_, Vertreter von H.c. \_\_\_\_\_, berufen. Weitere Mitglieder des Boards sind die Personen L. \_\_\_\_\_, Vertreter von H.b. \_\_\_\_\_, und M. \_\_\_\_\_ von Y. \_\_\_\_\_ S.A.S. Die Inhaberin des Certificate of Conformity "EN 1090-1:2009+A1:2011" (Nachweis Schweisszertifikat) ist aber die H.a. \_\_\_\_\_, mit Sitz in Ankara/Türkei. Sie ist in der Offerte

der Beschwerdeführerin weder als Mitglied einer ARGE noch als Subunternehmerin aufgeführt. Sollte es sich bei ihr um eine selbständige Gesellschaft handeln, so wäre bisher nicht dargetan, warum sich die Beschwerdeführerin deren Eignung zurechnen kann. Aus den bisher eingereichten Dokumenten ist jedenfalls nicht zu erkennen, in welcher Verbindung die Beschwerdeführerin zur Inhaberin des Schweisszertifikates steht. Das nachgereichte Certificat de Qualification "EN 287-1" (Beilage 7 der Eingabe vom 20. Februar 2017) lautet auf die Person I.\_\_\_\_\_, Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, und nicht auf die Beschwerdeführerin selbst.

#### **E. 10.4**

Die Eignung der Beschwerdeführerin bezüglich EK3 kann aufgrund der eingereichten Unterlagen im vorliegenden Verfahren nicht ausreichend geprüft werden. Eine weitergehende Prüfung des Eignungskriterium EK3 bleibt indessen dem Hauptverfahren vorbehalten.

#### **E. 11**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde betreffend die Bewertung der Zuschlagskriterien und des Bewertungssystems, betreffend die Verletzungen des Willkürverbotes und des Gleichbehandlungs- sowie Transparenzgebotes, als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre.

#### **E. 12**

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass die Vorakten der Beschwerdeführerin mit Verfügungen vom 17. Januar 2017 und 16. März 2017 in teilweise geschwärzter Form zugestellt worden sind. Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin die Offenlegung weiterer Akten. Ausserdem behält sie sich weitergehende Anträge im Hauptverfahren vor. Dies entspricht der angezeigten Prozessdisziplin, wonach die Akteneinsicht mit Blick auf das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Dementsprechend bleiben instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht im Hauptverfahren vorbehalten. Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin jedenfalls in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 7).

#### **E. 13**

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

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