

BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-879_2020

FR: TAF B-879/2020 du 26 mars 2020

IT: TAF B-879/2020 del 26 marzo 2020

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen betreffend die Ausschreibung steht im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. b BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin beanstandet im vorliegenden Fall nicht nur die Ausschreibung selbst, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen. Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 1.2 "Produkte zur Innenreinigung II" und B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E.4.4 "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 mit Hinweisen "Produkte zur Innenreinigung I", vgl. auch Urteil des BVGer B-3970/2019 vom 8. August 2019 S. 4 sowie die Zwischenverfügung B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7, mit Hinweisen). In casu rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, das in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen publizierte Verfahren zur Bewertung der Qualität verstosse gegen das Gebot der Klarheit und Transparenz. Dabei handelt es sich zweifelsfrei um einen zentralen Punkt des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen und die damit verbundenen prozessualen Anträge grundsätzlich zu hören sind (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 1.2 "Produkte zur Innenreinigung II").

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 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. 1.3.1

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-EU, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EU sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.4 "Projektcontrollingsystem Alptransit"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung der Reinigungsprodukte für die Aussenreinigung von Zügen funktional mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 1.3.1 "Produkte zur Innenreinigung II").

E. 1.3.2

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

E. 1.3.3

Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.- (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 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 2020 und 2021 [SR 172.056.12]).

E. 1.3.4

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht (vgl. zum Ganzen auch das Urteil B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte Innenreinigung I").

E. 1.3.5

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

E. 2.1

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, 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. 2.2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweisen "Microsoft").

E. 3.1

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. 3.2

Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen "Hörgeräte"), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich grundsätzlich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat, wobei die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c kumulativ erfüllt sein müssen (Urteil des BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen "Versicherungen BE"; BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen "Hörgeräte", vgl. zum Ganzen Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 46 Rz. 2.60).

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin war über 30 Jahre Hauptlieferantin von Reinigungsmitteln an die Vergabestelle, tritt damit offensichtlich im relevanten Markt auf und hat auch an der letzten Ausschreibung der Produkte zur Aussenreinigung von Schienenfahrzeugen teilgenommen. Damit ist die Beschwerdelegitimation hinsichtlich der Rüge der mangelnden Klarheit und Transparenz bezüglich der Bewertungsmethoden ohne Weiteres gegeben, was die Vergabestelle im Übrigen auch nicht bestreitet.

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin rügt zusätzlich, die Ausschreibungsunterlagen hätten nach Massgabe von Art. 24 Abs. 3 BöB mindestens in zwei Amtssprachen vorliegen müssen.

E. 3.4.1

Die Vergabestelle führte dazu aus, Art. 24 Abs. 3 BöB regle ausdrücklich die Ausschreibung, nicht aber die Ausschreibungsunterlagen.

E. 3.4.2

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine bisherige Lieferantin der Vergabestelle mit Firmensitz in der deutschsprachigen Schweiz. Sämtliche bisherige Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin einerseits sowie zwischen dem Bundesverwaltungsgericht und der Beschwerdeführerin andererseits erfolgten in deutscher Sprache. Die Beschwerdeführerin hat bisher nicht dargelegt, weshalb sie an ihrer Rüge, die Ausschreibungsunterlagen hätten neben der deutschen Version auch in einer anderen Landessprache vorliegen müssen, ein schutzwürdiges Interesse haben könnte. Auf ihre diesbezügliche Rüge wird deshalb mangels Legitimation prima facie nicht einzutreten sein.

E. 3.5

Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 4.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag 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. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 4.2

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 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 BVer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "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 notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 4.2 "Produkte zur Innenreinigung II").

E. 4.3

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E.3.1, "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). 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, 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 "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 Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à 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 Hinweisen "Vermessung Durchmesserlinie"; Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 4.3 "Produkte zur Innenreinigung II", vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen").

E. 5.1

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, mit der gewählten Preisbewertungsmethode würde die Vergabestelle gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstossen. Die Ausgestaltung sei vorliegend so vorgenommen worden, dass ein Anbieter, welcher mit seinem Preis 7.55 % über dem tiefsten Preis liege, rein

rechnerisch keine Chance mehr habe, den Zuschlag zu erhalten, selbst wenn er für ZK 2 (Qualität) und ZK 3 (Logistik/Service) die Bestnoten erhalte und umgekehrt der Anbieter mit dem tiefsten Preis für ZK 2 und ZK 3 mit Tiefstnoten bewertet werde. Die Bewertungsmatrix stelle aber eine Berücksichtigung von ZK 2 mit 20 % und ZK 3 mit 15 % in Aussicht, wogegen der Preis nur mit 65 % berücksichtigt werden dürfe. Eine Ausgestaltung der Preisbewertung, die einem Angebot, welches 7,55 % teurer ausfalle, als das tiefste Angebot, keine Chance auf den Zuschlag belassen, trotz einer Gewichtung der Qualität bzw. Logistik/Service von insgesamt 35 %, verstosse gegen das Klarheits- und Transparenzgebot und sei deshalb vergaberechtswidrig.

E. 5.2

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung genügt bei der Bewertung der Angebote anhand des Zuschlagkriteriums "Preis" die blosser Bekanntgabe der Gewichtung noch nicht, um sicherzustellen, dass die Angebotspreise im Verhältnis zu den anderen Zuschlagskriterien in vergaberechtskonformer Weise bewertet werden. Je nachdem wie hoch die Bewertungsabzüge für höhere Angebotspreise im Verhältnis zum billigsten erfolgen, kann die gewählte Bewertungsmethode im Ergebnis die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verfälschen. Mit anderen Worten kann durch die Art der Bewertung der Offerten bzw. die Preiskurve ein tatsächliches Gewicht bzw. eine "effektive Gewichtung" resultieren, welche nicht der publizierten Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" entspricht (BGE 143 II 553 E. 6.4; 130 I 241 E. 6; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 884; vgl. zum Zusammenhang zwischen der Gefahr der Verzerrung der Gewichtung und der Frage nach der vorherigen Bekanntgabe der Preiskurve etwa Hans Rudolf Trüeb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], OFK-Wettbewerbskommentar II, 2011, BöB Art. 21 Rz. 18 mit Hinweisen). Trägt die gewählte Preisbewertungsmethode der publizierten Gewichtung nicht genügend Rechnung, beispielsweise weil entgegen der bekannt gegebenen (gleich hohen) Gewichtung zweier Zuschlagskriterien beim Preis im Vergleich zum wichtigsten qualitativen Kriterium sehr unterschiedliche Maximalpunktzahlen erreicht werden können, liegt ein rechtswidriger Verstoß gegen das Transparenzgebot vor (BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 mit Hinweisen).

E. 5.3

Ziel eines gewählten Preisbewertungsmodells muss deshalb sein, die Bewertung der Angebotspreise so zu bewerkstelligen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der Evaluation auch tatsächlich zum Tragen kommt (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2016.00615 vom 4. Mai 2017 E. 3 und 4.2). Die Vergabestelle hat sich vorliegend für ein "linear gekürztes Preisbewertungssystem" entschieden. Dabei wird die Preisspanne und damit der Nullpunkt vorgängig und unabhängig von den im Ausschreibungsverfahren eingehenden Höchstpreisen festgelegt. Das System ist in der Praxis verbreitet und wird vom Bundesgericht als zulässig erachtet (Urteil des BGer vom 4. Dezember 2007 2C_412/2007 E. 3.2). Es stellt insbesondere auch eine bereits mit den Ausschreibungsunterlagen nachvollziehbare Beurteilung der Angebotspreise sicher. Die Verwendung eines an sich tauglichen Bewertungssystems entbindet die Vergabestelle jedoch nie davon, dessen Ereignis im konkreten Fall auf seine Sachgerechtigkeit hin zu prüfen (vgl. zum Ganzen Claudia Schneider-Heusi, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 344 ff.).

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin rechnet für ein hypothetisches Angebot mit einem tiefsten Preis von Fr. 1'000'000 vor, dass ein anderes Angebot, welches Fr. 75'500 teurer ausfällt, keine Chance mehr auf den Zuschlag hat. Anders ausgedrückt, wäre die Vergabestelle im vorliegenden Beispiel bereit, bei einem Beschaffungsvolumen von Fr. 1'000'000 maximal Fr. 75'500 mehr für beste Qualität zu bezahlen. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass dieser Betrag, auch mit Blick auf die Bewertungsmatrix, welche Qualität und Logistik/Service mit insgesamt 35 % berücksichtigt, verhältnismässig tief auszufallen scheint. Allerdings hat die Vergabestelle die Preisbewertungsmethode in den Ausschreibungsunterlagen vorgängig publiziert und mit einem Berechnungsbeispiel ergänzt, weshalb es sich vorliegend jedenfalls insoweit nicht um ein Transparenzproblem handeln kann (vgl. dazu auch BVGE 2018 IV/2 E. 7.6). Für die Zulässigkeit der gewählten Bewertungsmethode spricht weiter, dass auch die Bandbreite von 35 % mit Blick auf die Komplexität der Beschaffung angemessen erscheint (Claudia Schneider-Heusi, a.a.O. S. 344 ff. Rz. 49 und 51). Die relativ steile Preisbewertungskurve deckt sich sodann auch mit der von der Vergabestelle kommunizierten strategischen Neuausrichtung, Reinigungsmittel preissensitiv beschaffen zu wollen. Und schlussendlich kann auch auf die technischen Mindestanforderungen gemäss Ziff. 2.7.3 der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen werden, welche ihrerseits einen gewissen qualitativen Standard der Angebote vor der Zuschlagserteilung sicherstellen.

E. 5.5

Es ist deshalb prima facie festzuhalten, dass die gewählte Preisbewertungsmethode für sich allein genommen nicht gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstösst. Soweit die Beschwerdeführerin eine solche in der Verengung der Bandbreite für die Zuschlagskriterien ZK 2 und ZK 3 erkennt, ist darauf in der nachfolgenden Erwägung einzugehen.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, mit dem in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Bewertungssystem der ZK 2 und ZK 3 würde die Vergabestelle ebenfalls gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstossen. Die vorgenommene Verengung der Bandbreiten von möglichen Noten für die ZK 2 und ZK 3 führe dazu, dass ein Anbieter mit Bestnoten maximal 70 Punkte statt 175 Punkte besser abschneiden könne als sein Mitkonkurrent. Dadurch könne auch nicht sichergestellt werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte.

E. 6.2

Die Vergabestelle führt demgegenüber aus, durch die bekannt gegebenen unterschiedlichen Notenskalen der ZK 1 bzw. ZK 2 und ZK 3 sei dem Klarheits- und Transparenzgebot angemessen genüge getan worden. Für die ZK 2 und ZK 3 seien in den technischen Spezifikationen auch qualitative Mindestanforderungen definiert worden. In zwei Prüfschritten würden Produkte mit den Noten 1 oder 2 nicht mehr weiter evaluiert. Im Rahmen der Qualitätsbewertung würden sodann die Noten 3 bis 5 verteilt. Dadurch habe ein Produkt die Möglichkeit, für eine sogenannte Überperformance im Rahmen des Zuschlages zusätzlich Punkte für die ZK 2 und ZK 3 zu erhalten.

E. 6.3.1

Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 VöB im Voraus bekannt zu geben. Dazu gehört auch die Bekanntgabe von Subkriterien, soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"). Die Formulierung von sogenannten "Muss-Kriterien" ist grundsätzlich zulässig (BVGE 2018 IV/2 E. 6.2 "Produkte zur Innenreinigung I" mit Hinweisen), entspricht aber nicht dem Konzept der relativen Natur von Zuschlagskriterien (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 mit Hinweis "Strombeschaffung für die Post", Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.4 "Casermettatunnel"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 863). Soweit in der Evaluierung Versuche mit Mustern zur Qualitätsüberprüfung vorgenommen werden, sind auch diese Abläufe vorgängig bekannt zu geben (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 383). Ausserdem dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (BVGE 2018 IV/2 E. 6.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 6.3.2

Die Vergabestelle publizierte in Ziff. 2.7.4.1 der Ausschreibungsunterlagen nachfolgende Bewertungsmatrix: Zuschlagskriterien Nachweis Gewichtung Max. Punkte ZK 1 Preis N: Ausgefülltes Preisblatt 65 % 325 ZK 2 Qualität N: Produktmuster 20 % 100 ZK 3 Logistik/Service N: Logistikkonzept 15 % 75 Total Punkte 100 % 500

E. 6.3.3

Für die hier strittigen Bewertungen von ZK 2 und ZK 3 verweist die Vergabestelle auf die technischen Spezifikationen der Produkte (für ZK 2) und die Mindestanforderungen an das Logistikkonzept (für ZK 3). Diese seien zwingend einzuhalten, ansonsten ein Angebot nicht in die Bewertung der Zuschlagskriterien einbezogen werde.

E. 6.3.4

Zur Prüfung der technischen Spezifikationen ist ein zweiteiliges Verfahren vorgesehen. In einem ersten Schritt werden gemäss Beilage 6.4 der Ausschreibungsunterlagen insgesamt 20 verschiedene Anforderungen je Produkt geprüft, unter anderem die "Eintrocknungszeit" (Anforderung a) und die "Reinigungswirkung 1" (Anforderung b). Von denjenigen Anbietern, welche die Mindestanforderungen gemäss Prüfschritt 1 erfüllen, fordert die Vergabestelle weitere Muster für den Prüfschritt 2 an. Hier kommen gemäss Beilage 6.4 der Ausschreibungsunterlagen sechs weitere Anforderungen dazu, unter anderem die Reinigungswirkung 2 (Anforderung c), das Benetzungsverhalten eine Minute nach dem Aufsprühen (Anforderung d) und die Abspülbarkeit Menge an Wasser bis produktfrei (Anforderung e). Sofern ein Anbieter sämtliche Mindestanforderungen der technischen Spezifikationen gemäss Prüfschritt 1 und 2 erfüllt (insgesamt 26 Anforderungen pro Produkt), wird gemäss Beilage 6.6 der Ausschreibungsunterlagen die Überperformance im Rahmen der Zuschlagskriterien geprüft: Dabei werden die fünf Anforderungen a, b, c, d und e je Produkt mit Punkten (jeweils 0, 10 oder 20) bzw. mit Noten (3, 4 oder 5) bewertet (Ziff. 2.7.4.3 der Ausschreibungsunterlagen): ZK 2 (Qualität) Anzahl Punkte Nachweis Note 0-133 3 134-267 4 268-400 5

E. 6.3.5

Für den Nachweis der Mindestanforderung betreffend Logistik/Service verlangt die Vergabestelle ein Logistikkonzept gemäss Beilage 3 des Pflichtenhefts, in dem insbesondere auf Regularien, Grundsätzliches zu Transportleistungen, Schienentransporte und Strassentransporte eingegangen wird sowie mindestens eine Referenz des Anbieters bzw. des Spediteurs mit Erfahrungen im Intermodalverkehr mit Kesselwagen, was im Rahmen der Zuschlagskriterien mit Note 3 bewertet wird. Ein zusätzlich vorhandenes Prozessschema mit einem definierten Prozess und einer definierten Schnittstelle unter Bekanntgabe der eingesetzten Hilfsmittel wird mit Note 4 bewertet. Anbieter, die darüber hinaus in der Lage sind, Tankgebäude per GPS zu lokalisieren und die Information in Echtzeit der Vergabestelle zur Verfügung stellen, erhalten dafür die Note 5 (Ziff. 2.7.4.3 der Ausschreibungsunterlagen).

E. 6.4

Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 BöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik und technischer Wert. Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert; diese sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I" und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3, "Strombeschaffung für die Post"; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 831). Die Vergabestellen verfügen bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen erheblichen Spielraum (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (BVGE 2018 IV/2 E. 7.2; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5, "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 1388 und 1390, mit Hinweisen).

E. 6.5

Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen bekannt gegebener Gewichtung und "effektiver Gewichtung" aufgrund der gewählten Bewertungsmethode kann sich nicht nur in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Preis" ergeben. Vielmehr erweist sich das Vorgehen der Vergabestelle generell dann als unzulässig, wenn den Zuschlagskriterien durch die verwendete Bewertungsskala nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 mit Hinweisen "Casermettatunnel"; Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, 2008, S. 215 ff., 237). Die Bewertungsmatrix soll ausserdem dazu dienen, die Qualität differenziert zu beurteilen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettatunnel"; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/116 vom 24. November 2016 E. 5.2). Das für die Preisbewertung geltende Verbot einer "effektiven Gewichtung" durch die Bewertungsmethode, welche der bekannt gegebenen Gewichtung im Ergebnis widerspricht bzw. diese verwässert, gilt somit auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird (BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I"; Christoph Jäger, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: Baurecht 2017, Ziff. 2c S. 233; GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 914).

Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von einer solchen Verwässerung der Qualität auszugehen ist.

E. 6.6.1

Für die Beurteilung des ZK 2 (Qualität) entschied sich die Vergabestelle für eine gestufte Beurteilungskurve, die - kombiniert mit der Bewertungsmatrix - folgende Punkte bzw. Notenverteilung ergibt (Ziff. 2.7.4.1 und 2.7.4.3 der Ausschreibungsunterlagen): ZK 2 (Qualität) Anzahl Punkte Note Bewertungspunkte 0-133 3 60 134-267 4 80 268-400 5 100

E. 6.6.2

Bei der Auswahl und der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien hat die Vergabestelle einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Zu einer eigentlichen mit einer Preiskurve vergleichbaren Qualitätskurve als Beurteilungsmethode ist die Vergabestelle nicht verpflichtet (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 12. August 2019 E. 6.7.2, B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung Post" und B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"). Eine Korrektur des Bewertungssystems durch das Bundesverwaltungsgericht kommt nur dann in Betracht, wenn sich dieses nicht nur als möglicherweise unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweisen würde (Urteil des BVGer B-4086/2018 E. 6.4; GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 1388). Eine Notenskala von 1 bis 5 erlaubt grundsätzlich eine bessere Differenzierung als beispielsweise eine solche von 1 bis 3 (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettatunnel" sowie Thomas Ferber, Bewertungskriterien und -matrizen im Vergabeverfahren, Köln 2015, S. 105 f.). Die Respektierung des vorinstanzlichen Ermessens gebietet sich auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht zwar eine Mindestgewichtung des Preises verlangt, nicht aber eine solche in Bezug auf die Qualität. So gesehen muss die Rechtsprechung bei tiefer Gewichtung des Preises wohl genauer auf die Möglichkeiten einer Verzerrung achten als bei der Qualität (Urteil des BGer 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4 mit Hinweisen "Kantonsblatt und Gesetzessammlung LU"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 6.7.4; vgl. zum Ganzen Claudia Schneider-Heusi, a.a.O., S. 344 ff. mit Hinweisen).

E. 6.6.3

Die Vergabestelle verkürzte die ursprüngliche Bandbreite zur Beurteilung von ZK 2 und ZK 3 von Note 1 bis 5 auf Note 3 bis 5. Sie begründet das in ihrer Stellungnahme damit, die Produkte, welche die technischen Mindestanforderungen erfüllt hätten, verfügten bereits über einen gewissen Standard, weshalb sie mindestens die Note 3 verdient hätten. Eine mögliche Überperformance werde sodann beim Zuschlag gegebenenfalls zusätzlich mit Note 4 oder 5 bewertet. Umgekehrt seien die Angebote, welche die technischen Mindestanforderungen nicht erfüllt hätten, im Rahmen der technischen Mindestanforderungen mit den Noten 1 oder 2 bewertet und nicht mehr weiter evaluiert worden. Die Vergabestelle macht damit sinngemäss geltend, sehr wohl die ganze Bandbreite der Qualitätsprüfung angewandt zu haben.

E. 6.6.4

Diese Sichtweise vermag jedoch prima facie nicht vollends zu überzeugen. Technische Mindestanforderungen können, ähnlich wie die Eignungskriterien auch, nur mit "ja" oder "nein" bzw. "erfüllt" oder "nicht erfüllt" beurteilt werden (vgl. dazu auch BGE 139 II 489

E. 2.2.3). Eine darüber hinaus gehende Beurteilung der Angebote im Sinne einer Bewertung, egal ob durch Noten oder Punkte, erfolgt grundsätzlich erst im Rahmen des Zuschlages. Die Vergabestelle verlangt mit den Anforderungen a-e je Produkt bereits im Rahmen der technischen Mindestanforderungen gewisse qualitative Standards. Dagegen ist aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden, ebenso wenig wie gegen die Berücksichtigung einer sogenannten Überperformance im Rahmen des Zuschlages oder gegen eine gestufte Beurteilungskurve. Immerhin ist an dieser Stelle anzumerken, dass die Vergabestelle für das ZK 2 (Qualität) mit einer Punkteverteilung von 0 bis 400, jeweils in 10er-Schritten (vgl. Beilage 6.6 der Ausschreibungsunterlagen), bereits eine differenzierter gestufte Beurteilungskurve - als eine Notenverteilung von 1 bis 5 bzw. 1 bis 3 - geschaffen hätte. Allerdings schränkt die Vergabestelle mit dem von ihr gewählten Vorgehen die Differenzierungsmöglichkeit der Angebote untereinander bei den Zuschlagskriterien ZK 2 und ZK 3 ein: Laut den Ausschreibungsunterlagen soll jedes Produkt, welches die technischen Mindestanforderungen erfüllt, mindestens 60% der Punkte für ZK 2 und ZK 3 erhalten. Ein sachlicher Grund, warum diese Reduktion der Bandbreite hinzunehmen wäre, ist prima facie nicht ersichtlich. Auch nach der Berücksichtigung der Mindestanforderungen ist die Bewertung der sogenannten Überperformance im Rahmen des Zuschlages mit der vollen Bandbreite der Notenskala von 1 bis 5 angezeigt. Stattdessen verteilt die Vergabestelle für die ZK 2 (Qualität) und ZK 3 (Logistik/Service) von den ursprünglich gemäss der Bewertungsmatrix in Aussicht gestellten 175 Punkten effektiv maximal nur noch 70 Punkte (40 für Qualität, 30 für Logistik/Service), während für das ZK 1 (Preis) weiterhin die vollen 325 Punkte erreicht werden können. Das führt dazu, dass die effektive Preisgewichtung 82.28 % statt 65 % beträgt, wie in der Bewertungsmatrix in Aussicht gestellt ($ZK\ 1\ [325] / (ZK\ 1\ [325] + ZK\ 2\ [40] + ZK\ 3\ [30])$). Diese Diskrepanz wiegt umso schwerer, als sich die Vergabestelle bereits durch die Wahl der Preisbewertungsmethode mit einer steilen Kurve für eine preisorientierte Beschaffung entschieden hat.

E. 6.6.5

Es bleibt grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass bei qualitätsorientierten, gestuften Bewertungsskalen mit wenigen Stufen, beispielsweise mit Noten von 1 bis 5 oder Noten von 1 bis 3 (vgl. dazu Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettatunnel") die Möglichkeit gegeben sein müsste, dass ein Produkt keine Noten bzw. Punkte erhält, ähnlich wie das für das ZK Preis ab einer gewissen Abweichung vom Tiefstpreis ebenfalls gegeben ist. Nur so kann verhindert werden, dass ein Produkt mit schlechtester Bewertung nicht doch wieder Punkte erhält, beispielsweise durch die Vergabe der Note 1 auf einer Skala von 1 bis 3, was bei einer maximalen Punktzahl von 60 unweigerlich zu "geschenkten" 20 Punkten führen würde (und dem Verlust einer weiteren Stufe der möglichen Differenzierung).

E. 6.7

Zusammenfassend kann die Rüge der Beschwerdeführerin, durch die Verengung der Bandbreiten für die ZK 2 und ZK 3 würde das Klarheits- und Transparenzgebot verletzt, prima facie nicht als offensichtlich aussichtslos beurteilt werden.

E. 7

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle - und der Zuschlagsempfängerin - an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das

Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

E. 7.1

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Vielmehr hat die Auftraggeberin den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (Urteil des BGer 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4.1 "Kurierdienst BAG I"). Aber auch eine selbstverschuldete Dringlichkeit kann nicht dazu führen, dass sich das Gericht daran gehindert sieht, einer Beschwerde zur Vermeidung substantiiert dargelegter gravierender Folgen einer Verzögerung im Einzelfall nicht gleichwohl die aufschiebende Wirkung zu versagen (zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2 "Datentransport BIT"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E.14.1 "Laborneubau ETH Basel").

E. 7.2

Die Vergabestelle führt in ihrer Vernehmlassung dazu aus, das öffentliche Interesse an der sofortigen Fortführung der Ausschreibung überwiege das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die Ausschreibung bezwecke eine deutliche Kostenreduktion. Diese Reduktion solle nun so rasch wie möglich realisiert werden, um dem Zweck des Beschaffungsrechts, nämlich den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern, gerecht werden. Die Beschwerdeführerin verzichtet bisher auf Ausführungen dazu.

E. 7.3

Vorliegend macht die Vergabestelle bloss insoweit Dringlichkeit geltend, als sie auf ihre finanziellen Interessen an einem raschen Vertragsschluss hingewiesen hat. Demgegenüber stehen die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, die von ihr gerügte Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen durchsetzen bzw. den Zuschlag zu erhalten, gegenüber. Da es um einen Leistungsbezug für mehrere Jahre geht, sind die Interessen der Beschwerdeführerin als gewichtig zu beurteilen. Demnach fällt die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zugunsten der Beschwerdeführerin aus (vgl. zur Interessenabwägung in Bezug auf wiederkehrende Leistungen den Zwischenentscheid B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.8.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung").

E. 7.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist.

E. 8

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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