



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 705 25 60  
Fax +41 (0)58 705 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-5439/2015**

## **Zwischenentscheid vom 12. November 2015**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
**' \_\_\_\_\_ ',**  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Infrastruktur - Strategischer Einkauf  
Signalanlagen und Telecom,  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Beschaffung  
"Produktion Weichenheizungssteuerungen Hardware" -  
SIMAP-Meldungsnummer 879537 (Projekt-ID 120573),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Am 13. Januar 2015 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (SBB AG; nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (<www.simap.ch>) unter dem Projekttitel "Produktion Weichenheizungssteuerungen Hardware" einen Lieferauftrag bzw. Werkvertrag im offenen Verfahren aus. Als Offerteingabetermin wurde der 23. Februar 2015 festgesetzt.

**B.**

Zu dieser Ausschreibung gingen fristgerecht vier Angebote ein, darunter dasjenige der X.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin). Ende April 2015 folgte eine Verhandlungsrunde, anlässlich welcher die Angebote in technischer Hinsicht besprochen wurden. Jenes der Beschwerdeführerin wurde am 28. April 2015 behandelt. Gegenstand der zweiten Verhandlungsrunde anfangs Juni 2015 war der kommerzielle und juristische Teil der Ausschreibung. Die Besprechung mit der Beschwerdeführerin erfolgte am 1. Juni 2015. Eine Anbieterin wurde zu dieser Verhandlungsrunde nicht mehr eingeladen. Die definitiven Offerten der A.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführerin wurden am 25. bzw. 26. Juni 2015 eingereicht. Die beiden anderen definitiven Offerten datieren vom 23. Februar 2015 und 1. Mai 2015.

**C.**

Der Zuschlag vom 18. August 2015 an die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) wurde am 18. August 2015 unter der SIMAP-Meldenummer 879537 veröffentlicht. Zur Begründung führte die Vergabestelle an, dass die Angebote der Zuschlagsempfängerin in Wirtschaftlichkeit und Qualität überzeugten. Sie habe zudem die Zuschlagskriterien gut erfüllt und übertreffe den Zielwert von 300 Nutzwertpunkten deutlich. Demnach habe sie beruhend auf die strikte Einhaltung der vier Grundsätze des öffentlichen Beschaffungswesens das wirtschaftlich günstigste Angebot und erhalte somit den Zuschlag.

Die Vergabestelle teilte der Beschwerdeführerin gleichentags schriftlich mit, dass ihr Angebot im Wesentlichen aus preislichen Gründen nicht berücksichtigt werden konnte. Am 27. August 2015 fand ein Debriefing mit den unterlegenen Anbieterinnen statt. Im Rahmen dieses Gesprächs teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin insbesondere mit, dass ihre Offerte die geforderte Mindestpunktzahl von 300 Punkten erreicht habe und

weiter bewertet worden sei. Von allen Angeboten, welche die Mindestpunktzahl erreicht hätten, habe dasjenige Angebot den Zuschlag erhalten, das die beste Wirtschaftlichkeit aufgewiesen habe.

#### **D.**

Gegen die am 18. August 2015 veröffentlichte Zuschlagsverfügung hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. September 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Beschwerdegegnerin betreffend Zuschlag zur Vergabe des öffentlichen Beschaffungsauftrags (publiziert am 18.08.2015, Projekt-ID 120573, Meldungsnummer 879537) sei aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen;
2. Der berücksichtigte Anbieter sei vom Vergabeverfahren auszuschliessen;
3. Eventualiter sei das Verfahren an die Beschwerdegegnerin als Vergabestelle zur vollständigen Neu beurteilung und Zuschlagsvergabe zurückzuweisen;
4. Der Beschwerde sei superprovisorische, aufschiebende Wirkung zu erteilen;
5. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz angemessener Schadenersatz zuzusprechen;
6. [Kosten- und Entschädigungsfolgen]."

Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihrer Beschwerde verschiedene Rügen vor. Sie ist insbesondere der Meinung, dass die Zuschlagsempfängerin einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gehabt habe. Sie sei vorbefasst gewesen. Sie habe als bisherige Lieferantin der Beschaffungssache von einem unzulässigen Informationsvorsprung profitiert, den die Vergabestelle nicht ausgeglichen habe. Dies verstosse gegen den Grundsatz der Wettbewerbsgleichheit bzw. Gleichbehandlung. Die Vergabestelle habe durch die Einleitung einer weiteren Verhandlungsrunde in rechtswidriger Weise ihr Ermessen zugunsten der Zuschlagsempfängerin überschritten. Ein Verstoß gegen das Verbot der Information über Konkurrenzangebote sei offensichtlich. Nur die aufschiebende Wirkung ermögliche eine angemessene Vergabe des Lieferauftrags an den Anbieter mit dem besten Angebot. Die Zuschlagsempfängerin hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden sollen bzw. hätte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen.

#### **E.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 7. September 2015 hat der Instruktionsrichter bis zum definitiven Entscheid über den Antrag betreffend

die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen untersagt, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, insbesondere den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem ist die Vergabestelle ersucht worden, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich betreffend die aufschiebende Wirkung, Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin ist eine Stellungnahme freigestellt worden.

#### F.

Die Vergabestelle hat sich mit Eingabe vom 21. September 2015 vernehmen lassen, wobei sie folgende Anträge stellt:

- "1. Die Beschwerde sei materiell vollumfänglich abzuweisen;
2. Der Antrag auf Schadenersatz sei vollumfänglich abzuweisen".

In prozessualer Hinsicht beantragt die Vergabestelle:

- "1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen;
2. Der Antrag auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 18.08.2015 sei abzuweisen und es sei ohne weiteren Schriftenwechsel über die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin zu entscheiden;
3. Der Antrag auf Ausschluss des berücksichtigten Anbieters aus dem Vergabeverfahren sei abzuweisen;
4. [Akteneinsicht]."

Die Vergabestelle legt dar, dass die Zuschlagsempfängerin nicht in rechtswidriger Weise mit der Beschaffung vorbefasst gewesen sei. Zur Sicherstellung der Gleichbehandlung seien Massnahmen ergriffen worden. Das spezifische Know-How, das sich die Zuschlagsempfängerin in der Funktion als bisherige Lieferantin angeeignet habe, könne ihr nicht als unzulässiger Vorteil vorgehalten werden. Die Ränge der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin seien aufgrund der kommerziellen Verhandlungen gleich geblieben. Bereits nach der technischen Bereinigung der Angebote sei die Zuschlagsempfängerin auf dem ersten Rang gewesen. Die Vergabestelle habe der Zuschlagsempfängerin nicht vertrauliche Informationen zukommen lassen. Die Vergabestelle und die Öffentlichkeit hätten ein grosses Interesse an der sofortigen Umsetzung des Zuschlagsentscheids. Es bestehe die Gefahr von Betriebsstörungen und Betriebsausfällen während der Wintermonate 2016/17 infolge Verschiebung geplanter notwendiger Projekte. Zudem müssten die Instandhaltungsarbeiten mittels Ersatzteillogistik gesichert werden. Diese Gründe überwögen die privaten Interessen der Beschwerdeführerin.

**G.**

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2015 hat die Beschwerdeführerin Stellung genommen. Darin hält sie an ihren Rechtsbegehren fest und verlangt zusätzlich die Abweisung sämtlicher prozessualer Anträge der Vergabestelle sowie die Ansetzung eines zweiten Schriftenwechsels unter Einräumung einer angemessenen Frist. Die Zuschlagsempfängerin sei mangels weiterer bekannter Bezugsquellen faktisch auch als Lieferantin vorgegeben gewesen. Dadurch sei ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil geschaffen worden. Da die Vergabestelle Massnahmen zur Vermeidung dieses Vorteils unterlassen habe, hätte die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren ausgeschlossen werden sollen bzw. hätte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen. Durch das Wissen um die in den vergangenen Jahren direkt mit der Vergabe zusammenhängenden Jahresumsätze mit dem Ersatzteil- und Regiegeschäft habe die Zuschlagsempfängerin einen unzulässigen Informationsvorsprung gehabt, der zum Ausschluss hätte führen müssen. Dass die Zuschlagsempfängerin die Preise nach der technischen Bereinigung massiv gesenkt habe, sei nicht anders erklärbar, als dass entsprechende Informationen über die Preise der Mitbewerber seitens der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin übermittelt worden seien.

**H.**

Die Vergabestelle hat mit Eingabe vom 15. Oktober 2015 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Gesuchs um aufschiebende Wirkung ausführlich Stellung genommen. Die Vergabestelle hält an ihren Rechtsbegehren fest und beantragt zudem in prozessualer Hinsicht, dass kein weiterer Schriftenwechsel anzuordnen sei. In Ergänzung ihrer Vernehmlassungsbegründung führt sie aus, es sei keine Anbieterin verpflichtet oder gar gezwungen gewesen, einzelne Komponenten bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Die von ihr und der Beschwerdeführerin angebotenen Stundensätze für Regiearbeiten differenzierten nur wenig. Auch die Summe der Komponenten der Hardware von Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin differiere nicht dermassen, dass davon auszugehen wäre, dass letztere die Hardware mittels höheren Regiestundensätzen quersubventioniert hätte. Sämtliche Anbieterinnen hätten die gleichen Möglichkeiten gehabt, ihre preislichen Angebote nach der technischen als auch nach der kommerziellen Durchsprache anzupassen. Alle Anbieterinnen hätten die gleichen Informationen und Ausgangslage gehabt und ihre Preise entsprechend kalkulieren können. Das rechtliche Gehör sei genügend gewahrt. Wenn die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 21. September 2015 eine Eingabe zu machen, nicht umfassend genützt habe, sei das ihr eigenes

Verschulden. Dies dürfe nicht zu einer unnötigen Verzögerung des Entscheids über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde führen.

#### **I.**

Mit Schreiben vom 9. November 2015 hat sich die Vergabestelle im Wesentlichen ergänzend zu S. 76 der Schemata, zu den Verweisen auf die Hersteller der Komponenten und zu der Aufnahme der Komponenten in die Preisblätter geäußert und die Beilagen 14 und 15 der Submissionsakten nachgereicht.

Diese Eingabe der Vergabestelle ist der Beschwerdeführerin ohne Beilagen mit Verfügung vom 10. November 2015 zur Kenntnis zugestellt worden.

#### **J.**

Auf die Vorbringen der Parteien des vorliegenden Verfahrens wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB], SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

**1.2** 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 (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**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). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), 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.

**1.4** Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB – die vorliegende Vergabestelle –, 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. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 1.4.2).

**1.5** Die Vergabestelle geht in Ziffer 2.1 der Ausschreibung vom 13. Januar 2015 von einem Lieferauftrag in Form eines Werkvertrags aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB bedeutet der Begriff "Lieferauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Der Preis des berücksichtigten Angebots überschreitet zweifelsfrei die für Lieferungen der Vergabestelle im vorliegenden Sektorenbereich geltende Schwelle von Fr. 700'000.– (Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB).

**1.6** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse ist ebenfalls zu bejahen: Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der am 18. August 2015 publizierte Zuschlag aufzuheben und ihr zu erteilen. Sie ist an zweiter Stelle rangiert. Demnach würde die Aufhebung der Zuschlagsverfügung der Beschwerdeführerin die Möglichkeit geben, selbst den Zuschlag zu erhalten. Aufgrund dessen hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung

(Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 4.4).

**1.7** Die Anfechtung der am 18. August 2015 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist somit grundsätzlich einzugehen. Nicht eingegangen werden kann nur auf das Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin. Dieses kann erst nach Feststellung der Rechtswidrigkeit im vorliegenden Verfahren eingereicht werden (vgl. Art. 35 Abs. 1 und 3 BöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414).

**1.8** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 mit Hinweisen).

## **2.**

**2.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Diese kann vom Bundesverwaltungsgericht nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1339 i.V.m. Rz. 1331). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**2.2** 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, welche 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 und Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensivveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte,

zeigt, dass sich der Gesetzgeber 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 mit Hinweisen).

**2.3** 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. Trifft dies zu, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts *prima facie* aller Voraussicht nach nicht gegeben ist (Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 3.1).

Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind – nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) 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). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbesondere S. 1197 und – vergleichbar – 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 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB, SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids 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). 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 Ziff. 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVG 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

### **3.**

Die Rügen der Beschwerdeführerin betreffen im Wesentlichen drei Themen: Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin als bisherige Lieferantin, zwingender Bezug von Komponenten des Beschaffungsgegenstands bei ihr sowie Veränderung ihres preislichen Angebots im Rahmen der zweiten Verhandlungsrunde.

#### **3.1**

**3.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde zum Thema Vorbefassung vor, die Zuschlagsempfängerin sei bereits an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt gewesen. Sie habe als bisherige Lieferantin des ausgeschriebenen Produkts über Information über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes verfügt. Sie habe Preisinformationen gehabt. Einzelne Stücklistenpositionen seien nicht korrekt aufgeführt worden bzw. bei den aufgeführten Lieferanten nicht beschaffbar gewesen. Als bestehende Lieferantin habe sie als einzige Anbieterin über diese Informationen verfügt. Weil die Konkurrenten bei ihr die Preise für einzelne Komponenten hätten anfragen müssen, habe sie auch die Information erhalten, welche Konkurrenten sich an der Ausschreibung beteiligten. Bereits diese Tatsachen hätten zu einem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin vom Verfahren führen müssen, da dieser Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen worden sei. Sie habe einen beträchtlichen Informationsvorsprung gehabt, was im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig sei. Die Offenlegung ihres Wissensvorsprungs habe man pflichtwidrig unterlassen (S. 5). Als bisherige Lieferantin der ausgeschriebenen Produkte habe die Zuschlagsempfängerin insbesondere exakte Informationen über die Mengen zum Ersatzteilgeschäft und die jährlichen Aufwendungen für Regiearbeiten gehabt, welche den anderen Anbietern bei der Ausschreibung nicht bekannt gemacht worden seien. Dadurch habe sie von einem unzulässigen Informationsvorsprung profitiert, was gegen den Grundsatz der Wettbewerbsgleichheit bzw. Gleichbehandlung verstosse (S. 6).

**3.1.2** In ihrer Stellungnahme vom 21. September 2015 wendet die Vergabestelle ein, ein allfälliges Wissen darum, ob sich die potenziellen Anbieter an der Ausschreibung beteiligten oder nicht, stelle keinen unzulässigen Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin dar (S. 8 Rz. 16). Zu einem früheren Zeitpunkt habe auch die Beschwerdeführerin die Vergabestelle mit Weichenheizungssteuerungen beliefert und sich somit analog der Zuschlagsempfängerin spezifisches Know-How angeeignet. Demzufolge müsste sie selbst als vorbefasst aus dem Verfahren gewiesen werden (S. 8 Rz. 17). Die Zuschlagsempfängerin sei zu keinem Zeitpunkt bei der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen beigezogen worden (S. 10 Rz. 20). Wenn die Beschwerdeführerin behauptete, dass gewisse Stücklistenpositionen nicht korrekt aufgeführt worden seien, handle sie wider besseres Wissen und entgegen der eigenen Ausführungen gemäss Rückmeldung auf die Pendenzenliste vom 28. April 2015 (S. 11 Rz. 21). Die Zuschlagsempfängerin sei nicht in rechtswidriger Weise mit der Beschaffung vorbefasst gewesen. Als bisherige Lieferantin sei sie bewusst nicht in die Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen miteinbezogen worden (S. 11 Rz. 22). Dass sie als bisherige Lieferantin aufgrund der langjährigen Erfahrung gegenüber den anderen Mitbewerbern einen faktischen Vorteil aufweisen könne, dürfe ihr nicht angelastet werden (S. 12 Rz. 22). Das spezifische Know-How, das sie sich als bisherige Lieferantin für die ausgeschriebenen Produkte angeeignet habe, könne ihr nicht als unzulässiger Vorteil vorgehalten werden (S. 12 f. Rz. 23). Die Tatsache alleine, bisherige Lieferantin gewesen zu sein, führe nicht zu einem unzulässigen Wettbewerbsvorteil (Stellungnahme vom 15. Oktober 2015, S. 4 Rz. 9).

**3.1.3** Gemäss Art. VI Ziff. 4 GPA dürfen die Beschaffungsstellen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Während das BÖB die Vorbefassung nicht regelt, ist in die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen mit Änderung vom 18. November 2009 per 1. Januar 2010 (AS 2009 6149) eine einschlägige Bestimmung aufgenommen worden. Nach Art. 21a Abs. 1 Bst. a VöB schliesst die Vergabestelle Anbieterinnen aus einem Verfahren aus, wenn diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann. Eine Ausnahme ist für den Fall vorgesehen, dass dieser Ausschluss den wirklichen Wettbewerb unter den Anbietern gefährdet (Art. 21a Abs. 1 Bst. b

VöB). Auf den Ausnahmecharakter dieser Konstellation wird im Erläuternden Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. November 2009 (im Folgenden: Erläuternder Bericht) ausdrücklich hingewiesen (S. 14). Art. 21 Abs. 2 VöB enthält eine beispielhafte Aufzählung von "Möglichkeiten", "wie die Auftraggeberin den Wettbewerbsvorteil der vorbefassten Anbieterin ausgleichen kann" (Erläuternder Bericht, S. 14; siehe hierzu das Urteil des BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 4.2).

**3.1.4** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zwischenentscheid B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 5.1 erwogen, dass sich die im Bundesbeschaffungsrecht geltenden Grundsätze zur Vorbefassung direkt aus dem in E. 3.1.3 hiervoor erwähnten Art. VI Ziff. 4 GPA ergeben. Weiter ist unter Hinweis auf den Entscheid der Rekurskommission über das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2006-004 (auszugsweise publiziert in: BR 2006, S. 190) festgehalten worden, es gehe bei den Regeln der Vorbefassung um eine spezielle Form der Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes seitens der Vergabestelle gegenüber den Anbietenden, welche sich auf Art. 8 Abs. 1 Bst. a BöB stütze. Davon ist im Folgenden auszugehen.

**3.1.5** Eine Vorbefassung liegt vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (Zwischenentscheid des BVGer B-4621/2001 vom 6. Oktober 2008 E. 5.2 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1). Indem die Zuschlagsempfängerin das zu beschaffende Gut bisher der Vergabestelle lieferte, dieses so bereits vor der Ausschreibung der Beschaffung im technischen und preislichen Detail genau kannte und sich die Vergabestelle daher von ihr über bestimmte technische Spezifikationen informieren lassen musste, ist sie als in diesem Sinne vorbefasst anzusehen, was die Vergabestelle nicht bestreitet. Hingegen wurde die Zuschlagsempfängerin nicht in die Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen als solche miteinbezogen. Aus den Akten ist jedenfalls nichts Gegenteiliges ersichtlich. Die Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin ergibt sich vorliegend allein aus der Tatsache, dass es sich bei ihr um die bisherige Lieferantin des Beschaffungsguts handelt.

**3.1.6** Vorab ist klarzustellen, dass die Vergabestelle nicht unter Berufung auf Art. 21a Abs. 1 Bst. b VöB (vgl. dazu E. 3.1.3 hiervoor) geltend macht,

ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin sei nicht möglich gewesen, weil sonst zu wenig potenzielle Anbieter übrig geblieben wären.

**3.1.7** Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die Vergabestelle mit hinreichenden Massnahmen dafür gesorgt hat, dass der aus der Vorbefassung resultierende Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin ausgeglichen werden konnte. Wie in E. 3.2 hiernach gezeigt werden wird, waren allen Anbieterinnen die Hersteller aller einzelnen technischen Komponenten gleichermassen bekannt und konnten deren Preise direkt bei den Herstellern erfragt werden. Weitere Informationen, insbesondere zur Erhältlichkeit und zu allfälligen Ersatzprodukten, konnten ebenfalls bei ihnen selbst eingeholt werden. Die Zustellungsempfängerin war in einigen Fällen als Lieferantin aufgeführt, doch es war keine der anderen Anbieterinnen darauf angewiesen, sich in irgendeiner Weise bei ihr über Preise, technische Details oder anderes zu informieren. Die Beschwerdeführerin vereinbarte mit der Vergabestelle anlässlich der ersten Verhandlungsrunde sogar, bei einer Abkündigung von Komponenten bzw. Material Informationen über allfällige Alternativen einzuholen und die Vergabestelle aktiv beim Entscheid zu unterstützen, welche Alternativen Sinn machen würden. Zuvor hatte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle mitgeteilt, dass die Zuschlagsempfängerin nicht als Lieferantin vorgesehen sei (Vergabeverfahrensakten 7, Anhang Anbieterfragen des Protokolls vom 29. April 2015 betreffend die Beschwerdeführerin, S. 2). Die Beschwerdeführerin hatte mithin bereits damals eine Strategie, wie sie ohne die Zuschlagsempfängerin und bei nicht mehr erhältlichen Komponenten oder Materialien ohne Nachfragen bei dieser vorgehe. Dies zeigt, dass die Anbieterinnen insofern einander gleichgestellt waren. Sie konnten ihre Angebote unabhängig voneinander erstellen. Es ist daher auch nicht davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin zu genauen Informationen gelangte, welche anderen Firmen ebenfalls der Vergabestelle ein Angebot vorbereiteten. Hätte sie dennoch solche Informationen gehabt, wären diese nicht vollständig gewesen, da die Anbieterinnen ihre Offerte ohne jegliche Konsultation der Zuschlagsempfängerin erstellen konnten. Die für die Offertstellung erforderlichen Informationen, welche der Zuschlagsempfängerin als vormalige Lieferantin bereits bekannt waren, konnten die anderen Anbieterinnen mittels Nachfrage bei den jeweiligen Herstellern erlangen. Die Zuschlagsempfängerin hatte insoweit keinen relevanten Informationsvorsprung gegenüber den anderen Anbieterinnen, wobei *prima facie* auch zu berücksichtigen ist, dass die Zuschlagsempfängerin nicht an der Erarbeitung der Ausschreibung beteiligt war (vgl. dazu ausführlich E. 3.1.9 hiernach). Die Vergabestelle hatte dazu folglich auch nichts offenzulegen oder auszugleichen. Der

Gleichbehandlungsgrundsatz war nicht verletzt. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren hätte sich demzufolge nicht rechtfertigen lassen.

**3.1.8** Wie in E. 3.4 hiernach einlässlich dargelegt werden wird, kann aus der abschliessenden Offerte der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf das Ersatzteilgeschäft und die Regiearbeiten nicht geschlossen werden, dass sie hier als bisherige Lieferantin einen Vorteil gehabt hätte. Ihre Offerte zeigt auf, dass sie keine exakten Informationen über die Mengen im Ersatzteilgeschäft und die jährlichen Aufwendungen für Regiearbeiten zu ihrem Vorteil nutzen konnte. Vielmehr handelt es sich um einen neuen Auftrag, bei welchem das zukünftige Geschäft mit Ersatzteilen und Regiearbeiten für alle Anbieterinnen nicht genau abschätzbar ist. Wie ihre abschliessende Offerte zeigt, war dieses Geschäft jedenfalls selbst für die Zuschlagsempfängerin als bisherige Lieferantin nicht solchermaßen berechenbar, als dass ihr diesbezügliches Wissen zu einem relevanten Wissensvorsprung verholfen hätte. Ein Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin, der von der Vergabestelle offenzulegen oder auszugleichen gewesen wäre, ist demzufolge nicht ersichtlich. Ebenso wenig bestand hinsichtlich des Geschäftes mit Ersatzteilen und Regiearbeiten ein Grund für den Anschluss der Zuschlagsempfängerin. Als früherer Lieferantin des Beschaffungsguts hätte der Beschwerdeführerin überdies selbst vorgeworfen können, dieses Geschäft weitgehend vorausberechnen zu können.

**3.1.9** Gemäss eigenen Angaben der Beschwerdeführerin fertigte sie vor mehr als 15 Jahren ebenfalls Weichenheizungen (Vergabeverfahrensakten 7, Anhang Anbieterfragen des Protokolls vom 29. April 2015 betreffend die Beschwerdeführerin, S. 5). Sie wäre insofern selbst vorbefasst. Aus der Tatsache allein, dass eine Anbieterin bereits einmal Lieferantin des Beschaffungsguts war, kann jedoch zur Bejahung einer unzulässigen Vorbefassung nicht genügen. So anerkennt beispielsweise das Zürcher Verwaltungsgericht – zu Recht – als eine Ausnahme vom Grundsatz des Ausschlusses von vorbefassten Anbietern vom Vergabeverfahren den Fall der Neuausschreibung eines Dauerauftrags, wo der bisherige Auftragsinhaber trotz seines Wissensvorsprungs wieder mitbieten darf (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1053 mit Hinweisen unter anderem auf VB.2009.00393 E. 5.1, VB.2009.00151 E. 2.3, VB.2004.00304 E. 3.3.2, VB.2003.00161 E. 2a und VB.2000.00068 E. 4c/cc). Würde man alle bisherigen Auftragsinhaber von einem Submissionsverfahren ausschliessen, würde insbesondere auf deren Know-How und ihre Fähigkeit zu einem wirtschaftlich vorteilhaften Angebot verzichtet werden müssen,

welches sie zuvor gegenüber den anderen Anbieterinnen ausgezeichnet hat. Das Vergaberecht will den Wettbewerb unter den Anbietern stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c BöB). Dass der Wirtschaftlichkeit bei einem Zielkonflikt ein die Wettbewerbszielsetzung relativierendes Gewicht eingeräumt wird, ist zulässig (vgl. MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2007, S. 477 ff, S. 498 Rz. 48). Davon, dass die bisherigen Auftragsinhaber allein deswegen, weil sie schon einmal beauftragt wurden, nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen sind, musste die Beschwerdeführerin selbst ausgehen. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, ob die Beschwerdeführerin selbst auf die Einreichung eines Angebots hätte verzichten müssen. Insofern kann in der Offertstellung der bisherigen Lieferantin allein jedenfalls kein Wettbewerbsvorteil gesehen werden, der von der Vergabestelle offenzulegen und auszugleichen gewesen wäre. Mit der Offertstellung bisheriger Lieferanten mussten die übrigen Anbieterinnen rechnen.

**3.1.10** Die Rüge, die Zuschlagsempfängerin sei vorliegend in unzulässiger Weise vorbefasst gewesen, erweist sich damit aufgrund der Akten *prima facie* als offensichtlich unbegründet.

## **3.2**

**3.2.1** Die Beschwerdeführerin legt ferner in ihrer Beschwerde dar, die Zuschlagsempfängerin sei im Lastenheft der Ausschreibungsunterlagen bei einzelnen Positionen als einzige Bezugsquelle aufgeführt gewesen. Alle Anbieter hätten diese einzelnen Komponenten bei ihr als vorgegebener Lieferantin offerieren lassen. Mit überhöhten Preisen sei sie in der Lage gewesen, die Situation der Konkurrenten zu schwächen. Dieser Wettbewerbsvorteil sei nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen worden (S. 5).

In ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 ergänzt die Beschwerdeführerin, dass die Zuschlagsempfängerin in den Ausschreibungsunterlagen bei wesentlichen Komponenten sowohl als Lieferantin als auch als Herstellerin aufgeführt worden sei. Mangels weiterer bekannter Bezugsquellen sei sie faktisch als Lieferantin vorgegeben gewesen. Sie sei damit faktisch als Herstellerin und Lieferantin bzw. Bezugsquelle zu betrachten. Dadurch sei ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil geschaffen worden. Die Vergabestelle habe Massnahmen zur Vermeidung dieses Vorteils unterlassen (S. 2).

**3.2.2** Laut der Stellungnahme der Vergabestelle vom 21. September 2015 ist die Zuschlagsempfängerin nie als Bezugsquelle für einzelne Komponenten vorgegeben gewesen. In den Ausschreibungsunterlagen sei nie auf die Zuschlagsempfängerin als Herstellerin und vorgegebene Bezugsquelle verwiesen worden. Es sei jederzeit gewährleistet worden, dass kein Anbieter mit der Zuschlagsempfängerin als bisheriger Lieferantin habe in Kontakt treten müssen und die Produktion allen Mitbewerbern alleine möglich sei (S. 9 Rz. 19). Bei der Zuschlagsempfängerin hätten keine Preise für Komponenten nachgefragt werden müssen (S. 10 Rz. 20). In den Ausschreibungsunterlagen sowie in der Simap-Publikation 01/15 sei explizit darauf hingewiesen worden, dass es keine Vorgaben zum Bezug von Komponenten bei der bisherigen Lieferantin gebe (S. 11 f. Rz. 22).

In ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2015 ergänzt die Vergabestelle, es sei keine Anbieterin verpflichtet oder gar gezwungen gewesen, einzelne Komponenten bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen (S. 3 Rz. 4 und S. 4 Rz. 6). Selbst auf Einzelteilebene würden in den jeweiligen Zeichnungen, die Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen seien, keine Hinweise auf die Zuschlagsempfängerin als Herstellerin bzw. Bezugsquelle gemacht (S. 3 Rz. 5).

**3.2.3** Bei den Bestandteilen "DRM45 DIN Rail Adapter", "Patchkabel 1m", acht Heizkabeln, einem "Heizkabel Ex", fünf Verbindungskabeln, zehn Schaltern, drei Schienentemperaturfühlern, drei Magnetventilen, drei Wetterstationen, eine Klemmdose, vier Steckern und einem Ventilstecker war die Zuschlagsempfängerin von der Vergabestelle als Lieferantin, nicht aber als Herstellerin angegeben worden. Bei fünf Verbindungskabeln war allerdings in der Rubrik "Hersteller" der Verweis "siehe Schemata S. 76" und in der Rubrik "Nummer/Typ" der Hinweis "Spezialanfertigung SBB" vermerkt. Bei fünf Schaltern stand in diesen Rubriken "siehe Beilage B49" und "spezial", bei drei Schienentemperaturfühlern "siehe Beilage B36" und "Spezialanfertigung", bei einer Klemmdose "siehe Beilage B12" und "Basis" sowie bei einer Wetterstation "siehe Beilage B37" und "Spezialanfertigung" (Beilage 11 der Vergabestelle).

S. 76 der Schemata beinhaltet einen Bauplan für das 15polige Kabel D-Sub, ohne jede Nennung irgendeines Herstellers (Beilage 11 der Vergabestelle). Die Beilagen B49 ("Produktion Weichenheizungssteuerung Beilage B49 - OP Schalter ZSK"), B36 ("Produktion Weichenheizungssteuerung Beilage B36 - Schienentemperaturfühler GWH"), B12 ("Produktion Weichenheizungssteuerung Beilage B12 - Wetterstation B.\_\_\_\_\_") und

B37 ("Produktion Weichenheizungssteuerung Beilage B37 - Wetterstation C.\_\_\_\_\_") enthalten den technischen Bauplan des betreffenden Bestandteils sowie Angaben zu den Herstellern von dessen einzelnen Teilen. Hier war die Zuschlagsempfängerin ebenfalls nicht als Herstellerin genannt (Beilage 12 der Vergabestelle).

**3.2.4** Die Zuschlagsempfängerin wurde in den Ausschreibungsunterlagen überhaupt nirgends als Herstellerin genannt, sondern lediglich in einigen Fällen als Lieferantin. In den Ausschreibungsunterlagen wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass ausschliesslich die von der Vergabestelle angegebenen Komponenten der aufgeführten Hersteller zu verwenden seien (vgl. Pflichtenheft der Ausschreibung, S. 10, 13, 14, 16, 17, 20, 21 und 22). Bereits während des Vergabeverfahrens war im Frageforum, das allen Anbietern zugänglich war, die Frage gestellt worden, ob die Lieferanten der aufgeführten Komponenten gemäss Beilagen verbindlich seien. Darauf antwortete die Vergabestelle wörtlich: "Wie im Pflichtenheft vermerkt ist, sind ausschliesslich die von der SBB angegebenen Komponenten der aufgeführten Hersteller gemäss Beilagen zu verwenden. Die aufgeführten Lieferanten dazu sind nicht massgebend. Bei welchen Lieferanten die Komponenten bestellt werden, ist Sache des Hardwarelieferanten" (Beilage 9 der Vergabestelle). Es trifft damit nicht zu, dass die Beschwerdeführerin einzelne Bestandteile nur bei der Zuschlagsempfängerin beziehen konnte. Dagegen spricht auch die Aussage der Beschwerdeführerin anlässlich der ersten Verhandlungsrunde am 28. April 2015, wonach bei ihr die Zuschlagsempfängerin nicht als Lieferantin vorgesehen sei, was bereits im Angebot berücksichtigt sei (vgl. Protokoll dieser Durchsprache, Vergabeverfahrensakten 7, S. 2 der Anbieterfragen). Wenn die Beschwerdeführerin nun vorbringt, gezwungen gewesen zu sein, einzelne Bestandteile bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen, setzt sie sich zu ihrem Verhalten in Widerspruch. Bei allen Komponenten waren andere Hersteller als die Zuschlagsempfängerin dokumentiert, so dass die Preise unabhängig von ihr unmittelbar bei den Herstellern nachgefragt werden konnten. Es war der Zuschlagsempfängerin damit auch nicht möglich, als Lieferantin selbst die Preise für die anderen Anbieterinnen zu erhöhen und sich so einen Wettbewerbsvorteil zu schaffen. Eine bevorzugte Behandlung der Zuschlagsempfängerin seitens eines Herstellers oder einer Unterlieferantin kann aufgrund dieser Angaben ausgeschlossen werden. Aus diesen Gegebenheiten ist jedenfalls *prima facie* keine Ungleichbehandlung der anderen Anbieterinnen zugunsten der Zuschlagsempfängerin ersichtlich. Vielmehr hat sich die Vergabestelle *prima facie* in einer Weise, die von Standardverfah-

ren abweicht, bemüht, den Marktgegebenheiten Rechnung zu tragen. Damit kann offen bleiben, inwieweit es der Beschwerdeführerin schadet, dass sie das von der Vergabestelle skizzierte Vorgehen nicht früher beanstandet hat.

**3.3** Die Vergabestelle hat sich in den Ausschreibungsbedingungen vom 18. Januar 2015 (Vergabeverfahrensakten 1) in Ziff. 2.10 (mehrere) Verhandlungen während des Vergabeverfahrens vorbehalten. Sollten alle geforderten Kriterien erfüllt sein, würden die drei Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zur Verhandlung eingeladen.

**3.3.1** Die Beschwerdeführerin äussert in ihrer Beschwerde, es dränge sich die Vermutung auf, dass zwei Male lediglich zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit angesetzt worden sei, die Preise zu korrigieren, damit diese die bestehenden preisgünstigeren Angebote unterbieten könne. Spätestens nach der ersten Verhandlungsrunde bzw. Preisanpassung wäre die Vergabestelle verpflichtet gewesen, die Anbieterreihenfolge als Entscheidungsgrundlage für den Zuschlag heranzuziehen. Die Vergabestelle habe durch die Einleitung einer weiteren Verhandlungsrunde in rechtswidriger Weise ihr Ermessen zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin überschritten (S. 6). Diese sei im Zeitpunkt der Angebotsöffnung im Preis mit deutlichem Rückstand zu den übrigen drei Anbietern an vierter Stelle gelegen, weshalb sie nicht zu Verhandlungen hätte eingeladen werden dürfen bzw. ihr keine Möglichkeit zur Nachbesserung ihres Angebots hätte gegeben werden dürfen (S. 7). Es erscheine augenscheinlich, dass die Zuschlagsempfängerin vertrauliche Informationen über die Konkurrenzangebote zugegangen seien, worauf sie nach der zweiten Verhandlungsrunde die Angebotspreise so massiv nach unten korrigiert habe. Der unzulässige Informationsfluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin lasse sich aus der Entwicklung der abgegebenen Preise ableiten. Nach der zweiten Runde sei die Zuschlagsempfängerin plötzlich an erster Stelle gelegen und hätte mit einer enorm aggressiven Preisanpassung alle übrigen Anbieter unterboten. Die einzige plausible Erklärung für diese massive Preisreduktion seitens der Zuschlagsempfängerin sei, dass dieser in unzulässiger Weise Informationen über die Konkurrenzangebote bzw. deren Preisofferten zugegangen seien (S. 7). Als bisherige Lieferantin habe die Zuschlagsempfängerin alle Informationen gehabt, um ihre Preise bereits im Zeitpunkt der Offertöffnung korrekt zu bestimmen. Sie habe keinerlei Veranlassung gehabt, ihre Preise dermassen zu senken. Sie habe über vertrauliche Informationen bezüglich der Konkurrenzangebote verfügen müssen. Ansonsten hätte sie keinen plötzlichen Preisabschlag im Rahmen

von ungefähr 15-25 % eingegeben (S. 7 f.). Ein Verstoss gegen das Verbot der Information über Konkurrenzangebote sei offensichtlich (S. 8).

In ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 ergänzt die Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin habe die Preise nach der technischen Bereinigung massiv gesenkt. Diese Korrektur sei nicht anders erklärbar, als dass Informationen über die Preise der Mitbewerber seitens der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin übermittelt worden seien. Sämtliche plausiblen Erklärungsversuche, was die Zuschlagsempfängerin zu einem solchen Schritt bewogen habe, hätten fehlgeschlagen. Insbesondere der vorgebrachte Anlass einer technischen Anpassung zur Preisanpassung vermöge nicht zu überzeugen, da die Zuschlagsempfängerin als einzige Anbieterin den genauen Lieferumfang gekannt habe (S. 3).

**3.3.2** Die Vergabestelle hält demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2015 fest, von insgesamt 34 durchgesprochenen Punkten seien acht Punkte – die Positionen 27-33 und 35 – preisrelevant gewesen, welche die Unterbreitung eines überarbeiteten Angebots hätten nach sich ziehen sollen (S. 5 Rz. 8). Der Verfahrensablauf zeige, dass weder eine willkürliche Anzahl von kommerziellen Verhandlungsrunden stattgefunden habe noch dass die durchgeführten Verhandlungsrunden zugunsten eines Anbieters durchgeführt worden seien. Vielmehr seien beide Verhandlungsrunden notwendig gewesen, um ein aussagekräftiges Resultat und eine sachliche Entscheidungsgrundlage für den Zuschlag zu erhalten. Es sei auch nicht ersichtlich, worauf die Beschwerdeführerin ihren Anspruch stütze, dass die Reihenfolge nach lediglich der technischen Bereinigungsrunde als Entscheidungsgrundlage für den Zuschlag hätte herbeigezogen werden müssen (S. 16 Rz. 30). Die Reihenfolge der Angebote habe sich nach der technischen Bereinigung nicht mehr verändert. Die Rangierung der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin sei aufgrund der kommerziellen Verhandlungen gleich geblieben (S. 17 Rz. 31). Weder habe die Zuschlagsempfängerin nach dem ursprünglichen Angebot auf dem vierten Rang gelegen noch habe sie ihr Angebot erst nach der letzten Verhandlungsrunde derart massiv korrigiert, dass sie schliesslich auf den ersten Rang zu stehen gekommen sei. Die Behauptung, der Zuschlagsempfängerin seien augenscheinlich vertrauliche Informationen zugegangen, sei ziemlich kühn (S. 18 Rz. 35). Noch kühner sei die Unterstellung, diese Informationen seien der Zuschlagsempfängerin von Seiten der Vergabestelle zugetragen worden. Der Vorwurf, sie habe der Zuschlagsempfängerin vertrauliche Informationen zukommen lassen, entbehre jeglicher Grundlage (S. 19 Rz. 36).

Gemäss der Stellungnahme der Vergabestelle vom 15. Oktober 2015 haben sämtliche Anbieterinnen die gleichen Möglichkeiten gehabt, ihre preislichen Angebote sowohl nach der technischen als auch nach der kommerziellen Durchsprache anzupassen (S. 5 Rz. 10). Keine der Anbieterinnen kenne den genauen Lieferumfang oder habe ihn gekannt. Alle Anbieterinnen hätten die gleichen Informationen und Ausgangslage gehabt und ihre Preise entsprechend kalkulieren können (S. 5 Rz. 11).

**3.3.3** Laut den bereinigten Preisangeboten (Abgeboten) vom 30. Juni 2015 war die überarbeitete Offerte der Zuschlagsempfängerin für Elektroweichenheizungen 16.7 Hz rund 33 %, für Elektroweichenheizungen 50 Hz rund 31 % und für Gasweichenheizungen rund 31 % tiefer als die ursprüngliche Offerte zum Zeitpunkt des Offertöffnungsprotokoll vom 26. Februar 2015 (vgl. Beilage 2 und 10 der Vergabestelle). Es handelt sich somit um eine zwischenzeitliche Preisreduktion von insgesamt rund einem Drittel.

**3.3.4** Nach der ursprünglichen Offerte lag die Zuschlagsempfängerin in wirtschaftlicher Hinsicht auf dem dritten Rang (vgl. Vergabeverfahrensakten 3), nach der Verhandlungsrunde vom 30. April 2015 auf dem ersten Rang (vgl. Vergabeverfahrensakten 8). Nach der Verhandlungsrunde vom 8. Juni 2015 blieb die Zuschlagsempfängerin auf dem ersten Rang (vgl. Vergabeverfahrensakten 11). Demnach muss die markante Preisreduktion in der Zeit zwischen dem 30. April 2015 und der weiteren Verhandlungsrunde vom 8. Juni 2015 erfolgt sein. Die Vergabestelle kann damit diese zweite Runde nicht zum Zweck, die Zuschlagsempfängerin zu bevorteilen, einberufen haben.

**3.3.5** Im Protokoll der ersten Verhandlungsrunde vom 30. April 2015 zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Vergabestelle sind keine Aussagen der letzteren festgehalten, welche zu einer wirtschaftlichen Besserstellung der Zuschlagsempfängerin hätten führen können. Das Angebot der Beschwerdeführerin war vorgängig am 28. April 2015 in gleicher Weise besprochen worden. Die Vergabestelle wies bei der Zuschlagsempfängerin wie der Beschwerdeführerin darauf hin, dass nach dieser technischen Durchsprache ein revidiertes Preisblatt eingereicht werden könne. Die Verhandlungsrunde war technischen Inhalts (vgl. Vergabeverfahrensakten 7). Es bestehen *prima facie* keine Anzeichen dafür, dass die deutliche Preissenkung seitens der Zuschlagsempfängerin auf entsprechende besondere Informationen in dieser Verhandlungsrunde zurückzuführen ist. Vielmehr wurde bereits in den Ausschreibungsbedingungen vom 8. Januar 2015 (Vergabeverfahrensakten 1) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass von

den Angeboten, welche die erforderlichen Mindestwerte und den verlangten Zielwert erreichen, dasjenige mit dem günstigsten Angebotspreis den Zuschlag erhält (Ziff. 2.7.3.1). So war von Beginn weg bekannt, dass der Angebotspreis höher als die Qualität des Angebots gewichtet wird.

Die Verhandlungsrunde, die zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin am 8. Juni 2015 stattfand und den kommerziellen und juristischen Teil der Ausschreibung zum Gegenstand hatte, war aufgrund ihres Zeitpunkts für die markante Preisreduktion hingegen offensichtlich nicht ausschlaggebend. In dieser Runde gab die Vergabestelle der Zuschlagsempfängerin zwar die Möglichkeit, ihr Angebot aufgrund der Erkenntnisse, die in der Verhandlungsrunde gewonnen wurden, nochmals zu überarbeiten. Zudem wurde die Zuschlagsempfängerin darauf hingewiesen, dass der Auftrag demjenigen Anbieter erteilt werde, welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot einreiche, wobei der Auftrag nur an einen Anbieter erteilt werden könne, welcher die Eignungskriterien erfülle (Beilage 5 der Vergabestelle, S. 11 dieses Protokolls). Zu den konkreten anderen Angeboten äusserte sich die Vergabestelle allerdings nicht. Es gibt keine Hinweise für eine bevorzugte Behandlung der Zuschlagsempfängerin. Es handelt sich bei den Mitteilungen der Vergabestelle um die gleichen Aussagen, welche sie bereits am 1. Juni 2015 gegenüber der Beschwerdeführerin gemacht hatte (vgl. Beilage 5 der Vergabestelle, S. 10-11 dieses Protokolls). Tatsache ist, dass bei Verhandlungen hohe Anforderungen an die Integrität aller Beteiligten gestellt werden (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1024, Fn. 2438 zu Rz. 1143 und Rz. 1150). Die Reduktion des Angebotspreises allein ist aber noch kein Indiz für Missstände. Eine Verbesserung der Rangierung der Zuschlagsempfängerin wäre überdies nicht mehr möglich gewesen.

Im Laufe des Vergabeverfahrens wurden nur zwei Verhandlungsrunden durchgeführt, so dass eine andere solche Runde als Grund für die Preisreduktion seitens der Zuschlagsempfängerin von vornherein entfällt.

### **3.4**

**3.4.1** Die Beschwerdeführerin weist zudem darauf hin, das Umsatzvolumen des mit der Vergabeauftrag direkt zusammenhängenden Ersatzteil- und Regiegeschäfts sei dermassen gross, dass das Wissen der Zuschlagsempfängerin um dessen Umfang eine andere Preispolitik bei der ausgeschriebenen Hardware erlaubt habe. Die Tatsache, dass die absoluten

Margen aus dem Ersatzteil- und Regiegeschäft die Margen aus den Hardwarelieferungen massiv überträfen, habe das Anbieterangebot der Zuschlagsempfängerin für die Hardware beeinflusst, da die Zusatzmargen aus dem Ersatzteil- und Regiegeschäft in die Kalkulation hätten einbezogen werden können. Das Wissen um die in den vergangenen Jahren direkt mit der Vergabe zusammenhängenden Jahresumsätze mit dem Ersatzteil- und Regiegeschäft hätte man allen Anbietern zukommen lassen müssen. Dies hätte es den anderen Anbietern ermöglicht, eine angemessene (tiefere) Preiskalkulation vorzunehmen und ihre Leistungen markant günstiger zu offerieren. Die Zuschlagsempfängerin habe einen unzulässigen Informationsvorsprung gehabt, der zum Ausschluss hätte führen müssen (Stellungnahme vom 5. Oktober 2015, S. 2).

**3.4.2** In ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2015 legt die Vergabestelle demgegenüber dar, die Preisblätter zeigten, dass die von der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin angebotenen Stundensätze für Regiearbeiten nur wenig differenzierten. Es könne kaum sein, dass die Zuschlagsempfängerin eine solche hohe Marge beim Stundenansatz für Regiearbeiten eingerechnet habe, um damit die Preise für die Lieferung der Hardware drücken zu können. Weiter differiere auch die Summe der Komponenten der Hardware von Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin nicht dermassen, dass davon auszugehen wäre, dass letztere die Hardware mittels höheren Regiestundensätzen quersubventioniert hätte (S. 4 Rz. 8).

**3.4.3** Die Preisdifferenzen zwischen den Ansätzen für die Regiearbeiten in den abschliessenden Angeboten der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin sind in der Tat zu geringfügig (vgl. Vergabeverfahrensakten 19), um begründet davon ausgehen zu können, dass die Zuschlagsempfängerin mittels dieser Ansätze möglicherweise die Hardware indirekt zu subventionieren vermag. Die Summe der Hardwarekomponenten unterscheidet sich ebenfalls nicht bedeutend. *Prima facie* ist demgemäss nicht erkennbar, wie die Zuschlagsempfängerin mittels ihrer Regiestundensätze die Mindereinnahmen aus dem Hardwarepreis kompensieren könnte. Selbst wenn das Umsatzvolumen des Ersatzteil- und Regiegeschäfts sehr gross wäre, könnte nicht von einer Quersubventionierung ausgegangen werden. Die Preisdifferenzen wären hierfür klarerweise zu klein. Von der Ausnutzung eines kalkulatorischen Informationsvorsprungs seitens der Zuschlagsempfängerin kann nicht gesprochen werden. Vielmehr ist fraglich, ob sie einen solchen überhaupt hatte, handelt es sich doch um ein neues Projekt.

**4.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Beschwerde insgesamt aufgrund einer *prima facie*-Würdigung als offensichtlich unbegründet erweist. Deshalb ist das Ersuchen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, ohne dass eine Interessensabwägung vorzunehmen wäre.

**5.**

**5.1** In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keinen Antrag auf Akteneinsicht gestellt hat. Die Vergabestelle hat dem Bundesverwaltungsgericht trotzdem die vollständigen Akten des Vergabeverfahrens einzureichen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Mit Stellungnahmen vom 21. September 2015 und 15. Oktober 2015 sowie auf gerichtliches Ersuchen hin mit Stellungnahme vom 9. November 2015 ist die Vergabestelle dieser Pflicht in wesentlichen Punkten nachgekommen. Die Ergänzung der Akten im Hauptverfahren bleibt vorbehalten. Der Beschwerdeführerin ist bisher in gewissem Umfang von Amtes wegen Akteneinsicht gewährt worden.

**5.2** Ihr wurde am 24. September 2015 der Ordner "Beschwerdeverfahren 'Produktion Weichenheizungssteuerung Hardware'/"geschwärzt" zugestellt, welcher die Akten 1-21 des Verfahrens vor der Vergabestelle in geschwärzter Form enthält. Die Vergabestelle hat ferner folgende Dokumente eingereicht, welche der Beschwerdeführerin am 19. Oktober 2015 offengelegt wurden: zusätzliche Zeichnungen der Vergabestelle zu den Beilagen 13, 14, 15, 16, 20 und 21 der Beschwerdeführerin sowie die Beilagen B12, B36, B37 und B49 zu den Ausschreibungsunterlagen der Vergabestelle vom 8. Januar 2015.

**5.3** Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 sinngemäss, dass ihr Gelegenheit zu einem zweiten Schriftenwechsel zu geben sei, um ihr das rechtliche Gehör zu gewähren. So könne sie auf die Vorbringen der Vergabestelle angemessen Stellung nehmen. Da in casu faktisch bereits ein zweiter Schriftenwechsel erfolgt ist, ein Teil der Akteneinsicht mit Blick auf das Beschleunigungsgebot grundsätzlich ins Hauptverfahren verschoben werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371) und üblicherweise nur ein Schriftenwechsel vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung stattfindet, hat die Beschwerdeführerin jedoch keinen Rechtsanspruch darauf, ihre Replik (in casu: Stellungnahme vom 5. Oktober 2015) vor Ergehen des Zwischenentscheids betreffend die aufschiebende Wirkung gestützt auf die

ihr zugestellten Akten noch einmal zu ergänzen. Das Beschleunigungsgebot führt insoweit naturgemäss zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs (dazu näher in BVGE 2012/6 E. 3.5, mit Hinweisen, sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1205 und 1340, ebenfalls mit Hinweisen). Somit ist der Beschwerdeführerin erst im Hauptverfahren Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 zu geben.

**5.4** Zur Akteneinsicht im Hauptverfahren werden mit separater Verfügung Instruktionsanordnungen getroffen.

**6.**

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

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ansetzung einer Frist zur Ergänzung ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 vor Ergehen des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**3.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**4.**

Über die Kostenfolge des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

**5.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Gerichtsurkunde; vorab per E-Mail)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Andrea Giorgia Röllin

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. November 2015