



Abteilung II
B-369/2014

Zwischenentscheid vom 5. März 2014

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Barbara Deli.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Carmela Frey,
BRUHIN KLASS AG,
Baarerstrasse 12, Postfach 1017, 6301 Zug,
Beschwerdeführerin,

gegen

armasuisse,
Einkauf und Kooperationen,
Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern,
Vergabestelle,

und

B. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Bleuer,
db-Legal, Advokaturbüro und Notariat,
Dufourstrasse 121, 9000 St. Gallen,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Vergabeverfahren
"Textilwaschmittel NEU" (SIMAP Meldungsnummer 802675).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. Januar 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die auf simap.ch (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) am 18. Dezember 2013 publizierte Verfügung der Vergabestelle betreffend den Zuschlag im Beschaffungsverfahren unter dem Projekttitel "Textilwaschmittel NEU" (SIMAP-Meldungsnummer 802675, Projekt-ID 107251) erhebt,

dass der Zuschlag vom 18. Dezember 2013 das Ergebnis einer Wiedererwägung der Vergabestelle während hängigem Beschwerdeverfahren ist, nachdem die am 30. August 2013 auf simap.ch publizierte Verfügung betreffend die Beschaffung derselben Textilwaschmittel (SIMAP-Meldungsnummer 788947; Projekt-ID 96151) unter anderem von der Beschwerdeführerin am 18. September 2013 angefochten worden war,

dass das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-5229/2013 betreffend die Anfechtung des Zuschlags vom 30. August 2013 nach Publikation des neuen Zuschlags mit Verfügung vom 22. Januar 2014 als gegenstandslos abgeschrieben worden ist,

dass gemäss Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, was aber nicht bedeutet, dass der Gesetzgeber den Suspensiveffekt nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen),

dass das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann (Art. 28 Abs. 2 BöB), wobei in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.2 mit Hinweisen),

dass in einem zweiten Schritt aufgrund einer Interessenabwägung über das Gesuch zu befinden ist, wenn der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt werden oder darüber Zweifel bestehen (vgl. zum Ganzen etwa den Zwischenentscheid B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 2.2 unter ausführlicher Darlegung der zu berücksichtigenden Interessen),

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

dass die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt und diesen mit Eingabe vom 24. Februar 2014 bekräftigt hat, wobei demselben superprovisorisch mit Verfügung vom 23. Januar 2014 einstweilen entsprochen worden ist,

dass die Beschwerdeführerin insbesondere geltend macht, es fehlten im Rahmen der Empfehlungsrezepturen für die Dosiermengen relevante Angaben, sodass die entsprechenden Daten nicht geeignet seien, im Rahmen der Preiskalkulation die tatsächlich anfallenden Kosten für den Waschmittelbezug und damit letztlich das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln,

dass die Beschwerdeführerin demzufolge in der Hauptsache eine Anpassung der Empfehlungsrezepturen und eine Wiederholung der Preiskalkulation beantragt,

dass sich die Vergabestelle mit Vernehmlassung vom 7. Februar 2014 (S. 5) gegen den Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung zur Wehr setzt und insbesondere vorbringt, dass nur die Beschwerdeführerin ein Interesse an einem langen (Beschwerde-)Verfahren habe, weil sie die derzeitige Lieferantin sei, wogegen die Zuschlagsempfängerin ein wirtschaftlich besseres Angebot eingereicht habe und deren Produkt sämtliche technischen Spezifikationen vollumfänglich einhalte,

dass die Vergabestelle ausserdem (ohne Bezug zur aufschiebenden Wirkung) ausführt, dass die vorliegende Beschwerde, welche sich gegen die Evaluation richtet, eine unzulässige Klageänderung gegenüber der Beschwerde vom 18. September 2013 darstelle, was – so die Vergabestelle sinngemäss – ohne materielle Prüfung der Rügen der Beschwerdeführerin zur Abweisung der Beschwerde führen müsse,

dass sich die Zuschlagsempfängerin mit Stellungnahme vom 5. Februar 2014 als Beschwerdegegnerin konstituiert hat und insbesondere die Abweisung des Antrags um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt, wobei sie namentlich vorbringt, dass die Beschwerde aussichtslos sei und der Verzögerung des Verfahrens diene,

dass die Beschwerdegegnerin ausserdem geltend macht, im Rahmen der Interessenabwägung würden die Interessen der Beschwerdeführerin nicht höher wiegen als diejenigen der Zuschlagsempfängerin, dass jedoch die öffentlichen Interessen des Bundes an einem effizienten Mitteleinsatz und an einem unverzüglichen Vertragsschluss überwiegen, womit das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls abzuweisen sei (vgl. dazu auch die unaufgefordert eingereichte Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. Februar 2014),

dass die aufschiebende Wirkung auch dann nicht gewährt wird, wenn auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach nicht eingetreten werden kann bzw. auf eine Rüge im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr einzugehen ist (vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 3),

dass die Vergabestelle im vorliegenden Fall ihre Rechtsauffassung betreffend "unzulässige Klageänderung" jedoch nicht begründungsweise in diesem Sinne heranzieht,

dass die Beschwerdeführerin im Übrigen unter Beilage ihrer Beschwerdeschrift vom 18. September 2013 ausführt, sie habe bereits in Anfechtung des ersten Zuschlags nicht nur die Feststellung betreffend Nichteinhaltung der technischen Spezifikationen, sondern auch die Art der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots angegriffen,

dass im Übrigen aufgrund der fehlenden Akteneinsicht im Vergabeverfahren keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden dürfen, was sinngemäss auch die Beschwerdeführerin hervorhebt, wenn sie ausführt, sie habe erst aufgrund der ihr zugestellten Kalkulationsübersicht den nunmehr gerügten Mangel erkennen können (Eingabe vom 24. Februar 2014, S. 4), womit unabhängig von der Frage, ob es eine Bindung der Beschwerdeführerin an die Begründung ihrer ersten Beschwerde gibt, nicht gesagt werden kann, dass es sich bei der Beschwerde vom 21. Januar 2014 aller Wahrscheinlichkeit nach um eine "unzulässige Klageänderung" in der Begrifflichkeit der Vergabestelle handelt,

dass die Vergabestelle nur sehr rudimentäre Ausführungen macht zur Frage, ob die Beschwerde materiell offensichtlich unbegründet sei, und in diesem Zusammenhang insbesondere anführt, der von der Beschwerdeführerin gerügte Fehler in der Preisberechnung sei ein Kanzleiversehen und habe sich auf alle Anbieter in gleicher Weise ausgewirkt (Vernehm-

lassung, S. 5; vgl. auch Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 5. Februar 2014, S. 9),

dass die Beschwerdegegnerin indessen ausführlich darlegt, dass das Pflichtenheft den Verschmutzungsgrad hinreichend detailliert umschreibe; wenn ausgerechnet die Beschwerdeführerin, welche seit [einigen] Jahren [...] Textilcenter [der Armee] beliefere, geltend mache, die Daten für die Empfehlungsrezeptur seien zu unpräzise, sei dies – zurückhaltend formuliert – äusserst unglaubwürdig (Stellungnahme vom 5. Februar 2014, S. 9),

dass die Beschwerdegegnerin ausserdem ausführt, es hätte bei allfälligen Unklarheiten eine Fragepflicht der Beschwerdeführerin bestanden; auch die Kritik an der Kostenberechnung sei verfehlt (Stellungnahme vom 5. Februar 2014, S. 10),

dass der Beschwerdegegnerin zuzustimmen ist, soweit sie quasi stellvertretend für die Vergabestelle geltend macht, dass die Ermessenskontrolle nach Art. 31 BöB spezialgesetzlich ausgeschlossen ist (Stellungnahme vom 5. Februar 2014, S. 11 f.),

dass sich daraus zwar möglicherweise die Unzulässigkeit gewisser Anträge ergibt (vgl. dazu Beschwerde, S. 17 Rz. 48), aber nicht die offensichtliche Unbegründetheit der Beschwerde als solcher,

dass sich vielmehr die Rüge, die Kalkulationsgrundlagen seien nicht geeignet, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, nicht als offensichtlich unbegründet erweist, was sich im Übrigen auch in den Beweis-anträgen der Verfahrensbeteiligten widerspiegelt,

dass sich in Bezug auf die Mängel der Ausschreibungsunterlagen wie auch die Abgrenzung von Fragepflicht der Anbieter und Aufklärungspflicht der Vergabestelle Fragen stellen, die nicht zu einer so klaren Antwort führen, wie dies die Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 387, vorbringt (vgl. dazu die in derselben Publikation unter Rz. 388 geäußerte Kritik an in Rz. 387 zitierten Entscheid des Bundesgerichts 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004, insb. E. 3.3, und zu Rügen in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen neuerdings MARTIN BEYELER, Urteilsbesprechung zu S20, in: Baurecht 1/2014, S. 35 f. mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts),

dass die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Interessenabwägung einerseits ausführt, die Verzögerungstaktik, welche zu unerwünschtem Strukturerhalt zulasten der Grundgedanken des Vergaberechts führe, sei zu beenden und die Verschwendung öffentlicher Mittel (meint: der über-
teuerte Bezug von Waschmittel bei der Beschwerdeführerin als der derzeitigen Lieferantin) zu stoppen, aber nicht mehr geltend macht, ihr entstehe durch die kostenpflichtige Zwischenlagerung von Waschmittel ein über den ihr entgehenden Gewinn hinausgehender eigener Schaden (vgl. dazu die Eingabe der Beschwerdegegnerin in den vereinigten Verfahren B-5229/2013 vom 15. November 2013, S. 9),

dass indessen die Vergabestelle selbst nicht geltend macht, ihr entstehe durch den Bezug bei der bisherigen Lieferantin ein bedeutender ökonomischer Schaden,

dass unabhängig davon zwar Folgekosten einer Verzögerung gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechen können (vgl. diesbezüglich für den Fall selbstverschuldeter Dringlichkeit den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 E. 5.3 in fine),

dass vorliegend aber nur die Folgen der zeitweiligen Nichtberücksichtigung des wirtschaftlich günstigsten Angebots geltend gemacht werden, was jedenfalls im vorliegenden Fall, der dadurch gekennzeichnet ist, dass in erster Linie die Vergabestelle die Dauer des Beschaffungsverfahrens zu verantworten hat, nicht genügen kann, um die Interessen am effektiven Rechtsschutz als nicht überwiegend zu beurteilen,

dass nach dem Gesagten dem Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entsprechen ist,

dass Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel und die Akteneinsicht im Hauptverfahren mit separater Verfügung zu treffen sein werden,

dass über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Beschwerde vom 21. Januar 2014 wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

2.

Anordnungen im Hauptverfahren und betreffend die Akteneinsicht erfolgen mit separater Verfügung.

3.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 107251; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Beschwerdegegnerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Barbara Deli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 5. März 2014