



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-6295/2017
urh/fir/gwt

Zwischenentscheid vom 18. Juni 2018

Besetzung

Instruktionsrichter Hans Urech
Gerichtsschreiber Reto Finger.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Konzerneinkauf Verbrauchsgüter,
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Abbruch
Lieferauftrag Aussenreiniger für Schienenfahrzeuge
(SIMAP Meldungsnummer 987023 [Projekt-ID: 138969]),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Am 22. April 2016 schrieb die Schweizerische Bundesbahn SBB, Konzern Einkauf Verbrauchsgüter (nachfolgend: Vergabestelle) einen Lieferauftrag für die Dauer von sieben Jahren mit dem Projekttitel „Aussenreinigung für Schienenfahrzeuge“ im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 910347; Projekt-ID 138969).

B.

Bis zum 1. Juli 2016 gingen fristgerecht 10 Angebote ein, darunter auch die Offerte der X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

C.

Für die Prüfung und Bereinigung der Angebote sahen die „Ausschreibungsbedingungen“ (Ausschreibungsunterlagen) ein mehrstufiges Verfahren vor. In einem ersten Schritt waren formelle Kriterien, Eignungskriterien und „Muss-Zuschlagskriterien“ (Kapitel 2.7 der Ausschreibungsunterlagen) zu erfüllen. Anschliessend wurden die Muster in Kleinversuchen hinsichtlich der „technischen Lieferbedingungen“ (technischen Spezifikation) untersucht/plausibilisiert (Kapitel 2.7.3.1 sowie Anhänge C1 – C4 der Ausschreibungsunterlagen). Um die Kleinversuche zu bestehen, mussten sämtliche technischen Spezifikationen erfüllt sein (Kapitel 2.7.3.1). Die Ausschreibung sah danach die Bewertung der Angebote anhand der Bewertungsmatrix vor, wobei die Qualität im Rahmen eines Grossversuches evaluiert werden sollte (Kapitel 2.7.3.2).

D.

Gemäss dem „Ergebnisbericht zu den Kleinversuchen vom 31. August 2016“ erfüllten mehrere Anbieter die technischen Lieferbedingungen „massgeblich und in vielen Belangen nicht“, weshalb diese Angebote „parkiert“ und nicht weiter geprüft wurden.

Die verbliebenen Anbieter verfehlten die Anforderungen „nur knapp“ (Korrosionswerte, Reinigungsleistung, verbotene Stoffe etc.). Mit ihnen setzte die Vergabestelle die Evaluation fort und informierte sie mit Mail vom 8. September 2016, dass sich ihre Produkte für die Grossversuche qualifiziert hätten.

E.

Beim Grossversuch am Standort Biel wurde ein 600 Liter-Container der

Y._____ AG (nachfolgend: Mitbewerberin 1) fälschlicherweise nicht anonymisiert. Der Container wurde am 27. Januar 2017 an die Beschwerdeführerin retourniert, so dass diese Kenntnis über die Teilnahme der Mitbewerberin 1 an den Grossversuchen erhielt.

F.

Nach Abschluss der Grossversuche wurden die verbliebenen Anbieter mit Mail vom 28. März 2017 zu „Bereinigungsgesprächen“ am 25. April 2017 eingeladen.

G.

Mit Schreiben vom 24. April 2017 (übergeben anlässlich des Bereinigungsgesprächs vom 25. April 2017) teilte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle unter anderem mit, dass das Produkt 1 (saurer Reiniger) der Mitbewerberin 1 aus dem nicht anonymisierten Container gemäss eigenen Analysen den vorgegebenen Korrosionswert um das 9-fache übersteige.

Weiter wurde anlässlich der Bereinigungsgespräche auch über die „Schwächen der offerierten Produkte“ und über das Vorgehen zur Behebung dieser Schwächen innerhalb von drei bis sechs Monaten nach einem allfälligen Zuschlag gesprochen (jeweils Ziff. 4 der Bereinigungsprotokolle).

H.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2017 teilte die Vergabestelle den verbliebenen Anbietern mit, die Bereinigungsgespräche hätten gezeigt, dass die eingegangenen Angebote jeweils „leicht nachzubessern“ seien, wozu ihnen Gelegenheit bis zum 4. Juli 2017 gegeben werde.

I.

Am 16. und 17. Juni 2017 gelangte die Beschwerdeführerin mit zwei Meldungen an die Compliance-Abteilung der Vergabestelle. Neben dem Hinweis auf den nicht anonymisierten Container der Mitbewerberin 1 mit den erhöhten Korrosionswerten, zeigte sich die Beschwerdeführerin auch besorgt über eine mögliche Vorbefassung. Ihr sei bekannt, dass es sich bei dem für die Durchführung der Produkteprüfung zuständigen Verwaltungshelfer der Vergabestelle um einen ehemaligen Mitarbeiter der Mitbewerberin 1 handle. Der Fakt, dass der Verwaltungshelfer ein Produkt seiner ehemaligen Arbeitgeberin trotz 9-facher Überschreitung des maximal zulässigen Wertes zum Grossversuch zugelassen habe, sei nicht nachvollziehbar und verstosse gegen die Ausschreibungsbedingungen.

J.

Nach fristgerechtem Eingang der nachgebesserten Produkte wurden die Kleinversuche wiederholt und die Resultate zusätzlich in einem externen Labor plausibilisiert.

K.

Gemäss dem Ergebnisbericht zur zweiten Beurteilungsrunde vom 14. September 2017 wurden die Anforderungen der Kleinversuche erneut von keinem Anbieter vollständig erfüllt. Abweichungen waren insbesondere festzustellen bei Lagerstabilität, Wasserhärtestabilität, Plexiglastest, Korrosion, Lackoberfläche und bei den vorgegebenen Einsatzbedingungen.

L.

Am 17. Oktober 2017 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP den Abbruch des Beschaffungsverfahrens (Meldungsnummer 987023; Projekt-ID 138969). Zur Begründung führte sie aus, es sei kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen.

M.

Am 6. November 2017 erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen:

- „1. Die Abbruchverfügung (SIMAP 138969; Meldenummer 987023) vom 17. Oktober 2017 sei aufzuheben.
2. Das Verfahren Beschaffung Aussenreiniger (SIMAP 138969, Meldenummer 910347) vom 22. April 2016 sei nach dem Stand der Bereinigungsgespräche mit den Anbietern im Grossversuch (X. _____ AG, Bereinigungsgespräch vom 25. April 2017) gemäss dem unterzeichneten Protokoll weiterzuführen.
3. Wir fordern, dass die Anbieter, welche konform zum Grossversuch zugelassen wurden, gemäss dem Bereinigungsgespräch vom 25. April 2017, Frage 4, analog dem von Seiten SBB gewünschten Vorgehen die vereinbarte und unterzeichnete Möglichkeit erhalten, die erwähnten Produkte mit dem SBB Fachpersonal innerhalb von 3 - 6 Monaten anzupassen.
4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, insbesondere sei der SBB AG zu untersagen, die Beschaffung Aussenreiniger Schienenfahrzeuge neu auszuschreiben.
5. Die Firma Y. _____ AG sei vom laufenden Verfahren auszuschliessen oder zu disqualifizieren, da nachweislich die technischen Lieferbedingungen im Grossversuch nicht eingehalten wurden.

6. Detaillierte Klärung der Verfahrensverstösse nach den gesetzlichen Vorschriften und dem SBB Verhaltenskodex mit den vorgesehenen Sanktionen.
7. Der X._____ AG sei das Akteneinsichtsrecht zu gewähren.
8. Die Kosten sind der SBB AG zu überwälzen.“

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, sie erfülle „nahezu sämtliche Lieferbedingungen“. Die Vorbehalte gemäss der zweiten Beurteilungsrunde seien grösstenteils unzutreffend. Der Abbruch sei deshalb weder stichhaltig noch nachvollziehbar.

Weiter sei die Mitanbieterin 1 aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen. Nach Zusendung des nicht anonymisierten Containers an die Beschwerdeführerin habe sie, die Beschwerdeführerin, durch eigene Laboranalysen festgestellt, dass das gelieferte Produkt „Saurer Reiniger“ den zulässigen Korrosionswert um über das 9-fache übersteige, weshalb sie, die Mitanbieterin 1, ausgeschlossen werden müsse, da sie die technischen Lieferbedingungen nicht erfülle.

Generell sei festzuhalten, dass es im vorliegenden Verfahren zu diversen schwerwiegenden Verfahrensverstössen gekommen sei, welche die Vergabestelle nun mit dem Abbruch „ad acta“ legen wolle. Das sei unter anderem auch deshalb stossend, weil ihr, der Beschwerdeführerin, durch das Verfahren bisher Entwicklungs- und Ressourcenkosten in der Höhe von Fr. 135'000.– entstanden seien.

N.

Am 3. November 2017 teilte die Fachstelle für Compliance der Beschwerdeführerin mit, ihre Beanstandungen vom 16. und 17. Juni 2017 eingehend untersucht zu haben. Die Abklärungen hätten keine Anhaltspunkte für ein widerrechtliches Verhalten ergeben.

O.

Mit Zwischenverfügung vom 15. November 2017 wurde die Vergabestelle ersucht, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zum Begehren, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen.

P.

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2017 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme mit folgendem Rechtsbegehren ein:

- „1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen.

Prozessuale Anträge:

3. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
4. Der Vergabestelle sei zu erlauben, „Aussenreiniger für Schienenfahrzeuge“ bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Beschwerdeführerin oder einem Dritten zu beziehen.
5. Die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen.
6. Der Vergabestelle sei im Falle der Gewährung des Gesuches um aufschiebende Wirkung eine Frist zur Ergänzung ihrer Stellungnahme einzuräumen.
7. Es sei über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ohne weiteren Schriftenwechsel zu entscheiden.

Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.“

Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, die Anträge der Beschwerdeführerin würden sich widersprechen. Einerseits mache sie schwere Verfahrensverstösse geltend, andererseits erhebe sie Beschwerde gegen die Abbruchverfügung. Der Beschwerdeführerin fehle es deshalb an einem schutzwürdigen Interesse, weshalb auf die Beschwerde mangels Legitimation nicht einzutreten sei.

Sollte wider Erwarten auf die Beschwerde eingetreten werden, so sei der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Ein Verfahrensabbruch nach Art. 30 Abs. 2 VöB sei sachlich gerechtfertigt, wenn kein Angebot die Kriterien und die technischen Anforderungen erfülle.

Die Vergabestelle habe versucht, den Abbruch, welcher immer eine „ultima ratio“ darstelle, zu verhindern, indem sie die Anbieter, deren Produkte die technischen Lieferbedingungen „nur knapp“ nicht erfüllten, zum Grossversuch zugelassen und ihnen anschliessend auch noch die Möglichkeit der Nachbesserung gewährt habe.

Eine nochmalige Nachbesserung der Offerten und damit eine Weiterführung erachte sie unter diesen Umständen als nicht zielführend. Vielmehr seien die technischen Spezifikationen anzupassen. Wenn aber der Beschaffungsgegenstand in einem wichtigen Punkt geändert werde, folge aus dem Gebot der Transparenz und der Publizität, das Verfahren neu zu beginnen, so dass neue potenzielle Anbieter ebenfalls die Möglichkeit hätten, ein Angebot einzureichen.

Q.

Mit Verfügung vom 6. Dezember 2017 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Replik im Rahmen des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie zu Ziff. 4 der prozessualen Anträge der Vergabestelle betreffend Bezug von Reinigungsmittel nach Beendigung des ursprünglichen Liefervertrages per 31. Dezember 2017.

R.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2017 erklärte sich die Beschwerdeführerin mit Ziff. 4 der prozessualen Anträge der Vergabestelle einverstanden und ersuchte im Übrigen um eine Fristverlängerung.

S.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht den prozessualen Antrag Ziff. 4 der Vergabestelle gut.

T.

Mit Replik vom 8. Januar 2018 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen vollumfänglich fest.

U.

Die Vergabestelle verzichtete in ihrem Schreiben vom 18. Januar 2018 auf weitere Ausführungen.

V.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Mai 2018 und dem Verweis auf das zwischenzeitlich zwischen den Parteien ergangene Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, „Produkte zur Innenreinigung“ (zur Publikation vorgesehen), erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, sich innert Frist schriftlich zur Frage zu äussern, ob sie an der Beschwerde festhalten wolle.

W.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2018 teilte die Beschwerdeführerin mit, an der

Beschwerde festhalten zu wollen. Zusätzlich führte sie aus, mit den allenfalls nicht gesetzeskonformen Ausschreibungsunterlagen habe die Vergabestelle gegen Treu und Glauben verstossen, weshalb sie sowohl für die Verfahrenskosten wie auch für die Entwicklungs- und Ressourcenkosten aufzukommen habe.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) 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.

1.2 Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen den Abbruch des Verfahrens (vgl. Art. 29 lit. a in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

1.3.1 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). 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.

1.3.2 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen

Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG 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 lit. 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). 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 lit. 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 (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung der Reinigungs- und Pflegeprodukte für die Reinigung von Immobilien, RailClean und Personenverkehr, Zugvorbereitung sowie die Leihgabe inkl. Wartung der Dosieranlagen funktional mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen.

1.3.3 Gemäss Kapitel 1.8 der Ausschreibung und Kapitel 1.3 der Ausschreibungsunterlagen 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).

1.3.4 Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 lit. b und Abs. 4 VöB in Verbindung mit Art. 1 lit. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

1.3.5 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.

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

2.

2.1 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG massgebend, soweit des 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.

2.2 Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, die Abbruchverfügung vom 17. Oktober 2017 sei aufzuheben und das Verfahren sei auf dem Stand der Bereinigungsgespräche vom 25. April 2017 wieder aufzunehmen. Bei der Abbruchverfügung handelt es sich um eine anfechtbare Verfügung nach Art. 29 lit. a BöB.

2.3 Die Vergabestelle macht geltend, auf die Beschwerde sei mangels Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Einerseits mache sie, die Beschwerdeführerin, mehrere schwerwiegende Verfahrensverstösse geltend, welche den Abbruch zur Folge hätten, andererseits beharre sie auf der Wiederaufnahme des Verfahrens. Deshalb fehle es der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Interesse. Mit dem Abbruch der Ausschreibung entstünden ihr zudem keine Nachteile, zumal sie in der Neuausschreibung die Möglichkeit habe, ein neues Angebot einzureichen.

2.3.1 Die Beschwerdeführerin weist zusammenfassend darauf hin, sie sei durch die Abbruchverfügung unmittelbar betroffen. Die von ihr geltend gemachten Verfahrensverstösse führten im Übrigen nicht zum Abbruch, sondern zum Ausschluss der Mitkonkurrentin 1.

2.3.2 Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen ist zur Beschwerde 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). Diese Regelung gilt auch für das Vergaberecht (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V. m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1296).

Die Frage, ob der Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, stellt eine materielle Hauptfrage des Beschwerdeverfahrens dar. Bereits im Rahmen der Beschwerdelegitimation ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin bei der Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4.6, 4.8 und 4.9). Die Beschwerdeführerin verlangte neben der Aufhebung der Abbruchverfügung zusätzlich die Weiterführung des Evaluationsverfahrens nach dem Stand der Bereinigungsgespräche vom 25. April 2017. Damit hat sie eine reelle Chance auf den Zuschlag, ohne dass ihre Anträge den engen Rahmen des Streitgegenstandes gesprengt hätten (B-1771/2014 vom 21. Oktober 2014 E.1.2.3). Die Beschwerdelegitimation ist zu bejahen.

2.4 Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

2.5 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; B-536/2013 vom 5. März 2013; B-2386/2014 vom 25. Juni 2014, B-1680/2016 vom 11. April 2016, vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1340 Fn. 3099).

3.

3.1 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiv-effekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

3.2 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). 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; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der

Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinn auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt in der Hauptsache, es habe keinen ausreichenden Grund für einen Abbruch gegeben, weshalb das Verfahren wieder aufzunehmen sei. Insbesondere erfülle sie, die Beschwerdeführerin, „nahezu sämtliche technischen Lieferbedingungen.“

4.1 Die Vergabestelle begründete den Abbruch der Ausschreibung damit, es sei kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen (Ziff. 3 der Abbruchsverfügung vom 17. Oktober 2017). Sie, die Vergabestelle, habe versucht, den Abbruch zu vermeiden, indem sie den verbliebenen Anbietern, deren Produkte die „technischen Lieferbedingungen nur knapp nicht erfüllten“, für die erforderlichen Nachbesserungen eine Frist setzte. Diese sei jedoch fruchtlos verstrichen und die „technischen Lieferbedingungen“ seien weiterhin nicht vollständig erfüllt. Deshalb sei sie gezwungen gewesen, das Verfahren abzubrechen. Sie werde die „technischen Spezifikationen“ abändern, um danach den Beschaffungsgegenstand erneut auszusprechen.

4.2 Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB regelt den Verfahrensabbruch. Ein bundesrechtliches Vergabeverfahren wird definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abgebrochen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von einzelnen Anbietern beabsichtigt ist (BGE 134 II 199 E. 2.3 mit Hinweisen). Literatur und Rechtsprechung unterscheiden zwischen einem definitiven und einem provisorischen Abbruch: Definitiv ist ein Abbruch dann, wenn auf das Beschaffungsgeschäft endgültig verzichtet wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 VöB). Es handelt sich um Fälle, in denen der ursprüngliche Beschaffungsbedarf

komplett weggefallen ist, weil das damit verbundene unmittelbare Ziel nicht mehr erreicht werden soll oder kann. Beim definitiven Abbruch soll dem abgebrochenen Verfahren kein neues folgen (vgl. STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, S. 91 Rz. 207). Provisorisch ist der Abbruch, wenn das Verfahren im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen wird (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB; vgl. zum Ganzen: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 792 ff. und Rz. 797 ff. S. 351 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 219 S. 98; STEFAN SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Rz. 10 S. 290; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, Rz. 8 S. 785; Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2016 E. 2.3). Der Leistungsbedarf bleibt grundsätzlich bestehen, er soll jedoch erst mittelfristig befriedigt werden (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 219 S. 98). Provisorische Abbrüche machen das Feld für ein neues Verfahren frei, währenddem definitive Abbrüche ein gegenstandsloses Verfahren beseitigen (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 8 S. 785). Anders als beim Verfahrensabbruch im Hinblick auf den endgültigen Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft kann gemäss der Lehre die Vergabebehörde von einem betroffenen Anbieter gezwungen werden, das laufende Verfahren weiterzuführen und es durch Zuschlagerteilung abzuschliessen, sofern sich die Abbruchverfügung als widerrechtlich erweist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 797 S. 352 f., Urteil des BVGer B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2, Urteil des BGer 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.5).

4.3 Das Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Verfahrensabbruch darf nicht leichthin angenommen werden (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 799). Er ist zulässig, wenn die Vergabestelle die betreffende Leistung nicht mehr benötigt, die ursprüngliche Umschreibung der Leistung nicht zu einer bedarfsgerechten Beschaffung führt, ein rechtmässiger Zuschlag nicht möglich ist oder das Verfahren zu keinem brauchbaren Ergebnis führt (BGE 141 II 353 E. 6.5 f. und E. 7; Zwischenentscheid des BVGer B-1680/2016 vom 11. April 2016 E. 4, MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005 S. 784 ff.). Umgekehrt wäre ein diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle gegenüber einem Bieter etwa dann anzunehmen, wenn die Vergabestelle in den Vertragsverhandlungen den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 798).

4.4 Die Vergabestelle umschrieb die technischen Spezifikationen für die vier zu beschaffenden Produkte „Neutralreiniger“ (Anhang C1), „Saurer

Aussenreiniger“ (Anhang C2), „Stark saurer Aussenreiniger“ (Anhang C3) und „Stirnfrontreiniger“ (Anhang C4) auf jeweils mindestens 16 Seiten. Darin wurden spezifische Ausführungen zu den Anforderungen, unter anderem zu Säurekonzentration, Trübungspunkt, dynamische Oberflächenspannung, Verdünnungswasserverträglichkeit, Lagerstabilität und Materialverträglichkeit gemacht.

4.5 Das Verfahren zur Bewertung Angebote inklusive der technischen Spezifikationen ist in Kapitel 2.7 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Demnach finden eine formelle Prüfung, eine Beurteilung der Eignungskriterien sowie der „Muss-Zuschlagskriterien“ statt (Kapitel 2.7.1 bis 2.7.3.1 der Ausschreibungsunterlagen). Nur wenn der jeweilige Anbieter die Eignungskriterien und die Produkte die Muss-Kriterien erfüllen, werden die Produkte zu den Kleinversuchen zugelassen.

4.5.1 Im **Kleinversuch** werden die vier Produkte unter neutralen Bedingungen während ca. 4 Wochen getestet (Plausibilisierung der technischen Lieferbedingungen, Spezifikationen gemäss Pflichtenheft). Die Kleinversuche gelten nur dann als bestanden, „wenn die einzelnen Produkte alle Kriterien der technischen Lieferbedingungen/Spezifikation erfüllen und die gesamte Produktpalette eines Lieferanten die Kleinversuche besteht“ (Kapitel 2.7.3.1).

4.5.2 Sofern mehr als vier Anbieter die Kleinversuche bestehen, behält sich die Vergabestelle die Möglichkeit vor, in einem **separaten Beschränkungsverfahren** die Zahl der zu den Grossversuchen zugelassenen Anbieter auf vier zu reduzieren (Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10). Dabei werden die Produkte, welche die Kleinversuche bestanden haben, in einem Zwischenschritt anhand der Zuschlagskriterien ZK1 Preis (60 %), ZK3 Logistik/Service (10 %) und ZK4 Nachhaltigkeit/Umweltschutz (10 %) bewertet, das heisst ohne Berücksichtigung der mit 20 % gewichteten ZK2 Qualität/Grossversuche, analog zu dem in Kapitel 2.7.3.2 beschriebenen Vorgehen in Bezug auf die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien. Für die Grossversuche zugelassen werden maximal vier Anbieter, welche bei diesem separaten Beschränkungsverfahren die höchste Punktzahl erreicht haben.

4.5.3 In den darauf folgenden **Grossversuchen** werden die Produkte der einzelnen Anbieter während mindestens zwei Wochen untersucht. Jedes Produkt wird anhand von „Spezifikationskriterien“ (Subkriterien zum Zuschlagskriterium Qualität) bewertet und erhält dabei eine Note von 1 („sehr

schlechte Erfüllung“) bis 5 („sehr gute Erfüllung“). Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 9, hält sodann fest:

„Die Note multipliziert mit der entsprechenden Gewichtung ergibt dabei die Punktzahl für das jeweilige qualitative Zuschlagskriterium.

In Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10, wird dazu ergänzt:

„Die Produkte müssen bei den Grossversuchen/Kriterien mindestens den Wert 3 erreichen. Wird ein Produkt mit einer Note < 3 bewertet oder wird es gar nicht angeboten, so wird es automatisch mit einer 0 in die Bewertung aufgenommen (wir gehen davon aus, dass wir dieses Produkt nicht verwenden können). Wird ein Produkt eines Anbieters mit 0 bewertet, wird automatisch das gesamte Angebot des Anbieters ungültig, da wir einen Lieferanten suchen, der uns die gesamte Produktpalette anbieten kann.“

Weiter listet die Vergabestelle in Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 11, auf:

„Das jeweilige Produkt, welches sich je Kriterium (s. technische Lieferbedingungen) am besten verhält, erhält die Note 5, das zweitbeste die Note 4 und sämtliche genügenden Produkte die Note 3.

Die Punkte pro Produkt werden danach zusammengezählt und jedes Produkt mit der höchsten Punktzahl erhält dann die Gesamtnote 5, jenes Produkt mit der zweithöchsten Punktzahl die Note 4 und alle weiteren Produkte die Note 3.

Die Noten aller Produkte eines Anbieters werden am Schluss zusammengezählt und es wird der Durchschnitt berechnet. Der beste Schnitt erhält dann die Note 5, der zweitbeste Schnitt die Note 4 und die restlichen genügenden die Note 3. Diese Note wird dann für die Gewichtung des ZK2 verwendet.“

4.6 In der ersten Runde der Kleinversuche erfüllte kein Anbieter sämtliche technischen Spezifikationen. Im Gegensatz zu Kapitel 2.7.3.1 der Ausschreibungsunterlagen führte dies aber noch nicht dazu, dass kein Anbieter zu den Grossversuchen zugelassen bzw. das Verfahren abgebrochen wurde. Stattdessen „parkierte“ die Vergabestelle diejenigen Angebote, „deren Angebote aufgrund nicht erfüllter formeller Kriterien, nicht erfüllter Eignungskriterien oder eindeutiger Nichterfüllung der technischen Lieferbedingungen keine Chance auf den Zuschlag hatten“ und führte die Evaluation mit denjenigen Anbietern, welche die Anforderungen „knapp nicht erfüllten“ fort. Die in Abweichung der Ausschreibungsunterlagen vorgenommene Unterscheidung zwischen „eindeutige Nichterfüllung“ und „knapp nicht erfüllt“ erscheint mit Blick auf das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot der Anbieter prima facie nicht unproblematisch, zumal auch bei den „knapp nicht erfüllten“ Produkten der verbliebenen Anbieter teilweise massive

Grenzwertüberschreitungen festgestellt worden waren (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 848, Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 „Lüftung Belchentunnel“).

4.6.1 Nach Abschluss der Grossversuche wurden die verbliebenen Anbieter per Mail vom 28. März 2017 zu Bereinigungsgesprächen eingeladen. Im Rahmen dieser Gespräche wurden sie erstmals auf „Schwächen bei den Produkten“ hingewiesen (Ziff. 4 der jeweiligen Bereinigungsprotokolle vom 24. April 2017). Gleichzeitig wurde das von der Vergabestelle gewünschte, weitere Vorgehen protokolliert: Demnach „sollten bei einem Zuschlag die genannten Schwächen innerhalb von drei bis sechs Monaten verbessert“ werden. Diese Formulierung könnte darauf schliessen lassen, dass die Vergabestelle zu diesem Zeitpunkt davon ausging, die Nachbesserungen hinsichtlich der technischen Spezifikationen wären erst nach einem allfälligen Zuschlag vorzunehmen.

4.6.2 Von diesem Vorgehen sah die Vergabestelle aber wenige Tage später wieder ab: Mit Schreiben vom 4. Mai 2017 forderte sie die verbliebenen Anbieter auf, die Produkteverbesserungen bis zum 4. Juli 2017 vorzunehmen. Dabei listete sie die Mängel der jeweiligen Produkte einzeln und mit Verweis auf die technischen Spezifikationen C1-C4 auf.

4.6.3 Nach Eingang der nachgebesserten Produkte wurden die Kleinversuche wiederholt. Dabei stellte sich heraus, dass erneut kein Anbieter sämtliche technische Spezifikationen vollständig erfüllte. Gemäss den Ergebnissen der „Ausschreibung DLR Aussenreinigungsprodukte 2015/2016, 2. Beurteilungsrunde“ vom 14. September 2017 kam es zu Abweichungen von definierten Einsatzbedingungen, Verwendung von verbotenen Inhaltsstoffen, unzureichende Härtestabilisierung, Unverträglichkeiten mit Plexiglas und Lack und unzulässige Korrosionswerten.

4.7 Technische Spezifikationen sind absolute Kriterien. Ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 „Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten“, Urteil des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 „Rohre für Kühlwasser“, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Juni 2005, in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 Nr. 48 E. 2d).

4.8 Die in der zweiten Beurteilungsrunde festgehaltenen Mängel für jeden verbliebenen Anbieter erscheinen nicht unerheblich und wiegen umso

schwerer, als die verbliebenen Anbieter bereits einmal Gelegenheit zur Nachbesserung hatten. Ein rechtmässiger Zuschlag erscheint unter diesen Umständen – insbesondere auch den „parkierten“ Anbietern gegenüber – nicht möglich. Ein diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle, welche die technischen Spezifikationen überarbeiten und den Beschaffungsgegenstand neu ausschreiben will, ist nicht zu erkennen. Der Abbruch mangels Eingang von anforderungsgerechten Angeboten durch die Vergabestelle erscheint prima facie nicht rechtsfehlerhaft.

5.

Unabhängig der weiteren Rügen ist im Rahmen der aufschiebenden Wirkung bei der Bewertung der Angebote auch noch auf eine mögliche Diskrepanz zwischen der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Gewichtung und der „effektiven“ Gewichtung der Qualität zu prüfen (vgl. dazu Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 7.4 [zur Publikation vorgesehen]).

5.1 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 und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3; 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). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388, 1390 mit Hinweisen).

5.2 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung genügt bei der Bewertung der Angebote anhand des Zuschlagskriteriums „Preis“ die blosse Bekanntgabe der Gewichtung noch nicht, um sicherzustellen, dass die Ange-

botspreise 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 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 TRÜEB, BöB-Kommentar, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 21 BöB 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 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015 E. 4; vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B-2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3.1 mit Hinweisen).

5.3 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; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff., S. 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; 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 (Urteil des BVGer B-4387/2017

vom 8. Februar 2018 E. 7.4 [zur Publikation vorgesehen], CHRISTOPH JÄGER, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: BR 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 Verwässerung der Gewichtung des ZK2 auszugehen ist.

5.4

5.4.1 Die in Kapitel 2.7.3.2 und Kapitel 2.7.3.2.1 erwähnte Punktevergabe, wonach die vier selektierten Anbieter unter dem ZK2 Qualität/Grossversuche 5, 4 und zweimal 3 Punkte erhalten, führt dazu, dass jeder der vier zum Grossversuch zugelassenen Anbieter unabhängig von der offerierten Qualität mindestens 60 von 100 Punkten für Qualität erhält, was keiner sachgerechten und deshalb vergaberechtswidrigen Differenzierung zu entsprechen scheint (vgl. dazu Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 7.4 [zur Publikation vorgesehen]).

5.4.2 Kommt hinzu, dass gemäss Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 11, der Ausschreibung das dritt- und viertbeste Angebot gleich viele Punkte für Qualität erhalten, was bei einem Notendurchschnitt der vier verbliebenen Anbieter von beispielsweise 4.9, 4.8, 4.7 und 3.0 dazu führen würde, dass die beiden Angebote mit einer Qualität von 4.8 und 3.0 je gleich hoch mit 60 von 100 Punkten bewertet würde. Dabei vermag auch der Hinweis in Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10, wonach die Produkte in den Grossversuchen „mindestens den Wert 3 erreichen müssen, ansonsten das gesamte Angebot eines Anbieters ausgeschlossen werde“, die nicht sachgerechte Differenzierung zu korrigieren.

5.4.3 Bleibt auch noch festzuhalten, dass das in Kapitel 2.7.3.2.1, Seite 10, der Ausschreibungsunterlagen erwähnte Verfahren zur Beschränkung der Teilnehmerzahl das Zuschlagskriterium ZK2 Qualität/Grossversuche wesentlich tangiert: Die Vergabestelle behält sich vor, nach den Kleinversuchen die Anbieter für die Grossversuche auf vier zu beschränken. Dabei sollen für sämtliche Anbieter, welche die Kleinversuche bestanden haben, in einem Zwischenschritt die Produkte der Kleinversuche anhand von ZK1 Preis (60 %), ZK3 Logistik/Service (10 %) und ZK4 Nachhaltigkeit (10 %) analog zu Kapitel 2.7.3.2, aber eben ohne Berücksichtigung der Qualität, bewertet werden.

5.5 Somit ist festzuhalten, dass das gewählte Verfahren zur Beschränkung der Teilnehmerzahl und die starre Punktevergabe für Qualität der Zielsetzung des Transparenzgebots nicht gerecht wird, so dass auch unter diesem Aspekt der Abbruch des Verfahrens zwecks Neuausschreibung prima facie sachgerecht erscheint.

6.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde gegen den Abbruch als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre.

7.

Auf die weiteren Anträge der Beschwerdeführerin, insbesondere auf den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung (Ziff. 6 des Rechtsbegehrens in Verbindung mit Ziff. 7 der Begründung der Beschwerde sowie den Ausführungen im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2018), wird erst, soweit darauf einzutreten ist, mit Entscheidung in der Hauptsache zu befinden sein.

8.

In Bezug auf die verlangte Akteneinsicht ist festzuhalten, dass die Vorakten der Beschwerdeführerin mit Verfügungen vom 17. Januar 2017 und 16. März 2017 in teilweise geschwärzter Form zugestellt worden sind. Es entspricht der angezeigten Prozessdisziplin, wenn die Akteneinsicht mit Blick auf das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben wird (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Aufgrund der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehenden Unterlagen ist sie in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 7).

9.

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

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

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

2.

Die Anträge der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht werden, soweit diese nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist, einstweilen abgewiesen.

3.

Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

4.

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

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 138969/Abbruch; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Reto Finger

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 BGG). Die Rechtschrift 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 beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 27. Juni 2018