



Zwischenverfügung vom 29. März 2012

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani; Richterin Maria Amgwerd;
Gerichtsschreiber Beat Lenel

In der Beschwerdesache

Parteien

X. AG, _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Martin Beyeler, Baur
Hürlimann AG, Rechtsanwälte, Postfach 1867, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB, Division
Personenverkehr, Wylerstrasse 123/125, 3000 Bern 65 SBB,
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb,
und/oder Julia Bhend, Walder Wyss & Partner AG, Seefeld-
strasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen; Zuschlagsverfügung vom
2. Februar 2012 betreffend Standardstoff nach Brandingvor-
schriften SBB; Publikation in SIMAP vom 02.02.2012, Mel-
dungsnummer 725131

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Die Vergabestelle hat am 10. Mai 2011 auf Simap Nr. 70449 eine Ausschreibung "Standardstoff nach Brandingvorschriften" veröffentlicht, um im Hinblick auf die geplante Neuausrüstung ihrer Eisenbahnflotte ihren Bedarf an Velourstoff zu decken. Angebote sollten in drei Varianten als Meterware, als Werkpreis für innert 10 Tagen lieferbare, konfektionierte Sitzüberzüge und als Stückpreis für vorfabrizierte, sofort lieferbare Sitzüberzüge formuliert werden, wobei mehrere Qualitätskriterien, formelle Anforderungen und Eignungskriterien (Gewähr der Vertragserfüllung, Leistungsfähigkeit und Zukunftssicherheit) einzuhalten waren. Auf der offerierten Preisbasis kann die Vergabestelle mit dem gewählten Anbieter einen Vertrag für fünf Jahre abschliessen und in Fünfjahresschritten mehrfach verlängern. Für die Bewertung der Angebote nannte die Ausschreibung folgende Zuschlagskriterien:

1.1	Gewähr zur vorgegebenen Termineinhaltung und erwarteten Qualität	40 %
1.2	Umsetzung, Erfüllung der Anforderungen der SBB gemäss Leistungsbeschreibung	25 %
1.3	Erfüllung der Vorgaben im Vertrag und Anhänge	5 %
2.1	Preise	30 %

Die Ausschreibungsunterlagen führten aus, es würden sämtliche Kriterien mit Noten von 0 (nicht beurteilbar) bis 5 (Qualitativ ausgezeichnet, hohe Innovativität) mit Skalierung auf eine Kommastelle bewertet und die ermittelte Note mit der prozentualen Gewichtung ihres Unterkriteriums multipliziert. Die Gesamtnote resultiere aus der Summe der Beurteilungen. Der Zuschlag werde an die Unternehmung mit der höchsten Gesamtnote erteilt.

B.

Am 20. Juni 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine Offerte über insgesamt CHF X.XX (ohne jegliche Optionen) ein.

C.

Am 26. Juli 2011 fand eine erste Verhandlungsrunde zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin statt. Dabei wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie in qualitativer Hinsicht die höchste und in preislicher Hinsicht eine mittlere Bewertung erreicht habe. Sie werde eingeladen, ihre Offerte in preislicher Hinsicht zu revidieren.

D.

Am 3. August 2011 reichte die Beschwerdeführerin ein weiteres, revidiertes Angebot ein.

E.

Am 20. Oktober 2011 fand eine zweite Verhandlungsrunde statt. Der Beschwerdeführerin wurde mitgeteilt, dass eine andere Konkurrentin einen um 83 % günstigeren Preis angeboten habe. Gleichentags senkte die Beschwerdeführerin die offerierten Preise nochmals um 5 % und reichte die revidierte Offerte bei der Vergabestelle ein.

F.

Am 7. Dezember 2011 fand eine weitere Verhandlungsrunde zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin statt, wobei die Vergabestelle einen weiteren Preisnachlass anregte.

G.

Am 9. Dezember 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere revidierte Offerte ein, wobei sie die Konfektionspreise nochmals um 15 % senkte.

H.

Am 2. Februar 2012 publizierte die Vergabestelle die Zuschlagsverfügung Simap ID-70449 des Submissionsverfahrens, wobei die Y.___ Ltd. als Zuschlagsempfängerin genannt wurde. Der Zuschlagspreis wurde unter Hinweis auf den gesetzlichen Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nicht genannt. Gleichzeitig erhielt die Beschwerdeführerin ein Absageschreiben.

I.

Anlässlich einer Debriefing-Sitzung vom 10. Februar 2012 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, nach dem Besuch des b.___ischen Konfektionierungswerks der Zuschlagsempfängerin sei dieser bezüglich Terminen und Schnittstellen die Maximalbewertung gegeben worden. Die Beschwerdeführerin habe 425 von 500 möglichen Punkten erreicht, wobei ihr für das Preiskriterium die Note 2.5 gegeben worden sei.

J.

Am 22. Februar 2012 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Dabei stellte sie die Begehren, es sei der Vergabestelle superprovisorisch zu verbieten, den fraglichen Beschaffungsvertrag abzuschliessen; es sei ihr zu gestatten, eine Replik zur all-

fälligen Stellungnahme der Beschwerdegegnerin einzureichen; es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen; es sei ihr Akteneinsicht zu gewähren; es sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen; es sei die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben, eventualiter sei ihre Rechtswidrigkeit festzustellen; es seien der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und es sei ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen.

K.

Mit Verfügung (vorab per E-Mail und Fax) vom 24. Februar 2012 wurden die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin vom Bundesverwaltungsgericht darüber informiert, dass eine Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorliege. Gleichentags wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

L.

Mit Schreiben vom 9. März 2012 nahm die Vergabestelle Stellung zu den Anträgen der Beschwerdeführerin und beantragte, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuerkannt und die superprovisorische aufschiebende Wirkung entzogen werde, eventualiter dass die Vergabestelle während des Beschwerdeverfahrens Leistungen der Zuschlagsempfängerin beziehen dürfe; weiter sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne öffentliche Verhandlung zu entscheiden und die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen. Gleichentags reichte die Vergabestelle die vollständigen Akten ein.

M.

Am 13. März 2012 teilte die Vergabestelle dem Instruktionsrichter telefonisch mit, dass nicht bekanntgegeben werden dürfe, wie sich von Verhandlungsrunde 2 zu 3 die Bewertung der Wirtschaftlichkeit verändert habe, denn daraus liesse sich der Zuschlagspreis berechnen.

N.

Mit Verfügung bzw. Mitteilung vom 13. März 2012 wurde der Zuschlagsempfängerin per Telefax Gelegenheit gegeben, sich am Verfahren zu beteiligen.

O.

Mit Schreiben 14. März 2012 erläuterte die Vergabestelle die geschwärzten Stellen der Beilagen wie folgt: (1) Am 1. Juli habe die Beschwerdefüh-

rerin mit einem Abstand von mindestens 40 Punkten auf dem zweiten Platz gelegen, wobei ihr Angebotspreis mehr als 80 % über dem Durchschnittspreis gelegen habe; (2) nach der ersten Verhandlungsrunde habe sich die Punkteverteilung und Rangordnung der Beschwerdeführerin nicht geändert; (3) nach der zweiten Verhandlungsrunde habe sich die Beschwerdeführerin im Zuschlagskriterium 2.1 etwas verbessert; (4) nach der dritten Verhandlungsrunde habe sich die Beschwerdeführerin im Zuschlagskriterium 2.1 nochmals verbessert, so dass sie mit 20 Punkten Vorsprung auf Platz 1 zu liegen gekommen sei; (5) nach dem Besuch in B _____ habe sich die Zuschlagsempfängerin im Kriterium 1.1 verbessert; (6) die Punkteverteilung im Zeitablauf lasse sich wie folgt darstellen:

Angebotsrunde	Ang.eröffn.	(1)	(2)	(3)	Fin.Bew.
Beschwerdeführerin	≤380	gleich	≤400	≤440	gleich
Zuschlagsempfängerin	420	420	420	420	460

P.

Mit Fax vom 15. März 2012 erklärte sich die Vergabestelle bereit, Seite 16 der Bonitätsprüfung mit Abdeckungen zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin zugänglich zu machen. Da die von der Vergabestelle versprochenen restlichen Seiten der Bonitätsprüfung nicht fristgerecht eingingen, wurden die Abdeckungen telefonisch mit ihr vereinbart und die mit Abdeckungen versehenen Auszüge der Beschwerdeführerin per Telefax übermittelt.

Q.

Mit Eingabe vom 16. März 2012 (vorab per Fax) reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen ein. In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügte sie, im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richte sich die Akteneinsicht nach Art. 26-28 VwVG und nicht nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB, weshalb sich die Verweigerung der Einsichtnahme nur auf Aktenstücke erstrecken dürfe, für die Geheimhaltungsgründe beständen. Für die Schwärzung von Teilen der Bonitätsprüfung seien jedoch keine sachlichen oder wichtigen Gründe ersichtlich. Der Zuschlagspreis sei bekanntzugeben, denn dessen Grössenordnung sei der Beschwerdeführerin bereits bekannt und es handle sich dabei nicht um ein schutzwürdiges Geschäftsgeheimnis. Es liege keine Dringlichkeit vor, weshalb die aufschiebende Wirkung zu gewähren sei. Im Hauptpunkt rügte sie, die angefochtene Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen eventualiter sei die Sache mit Weisungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Es müsse von einer mangelnden Bonität der Zuschlagsempfängerin ausgegan-

gen werden und es fehlten Zusicherungen von Konzerngesellschaften, bei Ausfall der Zuschlagsempfängerin für diese einzuspringen. Die Zuschlagsempfängerin sei deshalb wegen ihrer schlechten Bonität vom Verfahren auszuschliessen. Die Preisofferten seien ohne Optionspreise bewertet worden, weshalb ein Grossteil der Submission gar nicht berücksichtigt worden sei. Auch die notwendige Unterangebotsprüfung sei unterlassen worden. Es sei ermessensmissbräuchlich und willkürlich, dass nach dem Werksbesuch in B_____ die Note der Zuschlagsempfängerin im Zuschlagskriterium 1.1 von 3 auf 4 angehoben wurde, obwohl keine neuen Erkenntnisse gewonnen worden seien. Die Vergabestelle habe sich damit lediglich einen Spielraum schaffen wollen, um den Zuschlag nach Abschluss der Abgebotsrunden gezielt steuern zu können.

R.

Am 21. März 2012 reichte die Vergabestelle eine Duplik ein, mit dem Antrag, das in der ergänzenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin gestellte Begehren auf Erteilung des Zuschlags sei abzulehnen. Der Zuschlag sei an das wirtschaftlich günstigste Angebot gegangen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Bewertung der Angebote beziehe sich auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle, welcher vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüfbar sei. Eine weitere, nicht protokollierte Verhandlung mit der Zuschlagsempfängerin habe nicht stattgefunden. Die Bewertung der Optionspreise sei nicht zwingend notwendig gewesen, da es sich um eine homogene Preisstruktur handle und eine Sensitivitätsanalyse ergeben habe, dass eine Berücksichtigung der Optionspreise zu keinem anderen Resultat geführt hätte. Die Preisberechnung habe sich überdies aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, weshalb die Rüge verspätet sei. Die Zuschlagsempfängerin habe die Eignungskriterien erfüllt, denn deren Bonität sei ausführlich geprüft worden und ein Ausschluss einzig aufgrund des negativen Dun & Bradstreet Reports wäre nicht gerechtfertigt gewesen. Es sei korrekt gewesen, bei der Bonitätsprüfung die Konzernmutter miteinzubeziehen. Es liege kein unzulässiges Unterangebot vor, insbesondere, als die Lehre davon ausgehe, dass es keine unzulässigen Unterangebote mehr gebe und die Vergabestelle die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin überprüft habe. Der Täuschungsvorwurf der Beschwerdeführerin sei aktenwidrig, da es nicht plausibel sei, warum sie Preisnachlässe gewährt habe, wenn sie sich auf dem ersten Platz wähnte. Die finanziellen Konsequenzen einer Verzögerung der Umrüstung (bei allfälliger Gewährung der aufschiebenden Wirkung) seien wesentlich gravierender als von der Beschwerdeführerin dargestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vergabestelle im öffentlichen Beschaffungswesen (Art. 27 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [BöB, SR 172.056.1]). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet. Weitere Eintretensvoraussetzungen sind vorliegend nicht zu prüfen, da über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde auch befunden werden kann, wenn auf die Beschwerde später nicht eingetreten würde (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.23). Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB, Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.2. Über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nach ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, E. 1.2, mit weiteren Hinweisen).

1.3. Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bilden die Verfahrensanträge auf Akteneinsicht und auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass einer Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Diese kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die von Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt worden sind. 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). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle

Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

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. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 2.2). 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 Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; 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 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) – 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).

1.4. Die Vergabestelle ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 [SBBG, SR 742.31]), an der der Bund immer die kapital- und die stimmenmässige Mehrheit besitzen muss (Art. 7 Abs. 3 SBBG). Im Bereich des Betriebs von Eisenbahnanlagen ist sie dem BöB direkt unterstellt (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 1.1 mit Hinweisen). Dies trifft auf die Beschaffung von Standardstoff nach Brandingvorschriften SBB unbestrittenermassen zu. Die zu beurteilende Vergabe beschlägt die Lieferung von Veloursstoffen als Meterware und als konfektionierte Überzüge für die Refitprojekte Bpm51, Eurocity und EWIV 1. und 2. Klasse. Gemäss Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 vom 11. Juni 2010 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Beschaffungen der Vergabestelle CHF 700'000.–. Dieser wird im vorliegenden Fall ohne Weiteres erreicht.

1.5. Die Beschwerdeführerin beantragte einen zweiten Schriftenwechsel vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung, um gestützt auf die Begründung der Vergabestelle ihre Rügen konkret formulieren zu können, denn aufgrund der Verletzung der Begründungspflicht durch die Vergabestelle würden ihr die dazu notwendigen Informationen fehlen. Treffen die Informationen gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB erst nach Ablauf der Beschwerdefrist bei der nicht berücksichtigten Anbieterin ein, so wird dieser in der Regel eine Nachfrist für zur Ergänzung der Beschwerde eingeräumt (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 812). Nachdem die Vergabestelle der Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren Einsicht in verschiedene Unterlagen gewährte, darunter die nicht dem Geschäftsgeheimnis unterstellten Teile des Berichts über den Besuch des Werkes in B_____ sowie die Bonitätsprüfung der Zuschlagsempfängerin, wurde ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel zur Ergänzung der Begehren im Hinblick auf den Entscheid über die aufschiebende Wirkung gewährt.

2.

2.1. Ziel des Submissionsverfahrens ist es, die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu regeln und transparent zu gestalten, den Wettbewerb unter den Anbietern zu stärken, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern und die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen zu gewährleisten (Art. 1 BöB). Es ist nicht Aufgabe des Submissionsverfahrens, die Vergabestelle vor Fehlentscheidungen zu schützen, einen objektiven Standard zur Auswahl des besten Lieferanten zu schaffen oder Hürden aufzustellen, die nur von mit den örtlichen Gegebenheiten vertrauten Anbietern gemeistert werden können (vgl. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 216 ff.). Unter diesen Voraussetzungen ist das relativ grosse Ermessen, das der Vergabestelle bei der Formulierung der Anforderungen, der Bewertung der Erfüllung der Kriterien und der Bereinigung der Offerten zukommt, zu verstehen (Art. 31 BöB; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 239; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008 [hiernach: BEYELER, Ziele des Vergaberechts], Rz. 134).

2.2. Die Ausschreibung gilt als selbständig anfechtbare Verfügung, gegen die ein Anbieter, der mit den genannten Kriterien oder Angaben nicht einverstanden ist, innerhalb der Rechtsmittelfrist Beschwerde führen muss. Führt er gegen die in der Ausschreibung selbst ersichtlichen und nicht erst indirekt aus den Ausschreibungsunterlagen sich ergebenden Kriterien Beschwerde, hat er die Kriterienwahl gewissermassen durch konkludente Handlung akzeptiert (HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl., Freiburg 2008; Rz. 152 zit. BR 4/1999 S. 146 Nr. S45, BGE 125 I 203; Rz. 153 zit. BGE 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a; Rz. 157 zit. BR 4/2004 S. 169 Nr. 6; Rz. 162, zit. BGE 2P.74/2002 vom 13. September 2002 E. 3.3; anderer Meinung STÖCKLI, a.a.O., Rz. 163 zit. BR 4/2002 S. 160 Nr. S38, BRK vom 16.11.2001 [011/2001]). Bei der Bewertung von Kriterien der öffentlichen Beschaffung kommt der Submissionsbehörde ein grosser Ermessensspielraum zu, wobei die Beschwerdeinstanz ihr Ermessen nicht an Stelle desjenigen der Vergabestelle setzen darf. Sie beschränkt sich darauf zu überwachen, dass die Angebotsbewertung den publizierten Regeln folgt und sich überhaupt auf objektive und sachgerechte Kriterien stützt (Art. 31 BöB, STÖCKLI, a.a.O., Rz. 244 zit. BR 4/2004 S. 170 Nr. 20; VGr. TI 17. Juli 2003). Sowohl Auswahl wie auch Gewichtung der Zuschlagskriterien fallen in den Ermessensspielraum der Vergabebehörde. Nur eine sachwidrige Auswahl oder Überge-

wichtung eines Kriteriums kann beschwerdeweise als Ermessensüberschreitung überprüft werden. Dabei prüft die Beschwerdestelle lediglich, ob Rechtsmissbrauch oder Willkür vorliegen, sowie ob gleichbehandelnd und nach Treu und Glauben vorgegangen wurde (STÖCKLI, a.a.O., Rz. 243 zit. BR 4/1999, S. 144 Nr. S36; Rz. 190 zit. BR 4/2004 S. 170 Nr. 10, VGr TI 30.7.2003). Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts umfasst die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit steht dagegen für das Beschwerdeverfahren in Submissionsstreitigkeiten nicht offen (Art. 31 BöB; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 918). Ein Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet worden sind, aber das Ermessen unter unmassgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere willkürlich und rechtsungleich betätigt wird (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 463).

2.3. In der Ausschreibung bereits als Eignungskriterien vorausgesetzte Anbiereigenschaften dürfen nach der Rechtsprechung der BRK bzw. des Bundesverwaltungsgerichts, mit Ausnahme in gewissen, vorliegend nicht interessierenden, Bereichen gewisser Planungsvorhaben, grundsätzlich nicht im Rahmen des Zuschlagsentscheids erneut geprüft und bewertet werden (Verbot der Doppelprüfung, STÖCKLI, a.a.O., Rz. 225 zit. BR 4/1999 S. 141 Nr. S26, BRK 3.9.1999 [006/1999] = VPB 64.30). Wenn es klar ist, dass eine Offerentin wegen unzureichender finanzieller Mittel für die Vergabe nicht in Frage kommt, so muss dieser Grundsatz doch mit aller Vorsicht angewandt werden. Denn es ist durchaus möglich, dass die Offerentin erst nach Zuschlagserteilung die für den Auftrag notwendigen Investitionen tätigt. Daher ist für die Eignung anhand von Investitionen einzig massgebend, ob die Anbieterin im Vergabeverfahren dartun kann, dass sie diese tatsächlich vornehmen will (STÖCKLI, a.a.O., Rz. 201 zit. BR 2/2001 S. 70 Nr. S25, GE 15.2.2000 in SJ 2000 S. 405 ff.).

2.4. Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BöB), denn die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Vorbehalten bleibt das aus Art. 29 BV abgeleitete Verbot des überspitzten For-

malismus, das eine besondere Form der Rechtsverweigerung darstellt, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit besonderer Schärfe handhabt. Die prozessuale Formstrenge muss durch ein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt sein (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 272).

2.5. Gemäss Art. 25 VöB bereinigt die Auftraggeberin die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht nach einem einheitlichen Massstab so, dass sie objektiv vergleichbar sind. Kontaktiert sie hierfür den Anbieter oder die Anbieterin, so hält sie den Ablauf und den Inhalt der Kontaktaufnahme nachvollziehbar fest.

Verhandlungen dürfen im Submissionsverfahren nur geführt werden, wenn in der Ausschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen wird (Art. 20 BöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 431). Die Verhandlungen dürfen auf Bundesebene (anders als im kantonalen Bereich) auch reine sogenannte "Abgebotsrunden" enthalten, d.h. Verhandlungen über Inhalte des Angebotes wie Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsverzeichnisses (Entscheid der BRK vom 11. März 2005, a.a.O., E. 2b/cc, Entscheid der BRK vom 7. November 1997, veröffentlicht in VPB 62.17 E. 4d mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 428). Die Vergabestelle kann aufgrund der Zuschlagskriterien unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen auswählen, mit denen sie Verhandlungen führen will (Art. 26 Abs. 1 VöB). Bei mündlichen Verhandlungen sind die Namen der anwesenden Personen, die verhandelten Angebotsbestandteile und die Ergebnisse der Verhandlungen in einem Protokoll festzuhalten und von allen anwesenden Personen zu unterzeichnen (Art. 26 Abs. 3 VöB). Nach der Praxis der BRK sind die Vorschriften über die Verhandlungen strikte einzuhalten. Dies gilt umso mehr für komplexe Beschaffungsgeschäfte. Der Grundsatz der Transparenz erfordert, dass alle Aspekte der mündlichen Verhandlung in das Protokoll aufgenommen werden, d.h. alle Aussagen, Fragen, Hinweise oder weitere Äusserungen. Der Gang der Verhandlungen und die Entwicklung der Angebote müssen sich aus dem Protokoll selbst und nicht etwa nur aus Drittakten ergeben (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 434 ff.). Die Missachtung der Protokollierungspflicht bildet einen Beschwerdegrund gegen die Zuschlagsverfügung, der von Amtes wegen geprüft wird (BR 4/2000, S. 15 Nr. S32).

2.6. Unterangebot wird ein Angebot genannt, das unter den Gestehungskosten des Anbieters liegt. Weder das BöB noch die VöB enthalten besondere Bestimmungen zum Unterangebot. Das Bundesrecht schreibt nicht vor, dass die Leistungen zu "angemessenen Preisen" vergeben

werden müssen. Bei einem Verdacht auf ein Unterangebot kann die Beschaffungsstelle allenfalls beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann (Art. 25 Abs. 4 VöB i.V.m. Art. 11 BöB, GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 712; vgl. Art. 3 Bst. f UWG; BEYELER, Ziele des Vergaberechts, a.a.O., Rz. 128). Soweit die Beschwerdeführerin in grundsätzlicher Weise von diesen Regeln abweichen möchte, ist ihr nicht zu folgen (siehe E. 9). Bei der Prüfung, ob ein Angebotspreis deutlich niedriger als derjenige der Konkurrenz sei und ob weitere Abklärungen bezüglich der Erfüllung der Ausschreibungskriterien oder dem Bestehen von Ausschlussgründen erforderlich seien, steht der Vergabestelle ein gewisser Ermessensspielraum zu. Dabei darf das Bundesverwaltungsgericht sein Ermessen nicht anstelle desjenigen der Vergabestelle zu setzen. Eine gerichtliche Intervention hat nur dann zu erfolgen, wenn ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorliegt (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2932/2011 vom 22. August 2011 E. 4.6; weitergehend: MARTIN BEYELER, in: Das Vergaberecht in den Entscheiden des Bundesgerichts der Jahre 2005 und 2006, Jusletter vom 22. Mai 2007, der nur bei Vorliegen von Hinweisen auf Verletzung von Teilnahme- und Auftragsbedingungen eine Pflicht zu Abklärungen sieht).

2.7. Zuschlagsverfügungen sind zu begründen und zu eröffnen (Art. 29 Bst. a BöB), wobei die Anforderungen an die summarische Begründungspflicht nicht sehr hoch sind. Gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB sind das angewendete Vergabeverfahren, der Name der berücksichtigten Anbieterin, der Zuschlagspreis oder die tiefsten und höchsten Preise der einbezogenen Angebote, die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes zu nennen. Die letzten beiden Angaben müssen lediglich auf Gesuch hin der nicht berücksichtigten Anbieterin mitgeteilt werden (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 810). Werden berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter und Anbieterinnen beeinträchtigt oder der lautere Wettbewerb zwischen ihnen verletzt, müssen diese Angaben nicht bekanntgegeben werden (Art. 23 Abs. 3 BöB).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die ursprüngliche Offerte der Zuschlagsempfängerin möglicherweise nicht den formellen Anforderungen der Ausschreibung entsprochen habe und die Zuschlagsempfängerin

demzufolge nicht zu Verhandlungen zugelassen werden durfte. Damit sei insbesondere Ziff. XIV/C der Ausschreibungsunterlagen verletzt worden.

3.2. Hilfestellung für die Beurteilung, ob die formellen Anforderungen von der Zuschlagsempfängerin erfüllt worden sind, gibt der E-Mail-Verkehr zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin. Die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen wurden von der Zuschlagsempfängerin am 17. Juni 2011 per UPS verschickt und trafen vor dem 20. Juni 2011 bei der Vergabestelle ein, denn ein E-Mail vom 20. Juni 2011 der Zuschlagsempfängerin an die Vergabestelle bestätigt die Rückmeldung an die Zuschlagsempfängerin, dass die Offerte termingerecht abgeliefert worden sei. Mit E-Mail vom 4. Juli 2011 rügte die Vergabestelle folgende Mängel der Offerte:

1. Das Preisblatt ist unvollständig ausgefüllt;
2. Eine Bestätigung der Bank über eine Kreditlimite ist nicht ausreichend; verlangt wird eine Bankgarantie;
3. Bitte senden Sie eine unterschriebene Version unseres Spezifikationsblatts. Dies bedeutet, dass es vom Submittenten gelesen und verstanden wurde.

Mit E-Mail vom 5. Juli 2011 schreibt die Zuschlagsempfängerin, dass sie nicht verstanden habe, welche Musterbezüge für welchen Sitz bestimmt sind. Sie habe eine Bankgarantie angefordert, doch dies sei ein Novum für die Bank, die deshalb noch etwas Zeit brauche. Das nicht unterschriebene Spezifikationsblatt sei ein Versehen und werde sofort nachgeliefert. Die Vergabestelle antwortete mit E-Mail vom 6. Juli 2011, dass alle Submittenten gleich behandelt werden müssten. Deshalb könnten keine weiteren Angaben gemacht werden. Mit E-Mail vom 8. Juli 2011 schreibt die Zuschlagsempfängerin, dass alle verlangten Dokumente mit UPS Express verschickt worden seien. Die Vergabestelle bestätigte den Empfang mit E-Mail vom 11. Juli 2011. Mit zwei E-Mails vom 14. Juli 2011 wurde die Zuschlagsempfängerin zu Verhandlungen am 22. Juli 2011 über die Themen Vertrag, Preisblatt, Leistungsbeschreibung, Termine und Termin revidiertes Angebot eingeladen. Mit E-Mail vom 29. Juli 2011 werden von Seiten der Zuschlagsempfängerin Fragen der Lagerhaltung, Zuschlagskriterien Stufe 1, Brandschutz Meterware, Erläuterungen Preisblatt und Dun & Bradstreet Report beantwortet. Mit E-Mail vom 29. Juli 2011 erläuterte die Zuschlagsempfängerin Fragen zu ihrer Bonität, welche sich aus dem Dun & Bradstreet Report ergeben haben. Mit E-Mail der Zuschlagsempfängerin vom 12. August 2011 wurden einige Unklarheiten bezüglich der Preise erörtert. Mit E-Mail der Zuschlagsempfängerin vom 14. Sep-

tember 2011 bestätigte diese, dass sie für Beratungsdienstleistungen keine zusätzlichen Kosten verrechne. Am 15. September 2011 versicherte die Zuschlagsempfängerin überdies, dass sie auch für Beratungen anderer Projekte keine Kosten erheben würde.

3.3. Die Mängel der Offerte der Zuschlagsempfängerin lagen lediglich in formalen Unvollständigkeiten – so wurde das Preisblatt nicht korrekt ausgefüllt (was daraufhin von Hand korrigiert wurde), die Bankgarantie entsprach nicht der in der Schweiz üblichen Norm, was ebenfalls nachgeliefert wurde und es fehlte eine Unterschrift. Diese Mängel wurden im Rahmen der Offertbereinigung umgehend behoben und hatten keinen Einfluss auf den Zeitplan der Submission. Die Vergabestelle hat aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus zu Recht eine Korrektur dieser Mängel zugelassen, denn es war vorliegend kein schutzwürdiges Interesse der anderen Submittenten betroffen. Der Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aufgrund von Mängeln der ursprünglichen Offerte wäre demzufolge unzulässig gewesen. Der Beschwerdeführerin ist in diesem Punkt deshalb voraussichtlich keine Folge zu geben.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass von zwei mündlich geführten Verhandlungsrunden mit ihr und einem Besuch der Vergabestelle bei der Zuschlagsempfängerin keine Protokolle gemäss Art. 26 Abs. 3 und 4 VöB angefertigt worden seien. Der Werksbesuch im Ausland, welcher zur Folge hatte, dass die Offertbewertung verbessert wurde, sei kein blosser Bereinigungsakt im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VöB, sondern eine Verhandlung im Sinne von Art. 26 Abs. 3 und 4 VöB gewesen. Die Protokollführung sei zentrales, unabdingbares Element der Verhandlungen und werde durch das Nachreichen einer revidierten Offerte nicht ersetzt (Beschwerdeschrift, Ziff. 63 ff.). Das Protokoll der Verhandlung vom 26. Juli 2011 sei unvollständig und nicht von Herrn A_____ unterschrieben worden, der an der Besprechung anwesend gewesen sei.

4.2. Im Verhandlungsprotokoll vom 26. Juli 2011 sind die anwesenden Personen festgehalten. Das Kriterium, dass alle massgeblichen Punkte im Protokoll selbst festgehalten sein müssen, ist in casu nicht erfüllt, denn es wurde im Dokument lediglich festgehalten:

Allfällige Änderungen und Kommentare in den Unterlagen werden im Änderungsmodus vor Ort und für alle einsehbar (Projektion) direkt im Dokument vorgenommen. Am Ende der Verhandlungen wird das technische Pflichten-

heft mit den Änderungen sichtbar ausgedruckt und von den anwesenden Parteivertretern unterzeichnet. Die Parteien sind ausdrücklich damit einverstanden, dass so das ausgedruckte und visierte Dokument als Protokoll gilt.

Zwar widerspricht die Beschwerdeführerin mit der Rüge der mangelhaften Protokollführung einerseits der auch von ihr ausdrücklich erteilten Zustimmung zu der – nach Lehre und Rechtsprechung unzulässigen – Art der Protokollierung, so dass der Rechtsschutz unter Treu und Glauben erst geprüft werden muss. Andererseits ist ihr zugute zu halten, dass von den Abgebotsrunden vom 20. Oktober 2011 und 7. Dezember 2011 mit ihr tatsächlich keine Protokolle im Recht liegen. Dass Herr A_____ das vorhandene Protokoll nicht unterschrieben hat, kann der Beschwerdeführerin allerdings nicht zum Vorteil gereichen, da die Unterschrift nur darum fehlt, weil er die Sitzung vorzeitig verlassen musste, und nachträglich ohne Weiteres ergänzt werden könnte.

Mit Bezug auf die nichtprotokollierten, mit ihr selbst geführten Verhandlungen, ist allerdings nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert dargetan, weshalb die Rüge ihrer Beschwerde in diesem Fall abhelfen könnte. Die Einhaltung der Formvorschriften bei Verhandlungen soll eine gewisse Transparenz schaffen und ist darum mit Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot und die Fairness des Verfahrens von Bedeutung (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 434). Die Rüge wäre zweckdienlich, wenn der Verdacht bestünde, dass in den Verhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin unzulässige Abreden getroffen worden seien. Die Beschwerdeführerin hat den Inhalt der Protokolle der mit ihr selbst geführten Verhandlungen allerdings nicht bestritten und behauptet auch nicht, ihr Angebot sei ein anderes, als was aus den vorhandenen Protokollen hervorgehe. Aus den Protokollen der Verhandlungen mit der Beschwerdeführerin selbst kann sie demzufolge nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.144) ist deshalb auf die Edition der übrigen Verhandlungsprotokolle zu verzichten.

4.3. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass vorliegend, nach vorläufiger Beurteilung, selbst allfällige Mängel der zwischen Vergabestelle und Beschwerdeführerin geführten Protokollierung keinen Einfluss auf die Rechtsgültigkeit des Zuschlags haben konnten.

4.4. Was die Protokollierung des Werksbesuchs der Vergabestelle im Werk der Zuschlagsempfängerin in B_____ betrifft, so liegt ein als "Ak-

tenvermerk" bezeichnetes Papier des verantwortlichen Mitarbeiters der Vergabestelle mit Datum vom 1. Dezember 2011 zur "Bereinigung der Offerte vor Ort" im Recht. Dieses Dokument enthält Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin und wurde der Beschwerdeführerin aus diesem Grunde nicht im vollen Umfang zugänglich gemacht. Unter den Titeln Generelle Betrachtungen, Allgemeine Infos, QS-Management, Befähigung der Mitarbeiter, Kommunikation, Fehlermanagement, Produktion und Logistik wird in Kurzform über die vorgefundenen Verhältnisse berichtet. Dabei wird ausgeführt, dass "auf einem hohen Niveau produziert" werde, "welches mitteleuropäischem Standard" entspreche, weshalb das Kriterium "Erfüllung Leistungsbeschreibung" von 3 auf 4 Punkte anzuheben sei.

4.5. Auch wenn damit vom Werksbesuch kein chronologisches und wortgetreues Protokoll erstellt wurde und der Umfang mit zweieinhalb Seiten recht knapp ist, liegt doch ein Bericht vor, der allen Anforderungen an ein Protokoll zu genügen vermag. Die protokollierten Tatsachen wurden im Protokoll selbst festgehalten, wie dies von Lehre und Rechtsprechung verlangt wird. Demzufolge erscheint die Rüge, der Werksbesuch in B_____ nicht protokolliert worden sei, nach vorläufiger Beurteilung unbegründet.

5.

5.1. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vergabestelle, weshalb sie den Verlauf der Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin nicht nachvollziehen könne. Sie stützt diese Rüge auf die vollzogenen Einschränkungen der Akteneinsicht.

5.2. Die in Art. 23 Abs. 2 BöB genannten Informationen wurden der Beschwerdeführerin mit Ausnahme der genauen Höhe des Zuschlagspreises und der diesbezüglichen Punktevergabe, aus welcher der Zuschlagspreis arithmetisch abgeleitet werden könnte (Art. 23 Abs. 3 Bst. b BöB), erteilt. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen handelte es sich um ein offenes Verfahren. Der Name der Zuschlagsempfängerin ist der Beschwerdeführerin bekanntgegeben worden. Die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung liegen gemäss der finalen Bewertungstabelle beim wesentlich niedrigeren Preis der Zuschlagsempfängerin, bei ansonsten fast gleicher Bewertung (vgl. E. 1.6).

Im Beschwerdeverfahren werden vorab jene Akten beigezogen und zur Einsicht zur Verfügung gestellt, die sich als entscheidend erweisen können, soweit keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen tangiert sind. Wie die bisherigen und die nachfolgenden Erwägungen zeigen, erweist sich der Entscheid über die aufschiebende Wirkung als liquid, ohne dass hierzu auf den genau bezifferten Zuschlagspreis abgestellt werden müsste. Die Frage, ob die Bekanntgabe des genauen Zuschlagspreises zu Recht oder zu Unrecht verweigert wurde, und ob die Einsicht allenfalls im Beschwerdeverfahren zu gewähren ist, kann beim heutigen Stand offen bleiben, allenfalls im Hauptverfahren entschieden werden.

Es wird festgestellt, dass dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion einstweilen teilweise entsprochen worden ist. Soweit weitergehend wird auf das Akteneinsichtsbegehren allenfalls später zurückzukommen sein.

5.3. Nachdem die gesetzlichen Anforderungen an die Begründungspflicht – soweit für diesen Zwischenentscheid nötig – erfüllt sind, die Beschwerdeführerin Einsicht in weitere Unterlagen erlangt hat und keine Indizien dafür bestehen, dass zusätzliche Unterlagen bestehen oder dass es Verhandlungen gab, die nicht in den Unterlagen erscheinen, ist die Beschwerde in diesem Punkt im Hauptverfahren voraussichtlich unbegründet.

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass sie getäuscht worden sei, weil die Vergabestelle den Eindruck erzeugt habe, dass es keine Zwischenbewertung gegeben habe, in welcher die Offerte der Beschwerdeführerin auf dem ersten Rang gelegen habe.

6.2. Tatsächlich erscheint es, wenn man die einzelnen Verhandlungsrunden einzeln betrachtet, als ob die Beschwerdeführerin in Verhandlungsrunde 3 vorübergehend vor der Zuschlagsempfängerin gelegen habe, und dies mit der finalen Bewertung wieder zunichte gemacht worden sei. Nur die Daten auf dem Unterschriftenblatt der entsprechenden Bewertungen geben jedoch Aufschluss über den Ablauf. Nach Angebotseröffnung, unterzeichnet am 1. Juli 2011, herrschte ein bedeutender Punkteabstand zur topgesetzten Zuschlagsempfängerin. Dieser veränderte sich auch nach Verhandlungsrunde 1, unterzeichnet am 4. August 2011, nicht. Nach Verhandlungsrunde 2, unterzeichnet am 20. Oktober 2011, verringerte

sich dieser Punkteabstand. Am 1. Dezember 2011 beantragte der verantwortliche Mitarbeiter der Vergabestelle die Anhebung des Kriteriums 1.1 der Zuschlagsempfängerin von 3 auf 4 Punkte, was jedoch keinen Eingang in die Bewertungstabelle fand. Am 9. Dezember 2011 wurde die Bewertungstabelle der Verhandlungsrunde 3 ausgefüllt, wobei die Beschwerdeführerin sogar einen Vorsprung vor der Zuschlagsempfängerin hatte, allerdings nur darum, weil die beantragte Punkteänderung der Zuschlagsempfängerin noch keinen Eingang in die Bewertungstabelle gefunden hatte. Gleichentags korrigierte man diesen Fehler und erstellte eine "finale Bewertung", in der die Zuschlagsempfängerin wiederum vorne lag, wenngleich mit einem relativ geringen Vorsprung. Wäre die Änderung vom 1. Dezember 2011 termingerecht in die Bewertungstabelle eingetragen worden, also vor Verhandlungsrunde 3, so wäre die Beschwerdeführerin stets auf dem zweiten Rang gelegen. Faktisch war die Bemerkung der Vergabestelle demzufolge korrekt, dass die Beschwerdeführerin nie auf dem ersten Rang gelegen habe. Entgegen den Darstellungen der Beschwerdeführerin wäre es ihr demzufolge prima vista in der Verhandlungsrunde 3 noch möglich gewesen, mit einem geringfügig höheren Rabatt den Punktestand zu ihren Gunsten zu verändern.

6.3. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in jeder Verhandlungsrunde zu massgeblichen Rabatten bereit war, widerlegt ihre Behauptung, dass ihr vorgegaukelt worden sei, auf dem ersten Platz zu liegen. In einem äusserst kompetitiven Umfeld wie dem vorliegenden wäre die Beschwerdeführerin mit Sicherheit nicht bereit gewesen, weitere Rabatte zu gewähren, wenn sie sich bereits im Vorsprung geglaubt hätte. Der Vorwurf der Täuschung erscheint somit nach vorläufiger Beurteilung nicht substantiiert.

7.

7.1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Zuschlagskriterien sich zur Hauptsache auf die Leistungen des Stofflieferanten und nicht auf die Lieferung von konfektionierten Sitzbezügen bezogen hätten.

7.2. Die Beschwerdeführerin will damit sinngemäss beanstanden, dass das Nachnähen von konfektionierten Sitzbezügen ein Bewertungskriterium und kein Eignungskriterium darstellen müsse. Da es sich vorliegend um das Eignungskriterium 2 gemäss Ziff. 3.7 der Ausschreibung handelt, darf es indessen aufgrund des Verbots der Doppelprüfung im Rahmen des Zuschlagsentscheids nicht erneut geprüft und bewertet werden. Soll-

te sich die Rüge gegen die Kriterienwahl richten, so wäre sie bereits innert der Rechtsmittelfrist gegen das Submissionsverfahren vorzubringen gewesen. Mit der Einreichung ihrer Offerte hat die Beschwerdeführerin die Kriterienwahl konkludent akzeptiert und kann sie diese Rüge im Beschwerdeverfahren *prima vista* beurteilt nicht mehr vorbringen.

7.3. Die Rüge wäre allerdings voraussichtlich auch abzuweisen gewesen, wenn sie bereits im Ausschreibungsverfahren vorgebracht worden wäre. Bei einer Ausschreibung, die zum Hauptthema die Lieferung von Stoff und von konfektionierten Sitzbezügen hat, ist es nicht vollkommen sachfremd, das Nachnähen von Mustern als Zugangskriterium einzusetzen und nur solchen Offerten die Eignung zuzuerkennen, die dieses Kriterium vollumfänglich erfüllen.

8.

8.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Zuschlagsempfängerin wegen ihrer schlechten Bonität vom Verfahren ausgeschlossen werden müsste, da sie die Eignungskriterien nicht erfülle. Es fehlten verbindliche und gerichtlich durchsetzbare Zusicherungen der Konzernmutter, bei Ausfall der Zuschlagsempfängerin für deren Verbindlichkeiten einzustehen.

8.2. Die erste Bewertung der Bonität der Zuschlagsempfängerin fand am 21. Juli 2011 statt. In diesem als vertraulich bezeichneten Bericht wurde zwar eine viel niedrigere Bilanzsumme im Vergleich zu den beiden anderen Submittenten festgestellt, jedoch ein Spitzenplatz bei der Umsatzrendite sowie eine ausreichende Liquidität. Einzig bei der Eigenkapitalquote wurde eine schlechte Beurteilung erreicht. Dun & Bradstreet stufte – wohl auch aus Gründen der schmalen Eigenkapitalbasis – das Ausfallrisiko als überdurchschnittlich ein. Daraufhin wurde die Zuschlagsempfängerin als nicht geeignet eingestuft.

8.3. Anlässlich der Verhandlungen mit der nachmaligen Zuschlagsempfängerin vom 22. Juli 2011 wurde diese auf die Problematik der Bonität angesprochen, worauf sie zusätzliche Unterlagen lieferte. Gestützt darauf wurde die Bewertung am 25. August 2011 revidiert und mit den zusätzlichen Informationen ergänzt. Die Eigenkapitalquote der Konzernmutter Z_____ Ltd. wurde als gut bewertet und deren Ausfallrisiko wurde von Dun & Bradstreet als tief eingeschätzt. Die Zuschlagsempfängerin verfügte in den Abschlüssen 2007 und 2008 über eine Absichtserklärung der Konzernmutter, dass sie im Bedarfsfall mit der notwendigen Liquidität

versorgt würde. Unter Berücksichtigung der Substanz der Z_____ Ltd. komme die Zuschlagsempfängerin als Anbieterin in Frage.

8.4. Die in den Revisionsberichten erwähnte Absichtserklärung der Konzernmutter, die Zuschlagsempfängerin bei Liquiditätsengpässen mit den notwendigen liquiden Mitteln zu versehen, kann nicht anders denn als eine rechtsverbindliche Verpflichtung verstanden werden.

8.5. Die der Zuschlagsempfängerin negativ angerechneten Ratings von Dun & Bradstreet stützen sich auf Unterlagen, die nicht im Recht liegen. Es ist deshalb fraglich, ob sie sich auf andere Tatsachen als die schmale Kapitalbasis der Zuschlagsempfängerin abstützen. Zumindest kann damit nicht ausgeschlossen werden, dass die Kritik an der Bonität der Zuschlagsempfängerin sich einzig auf die schmale Kapitalbasis abstützt.

8.6. Bei der Bonität der Zuschlagsempfängerin handelt es sich um das Eignungskriterium 3 gemäss Ziff. 3.7 der Ausschreibung. Aus der Tatsache, dass die Bonitätsprüfung aufgrund der unterlassenen Bewertung der Konzernmutter ein zweites Mal durchgeführt wurde, kann die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten. Die Vergabestelle verfügt bei der Beurteilung der Eignungskriterien über einen grossen Spielraum, wobei sie einen Ausschluss aufgrund unzureichender finanzieller Mittel nur in eindeutigen Fällen verfügen darf (E. 2.3). Vorliegend liegt das Problem hauptsächlich in der schmalen Kapitalbasis der Zuschlagsempfängerin. In solchen Fällen ist die Vergabestelle gehalten, die Submittentin nur bei eindeutigen Indizien für eine Nichteignung vom Verfahren auszuschliessen. Solche liegen hier nicht vor. Es liegt demzufolge nach einstweiliger Beurteilung im Ermessen der Vergabestelle, der Submittentin die Eignung zuerkennen.

9.

9.1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass keine oder keine vollständige Unterangebotsprüfung stattgefunden habe, obwohl der Zuschlag einer Offerte, die rund 80% tiefer als diejenige der Beschwerdeführerin lag, erteilt worden sei.

9.2. In einem internen E-Mail der Vergabestelle wird erklärt, dass der Unterschied zwischen den Offerten darin liege, dass die Zuschlagsempfängerin geringere Lohnkosten habe (es folgen Lohnberechnungen und -vergleiche). Für Näherinnen in B_____ erscheine der Verdienst üblich.

Unter Einbezug des Lohn- und Armutsgefälles seien die Stundenlöhne der Zuschlagsempfängerin plausibel.

9.3. Nachdem noch gewisse offene Fragen zum Angebot der Zuschlagsempfängerin bestanden, hat die Vergabestelle die Produktionsstätte in B_____ besucht und über die vorgefundenen Verhältnisse einen Bericht erstellt. Weiter wurde die Kostenstruktur der Zuschlagsempfängerin analysiert. Damit konnten die gemäss Art. 25 Abs. 4 VöB erforderlichen zusätzlichen Erkenntnisse gewonnen werden. Die Vergabestelle ist dabei zum Schluss gekommen, dass gemäss ihrer Einschätzung keine Ausschlussgründe vorliegen. Bei der Unterangebotsprüfung steht der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu. Dieses hat sie mit ihren Abklärungen bezüglich der Produktionskosten der Zuschlagsempfängerin nachvollziehbar ausgeübt.

9.4. Die Rüge der fehlenden Unterangebotsprüfung wäre im Hauptverfahren demzufolge wahrscheinlich abzuweisen.

10.

10.1. Die Beschwerdeführerin rügt einen Ermessensmissbrauch, indem die Vergabestelle die Bewertung der Zuschlagsempfängerin bezüglich der Offertqualität ohne zureichende sachliche Gründe angehoben haben soll. Es beständen gewisse Verdachtsmomente, dass die Zuschlagsofferte entgegen der fachkundigen Erkenntnis und alleine aus willkürlichen Gründen, um den Billigstpreis der Zuschlagsempfängerin realisieren zu können, besser eingestuft worden sei.

10.2. Diese Rüge bezieht sich auf die Anhebung der Bewertung des Kriteriums 1.1 "Gewähr zur vorgegebenen Termineinhaltung und erwarteten Qualität" von 3 auf 4 Punkte nach dem Besuch der Vergabestelle im Werk der Zuschlagsempfängerin in B_____. Die Gründe für die Anhebung der Bewertung wurden von der Vergabestelle in einem als "Aktenvermerk" übertitelten Protokoll vom 1. Dezember 2012 festgehalten.

10.3. Die Bewertungstabelle der dritten Verhandlungsrunde sowie die finale Bewertung wurden beide am 9. Dezember 2011 unterschrieben. Die Gründe dafür, dass zwei separate Bewertungstabellen erstellt wurden, sind nicht bekannt. Die Tatsache, dass am 9. Dezember 2011 zwei separate Bewertungstabellen erstellt worden sind, kann jedoch nicht als Indiz dafür gelten, dass eine weitere Verhandlungsrunde mit der Zuschlagsempfängerin abgehalten wurde, insbesondere, als die fragliche Bewer-

tungsänderung seit dem 1. Dezember 2011 beantragt war. Dies ist allerdings vorliegend nicht von Belang, wie nachfolgend erläutert wird.

10.4. Bei der Anhebung der Punktezahl von 3 auf 4 Punkte für die Kriterien Termineinhaltung und Qualität handelt es sich um einen Ermessensentscheid der Vergabestelle. Die Unangemessenheit dieses Entscheids darf vom Bundesverwaltungsgericht nicht geprüft werden. Nachdem die Anhebung der Punktezahl ausführlich begründet ist, bestehen auch keine Anhaltspunkte für einen Ermessensmissbrauch.

10.5. Es ist dem Bundesverwaltungsgericht demzufolge verwehrt, zu prüfen, ob aufgrund der in B_____ erhobenen Tatsachen eine Besserbewertung der Zuschlagsempfängerin angemessen war.

11.

11.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Preisofferten seien ohne Optionspreise bewertet worden, weshalb ein Grossteil der Submission gar nicht berücksichtigt worden sei.

11.2. Tatsächlich wurden die Preisofferten ohne Optionspreise bewertet. Vergleicht man allerdings die Punktebewertungen ohne Optionspreise mit denen mit Optionspreisen, so verbessert sich die Beschwerdeführerin im Kriterium Wirtschaftlichkeit in allen Bewertungsphasen nicht im relevanten Umfang gegenüber der Zuschlagsempfängerin. Eine Bewertung mit Einbezug der Optionspreise wäre demzufolge ohne Einfluss auf die finale Bewertung gewesen.

11.3. Selbst wenn der Einbezug der Optionspreise eine massgebliche Änderung der Punkteverhältnisse bewirkt hätte, wäre die Rüge zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zulässig gewesen, denn sie richtet sich gegen Ziff. 3.4 der Ausschreibung in Verbindung mit Ziff. 4.1 und Anhang 3 des Vertragsentwurfs, welche keine Optionen erwähnen. Die Rüge hätte innert der Rechtsmittelfrist gegen das Submissionsverfahren vorgebracht werden müssen (E. 2.2). Mit der Einreichung ihrer Offerte hat die Beschwerdeführerin die Bedingungen konkludent akzeptiert und kann die Rüge im Beschwerdeverfahren nicht mehr vorbringen.

12.

12.1. Damit erscheint die vorliegende Beschwerde nach einer prima facie Beurteilung als offensichtlich unbegründet, und der Antrag auf aufschiebende Wirkung ist abzuweisen.

12.2. Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

3.

Anordnungen betreffend die Instruktion des Hauptverfahrens folgen mit separater Verfügung.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. Projekt-ID 70449; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Beat Lenel

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, insbesondere Art. 83 Bst. f und 93 Abs. 1, des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift 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).