Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

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-1249/2017
stm/bca/lii

Zwischenentscheid vom 30. März 2017

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____,
vertreten durch (…)
Beschwerdeführerin,

gegen

armasuisse Immobilien,
Blumenbergstrasse 39, 3003 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Thun, Gesamtsanierung Mannschaftskaserne I, BKP 244 Lüftungsanlagen (Meldungsnummer 952817; Projekt-ID 147892),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Am 15. November 2016 schrieb die armasuisse (hiernach: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Thun, Gesamtsanierung Mannschaftskaserne I" das 3. Submissionspaket als Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 941139; Projekt-ID 147892), zu welchem unter anderem als Beschaffungs-Nr. 5 die Baukostenplannummer (BKP) 244 Lüftungsanlagen gehört. Eine Gesamtsanierung des Gebäudes sei zwingend notwendig. Zugleich gelte das Kasernengebäude als nationales Baudenkmal, was zu entsprechend hohen denkmalpflegerischen Anforderungen führe. Schliesslich sei die Kaserne an die aktuellen Bedürfnisse der Truppe anzupassen, damit sie auch künftig als Truppenkaserne genutzt werden könne (Ziffer 2.6 der Ausschreibung).

B.
Innert der gesetzten Frist bis zum 27. Dezember 2016 zur Einreichung der Angebote sind total neun Offerten bei der Vergabestelle eingegangen, darunter die Angebote der X._____, und der Y._____.

C.
Im Anschluss an die Offertöffnung vom 3. Januar 2017 wurde der Beschwerdeführerin am 10. Januar 2017 seitens der die Vergabestelle unterstützenden [Planerin] A._____ im Rahmen der Offertbereinigung Gelegenheit gegeben, ihr Angebot zu vervollständigen. Dabei wurde die Anbieterin insbesondere darauf hingewiesen, dass zu „ihrem Unternehmer-Angebot der Monobloc's Fabr. Trox“ die Daten benötigt werden. Für die entsprechende Ergänzung wurde der Beschwerdeführerin eine Frist bis zum 11. Januar 2017 um 18.00 Uhr eingeräumt. Die geforderten Ergänzungen wurden von der Beschwerdeführerin am 12. Januar 2017 um 16.36 Uhr nachgeliefert.

D.
Am 6. Februar 2017 publizierte die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 31. Januar 2017 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 952817) unter Bekanntgabe der Y._____ als Zuschlagsempfängerin. Der X._____ wurde mit Schreiben vom 8. Februar 2017 mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht in die Evaluation aufgenommen worden sei, weil die Vergabestelle verpflichtet sei, Anbieter „mit fehlenden und daher nicht erfüllten Eignungskriterien“ von der weiteren Evaluation auszuschliessen.

E.

E.a Die Beschwerdeführerin ersuchte daraufhin die Vergabestelle mit Schreiben vom 10. Februar 2017 um Angabe der wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots.

E.b Im Auftrag der Vergabestelle erteilte [das Architekturbüro] B._____ am 14. Februar 2017 ergänzende Auskünfte. Der ausgeschlossenen Anbieterin wurde insbesondere mitgeteilt, dass verschiedene Parameter des von ihr angebotenen Monoblocfabrikats nicht den geforderten Vorgaben in der Ausschreibung entsprechen. Damit sei „das in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren unter Punkt 3.1 aufgeführte Eignungskriterium der formellen Richtigkeit des Angebotes nicht gegeben“.

F.

Gegen den am 6. Februar 2017 publizierten Zuschlag erhob die X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 24. Februar 2017 (Posteingang: 28. Februar 2017) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie macht unter anderem geltend, dass die von ihr angebotenen und von der Vergabestelle bemängelten Submissionseinheiten gleichwertig zu den in der Ausschreibung geforderten seien und beantragt die Aufhebung der Zuschlagsverfügung sowie die Anpassung der Auftragsausschreibung mit der Möglichkeit, gleichwertige Submissionseinheiten anzubieten. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vergabestelle habe im Laufe des Verfahrens die Eignungskriterien angepasst, was unzulässig sei. Abschliessend beantragt die Beschwerdeführerin nebst Akteneinsicht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

G.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 28. Februar 2017 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle wurde gleichzeitig ersucht, bis zum 14. März 2017 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, im Speziellen zur aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, innert der gleichen Frist ebenfalls eine Stellungnahme einzureichen.

H.

H.a Mit ihrer Vernehmlassung vom 14. März 2017 macht die Vergabestelle einerseits Dringlichkeit geltend und führt weiter aus, die Beschwerdeführerin habe nicht offeriert, was ausgeschrieben worden sei. Sie habe als Auftraggeberin kein bestimmtes Fabrikat vorgegeben; vielmehr sei für die Anbieter klar erkennbar gewesen, dass auch ein alternatives Produkt habe offeriert werden können. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei insbesondere von den Anforderungen an den Schallschutz deutlich abgewichen. Die Vergabestelle schliesst auf Abweisung des Antrags betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Als Beilage zur Stellungnahme wurden Akten eingereicht, wobei in Bezug auf den Vergabeantrag (Griff 8 der Vorakten) beantragt wurde, dieser sei von der Akteneinsicht gänzlich auszunehmen.

H.b Die Zuschlagsempfängerin liess die Frist zur Eingabe einer Stellungnahme unbenutzt verstreichen und verzichtete dementsprechend auf eine Teilnahme am Beschwerdeverfahren.

H.c Mit Verfügung vom 15. März 2017 wurde die Vergabestelle angewiesen, die ausstehenden Akten, namentlich die Offerten aller Anbieter, umgehend nachzureichen. Zudem wurde die Vergabestelle mit Blick auf die Gewährung der Akteneinsicht ersucht, umgehend Abdeckungsvorschläge in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse enthaltende Dokumente in Griff 7 (Bewertungsblatt) und Griff 8 (Vergabeantrag) zu stellen.

H.d Am 20. März 2017 reichte die Vergabestelle in elektronischer Form die Schwärzungsanträge bezüglich der oben erwähnten Dokumente sowie das angepasste Aktenverzeichnis ein. Diese Schwärzungsanträge wurden gleichentags durch gerichtliche Abdeckungsvorschläge ersetzt und der Beschwerdeführerin nach Zustimmung der Vergabestelle zugestellt.

H.e Mit Eingabe vom 20. März 2017 (Posteingang: 22. März 2017) reichte die Vergabestelle die ausstehenden Vorakten nach.

I.

Am 21. März 2017 reichte die Beschwerdeführerin, nachdem ihr mit Verfügung vom 14. März 2017 angesichts der seitens der Vergabestelle geltend gemachten Dringlichkeit Gelegenheit zur Replik eingeräumt worden war, (vorab in elektronischer Form) ihre Stellungnahme zur Vernehmlassung ein. Die Beschwerdeführerin hält an ihren Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 24. Februar 2017 fest. In Bezug auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bestreitet sie einerseits die Dringlichkeit der Vergabe

und macht eventualiter geltend, eine aufgrund der Terminplanung selbst verschuldete Dringlichkeit könne nicht „der Beschwerdeführerin übertragen“ werden. Materiell führt sie namentlich aus, die Vergabestelle habe es unterlassen, ihre Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu spezifizieren. Ausserdem seien diese Anforderungen fälschlicherweise und nachträglich als „Eignungskriterien“ definiert worden.

J.
Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin im Rahmen des Zuschlags implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3 "Studie Schienengüterverkehr"). Die Beschwerdeführerin be-

antragt, es sei der am 6. Februar 2017 publizierte „Zuschlag der Vergabestelle betreffend Ausschluss“ aufzuheben, das Angebot der Beschwerdeführerin sei in Bezug auf die Eignungskriterien als gültig zu beurteilen und dieses sei (mit Auflagen) zur Evaluation anhand der Zuschlagskriterien zuzulassen. Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und damit implizit auch die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"). Da die Legitimation der Beschwerdeführerin seitens der Vergabestelle nicht bestritten wird, ist nicht weiter auf die Frage einzugehen, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang dem (unbereinigt) günstigeren Preis der Beschwerdeführerin im Vergleich zum Offert- und Zuschlagspreis der Zuschlagsempfängerin zukommt (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 mit Hinweisen "Erneuerung Videoanlage II").

1.4 Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind auch unter der Annahme, dass in der Publikation vom 6. Februar 2017 die anfechtbare Verfügung zu sehen ist, gewahrt. Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung der individuellen Mitteilung des Ausschlusses vom 8. Februar 2017 zukommt (vgl. zum Ganzen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1271 mit Hinweisen). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

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

2.

2.1 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 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich

erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

2.2 Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

2.3 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produkteklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 GPA. Bei der Gesamtsanierung der Mannschaftskaserne im Allgemeinen, aber auch betreffend die Lüftungsanlagen gemäss BKP 244 ist – wie in der Ausschreibung festgehalten – von einem Bauauftrag auszugehen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 1.8 sowie Angaben zur Beschaffungs-Nr. 5). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

Der Zuschlag wurde zum Preis von 2‘002‘581 Franken vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Millionen Franken. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB). Die Verfahrensbeteiligten gehen stillschweigend gemeinsam davon aus, dass vorliegend die in Frage stehende Sanierung der Mannschaftskaserne als Bauwerk anzusehen ist und den massgeblichen Schwellenwert spielend erreicht. Da der Wert des Auftrags betreffend die Lüftungsanlagen ausserdem zwei Millionen Franken erreicht, ist auch die Anrufung der sogenannten Bagatellklausel (Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]) ausgeschlossen.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegend zu beurteilende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB, namentlich betreffend die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. e BöB, sind nicht gegeben.

3.

3.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

3.2 Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

3.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen 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) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht

hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m. H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie").

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle nebst einer Verletzung der Begründungspflicht materiell namentlich vor, im Rahmen der Eignungsprüfung des Angebots der Beschwerdeführerin drei neue Eignungskriterien definiert und in die Bewertung eingeführt zu haben. Dies obwohl sie diese nicht als Eignungskriterien ausgeschrieben habe und es sich der Sache nach nicht um Eignungs-, sondern um untergeordnete und auf Gleichwertigkeit zu prüfende Zuschlagskriterien handle (Beschwerde, S. 13). Es sei willkürlich und diskriminierend, wenn die Vergabestelle nachträglich Eignungskriterien definiere und als nicht erfüllt bewerte, die sie nicht als Eignungskriterien ausgeschrieben habe (Beschwerde, S. 8).

4.2 Die Vergabestelle wiederum führt aus, das Angebot der Beschwerdeführerin weiche in wichtigen Punkten von den gestellten Anforderungen ab

und sei überdies unvollständig gewesen, namentlich sei von den Anforderungen an den Schallschutz deutlich abgewichen worden. Ausserdem sei ein Produkt mit Kassettenfiltern anstelle der geforderten Taschenfilter offeriert und dieses sei in der betreffenden Zeile erst noch falsch als „gleich“ deklariert worden. Ausserdem seien die zusätzlich zu den Geräten geforderten ROST-Schwingungsdämpfer im Angebot gar nicht erst enthalten gewesen. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin genüge es eben gerade nicht, dass schwingungsdämpfende Elemente in den Füssen der Lüftungsanlagen enthalten seien. Vielmehr seien aufgrund der besonderen Konstruktion (Holzböden über Schlafräumen) zusätzliche Schwingungsdämpfer zu offerieren gewesen (Vernehmlassung, S. 3).

4.3 Sachverhaltlich ist zunächst festzuhalten, dass die Ausschreibung vom 15. November 2016 so ausgestaltet ist, dass für sämtliche im Rahmen des in Frage stehenden Submissionspakets ausgeschriebenen Teilleistungen dieselben Eignungskriterien gelten (Ziffer 3.7 der Ausschreibung). Es handelt sich um die Kriterien E1 (Technische Leistungsfähigkeit), E2 (Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) und E3 (Formelle Richtigkeit des Angebots). Für die Lüftungsanlagen (Beschaffungs-Nr. 5) sind ausserdem folgende Zuschlagskriterien vorgesehen: Z1 (Angebotspreis; Gewichtung 60 Prozent), Z2 (Referenzen des Anbieters; Gewichtung 15 Prozent), Z3 (Referenzen der Schlüsselpersonen; Gewichtung 15 Prozent) und Z4 (Organisation; Gewichtung 10 Prozent). Gemäss Ziffer 2.11 der Ausschreibung wurden Varianten zugelassen, wobei der Amtsvorschlag in jedem Falle vollständig eingereicht werden sollte. Als Ausschreibungsunterlagen (Griff 4 der Vorakten) sind unter anderem die „Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen“ verurkundet, auf welche die Vergabestelle im Rahmen ihrer Vernehmlassung (S. 3) verweist. Auch diese Bestimmungen enthalten unter dem Titel 3 (Beurteilungskriterien) Ausführungen zu den Eignungs- und Zuschlagskriterien. Unter dem Titel 2 (Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung) wird als Nachweis, der nicht zum Vertragsbestandteil werden soll, insbesondere ein technischer Bericht unter Angabe technischer Vorbehalte und offener Fragen erwartet.

4.4 Die individuelle Mitteilung an die Beschwerdeführerin vom 8. Februar 2017 betreffend ihren Ausschluss (Griff 10 der Vorakten) lautet in Bezug auf den massgebenden Punkt wie folgt: In der SIMAP-Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen seien die Eignungskriterien und deren Nachweis bekannt gegeben worden. Die Beurteilung sei nach den bekannt gegebenen Eignungs- und Zuschlagskriterien erfolgt. Des Weiteren wurden gegenüber der Beschwerdeführerin unter anderem folgende Angaben

gemacht: „Anzahl gültige Angebote: 9; Eignung erfüllt: 4; Eignung nicht erfüllt: 5“. Im Sinne ergänzender Angaben wurde der Beschwerdeführerin am 14. Februar 2017 mitgeteilt, dass die Vorfilterqualität G4 nicht den Vorgaben entspreche. Ihr Angebot enthalte Filterzellen anstelle von Taschenfiltern. Die Schalldämpfer der Monoblocs würden ungenügende Dämmwerte ausweisen. Die Schallemissionen lägen um 18 – 30 Prozent über den Vorgaben in der Ausschreibung. Damit die geforderten Werte erreichte werden, müssten zusätzlich Kanalschalldämpfer eingebaut werden, die weder in der Ausschreibung noch im Kostenvoranschlag enthalten sind. Ausserdem würden die Schwingungsdämpfer zum Grundrahmen fehlen. Damit sei das in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren (Griff 4 der Vorakten) unter Punkt 3.1 aufgeführte Eignungskriterium der formellen Richtigkeit des Angebotes nicht gegeben und das in Frage stehende Angebot habe nicht in die Evaluation aufgenommen werden können.

5.
Die Vergabestelle wirft der Beschwerdeführerin vor, das Eignungskriterium E3 (Formelle Richtigkeit des Angebots) nicht erfüllt zu haben. Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst, Ausführungen zur Definition von Eignungskriterien im Sinne von Art. 9 BöB zu machen.

5.1 Gemäss Art. 9 Abs. 1 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 "Privatisierung Alcosuisse I", auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, E. 2.1 mit Hinweisen). Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 mit Hinweisen). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der

Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich").

5.2 Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 "Erneuerung Videoanlage I"; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2 "Privatisierung Alcosuisse I"), den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 31 BöB; vgl. in Bezug auf Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB] das Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.6.1 "Erneuerung Videoanlage II").

5.3 Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den andern Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheid des BVGer B-7753/2016 vom 1. Februar 2017 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a

Abs. 3 VöB). Nun erscheint zunächst offensichtlich, dass sich die Beanstandungen der Vergabestelle in Bezug auf das Angebot der Beschwerdeführerin, auf technische Aspekte des Angebots und nicht auf die Eignung des Anbieters beziehen, wobei zugleich die Unvollständigkeit des Angebots bemängelt wird. Die als Eignungskriterium definierte Anforderung „formelle Richtigkeit des Angebots“ müsste daher, wenn der Argumentation der Vergabestelle im Rahmen der angefochtenen Verfügung gefolgt werden soll, unter anderem dahingehend interpretiert werden können, dass alle technischen Vorgaben gemäss dem Leistungsverzeichnis als zwingende technische Spezifikationen zu verstehen seien, obwohl zu den technischen Anforderungen weder in der Ausschreibung noch in den von der Vergabestelle angerufenen „Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen“ (Griff 4 der Vorakten) entsprechende Aussagen gemacht werden. Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass die „formelle Richtigkeit“ des Angebots mit der Eignung des Anbieters, wie sie in Erwägung 5.1 hiervor beschrieben worden ist, nichts zu tun hat. Es braucht aber im vorliegenden Zusammenhang nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, ob die falsche Bezeichnung der Anforderung der Vergabestelle schadet. Der Begriff der „formellen Richtigkeit“ kann sich zwar auf Gesichtspunkte wie die Frage, ob die Offerte korrekt unterschrieben ist, beziehen oder allenfalls auch auf die Vollständigkeit des Angebots. Die Frage, ob die angebotene Leistung die technischen Anforderungen erfüllt bzw. ob technische Vorgaben als zwingend unter Ausschlussfolge bei Nichterfüllung zu verstehen sind, ist demgegenüber kein formeller Aspekt. Vielmehr geht es dabei – den Denkansatz eines Erfordernisses „formeller Richtigkeit“ deutlich sprengend – um die materielle Konformität des Angebots mit gestellten Anforderungen. Da die Anbietenden ohne nähere Erklärungen der Vergabestelle grundsätzlich darauf vertrauen dürfen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; vgl. auch E. 5.2 hiervor), kann dem Begriff „formelle Richtigkeit“ in Bezug auf die Frage nach der Einhaltung technischer Anforderungen bzw. der Folgen der Nichteinhaltung mit Blick auf das Transparenzgebot gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB nicht die von der Vergabestelle angenommene Bedeutung zukommen. Schon deshalb erweist sich die Beschwerde nicht als offensichtlich unbegründet.

5.4 Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle vor, sich im Rahmen der technischen Beschreibung zu Unrecht auf die Vorgabe eines bestimmten Produkts festgelegt zu haben (Beschwerde, S. 9). Tatsächlich dürfen Vergabebehörden technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng

umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Zwischenentscheid des BVGer B-7753/2016 vom 1. Februar 2017 E. 4.3.4 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"). Die Vergabestelle wiederum stellt sich auf den Standpunkt, die Beschreibung der nachgefragten Leistung unter Bezugnahme auf ein bestimmtes Produkt bzw. die Verwendung von Marken sei zulässig, soweit es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt. Ausserdem sei für die Anbieter klar erkennbar gewesen, dass auch ein alternatives Produkt habe offeriert werden können. Dementsprechend hätten von insgesamt neun Anbietern fünf Anbieter ein Alternativprodukt offeriert (Vernehmlassung, S. 3). Dafür spricht auch die Korrespondenz zwischen der die Vergabestelle unterstützenden Planerin und der Beschwerdeführerin zwischen dem 10. und dem 12. Januar 2017. Die Planerin wünschte ergänzende Angaben, obwohl sie von einem „Unternehmer-Angebot der Monobloc's Fabr. Trox“ ausging. Richtig ist aber auch, dass fünf von neun Anbietern im Ergebnis wegen Nichterfüllung technischer Vorgaben ausgeschlossen worden sind. Vor diesem Hintergrund genügt es nicht, wenn die Vergabestelle ohne weitere Ausführungen behauptet, es sei von den Anforderungen an den Schallschutz abgewichen worden (Vernehmlassung, S. 3). Dazu macht die Beschwerdeführerin ausdrücklich geltend, ihre „mit den Monoblocs offerierten Schalldämpfer“ seien mindestens gleichwertig „wie jene, die in den Geräten von 'Weger'“ verbaut sind. Dass die Schallemissionen der von der Beschwerdeführerin offerierten Monoblocs aufgrund anderer Schalldämpfer 18 bis 30 Prozent höher seien als die ausgeschriebenen, sei falsch, was bereits ein Blick in die Vergleichstabelle der Dezibel-Werte (Db-Werte) auf Seite 4 von Beilage 4 beweise (Beschwerde, S. 9). Vor diesem Hintergrund wäre es Sache der Vergabestelle gewesen, den Verdacht, dass durch die Art der Prüfung im Ergebnis einem bestimmten Fabrikat der Vorzug gegeben worden ist, zu zerstreuen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der Ausschluss nicht gerade ausführlich dokumentiert ist und der Vergabeantrag dazu keine Angaben enthält. Somit kann die Beschwerde auch diesbezüglich zumindest derzeit nicht als offensichtlich unbegründet angesehen werden. Dies zumal die Offertbereinigung vom 10. bzw. 12. Januar 2017 darauf hindeuten könnte, dass die anderen seitens der Vergabestelle geltend gemachten technischen Abweichungen nach der Auffassung der Vergabestelle nicht schwer wiegen.

5.5 Nach dem Gesagten braucht auf die weitere Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe die zwingenden technischen Anforderungen

nicht in der geforderten Transparenz spezifiziert (vgl. zu den entsprechenden Anforderungen E. 5.3 hiervor), nicht näher eingegangen zu werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob die angefochtene Verfügung hinreichend begründet ist. Sachgerecht erscheinen demgegenüber Ausführungen zur Frage, ob die Tatsache, dass das Schreiben vom 14. Februar 2017, mit welchem ergänzende Auskünfte erteilt wurden, nicht von der Vergabestelle selbst, sondern vom beratenden Architekturbüro stammt, zur Nichtigkeit führt, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (Beschwerde, S. 12). Tatsächlich ist es nach der Rechtsprechung nicht zulässig, dass die Vergabestelle den Erlass der Verfügung betreffend Zuschlag bzw. Ausschluss an ein sie beratendes Architektur- oder Ingenieurbüro delegiert. In diesem Sinne haben namentlich mehrere kantonale Verwaltungsgerichte festgestellt, dass kennzeichnendes Merkmal einer Verfügung sei, dass sie als behördlicher Akt erkennbar sei. Ein besonders schwerwiegender Eröffnungsfehler in diesem Sinne führe zur Nichtigkeit der in Frage stehenden Verfügung (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1269 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Das kann aber nicht in gleicher Weise für ergänzende Auskünfte namentlich im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BöB gelten. Nachdem das Absageschreiben vom 8. Februar 2017 unbestrittenermassen von der Vergabestelle selbst stammt, kann die Erteilung ergänzender Auskünfte durch ein die Bauherrin unterstützendes Unternehmen, soweit darin ein Eröffnungsfehler zu sehen ist, jedenfalls mangels der erforderlichen Schwere des Mangels (vgl. dazu BGE 139 II 243 E. 11.2 mit Hinweis) nicht zur Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung führen.

6.

6.1 Angesichts der Feststellung, dass sich die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet erweist, ist mittels einer Interessenabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden (vgl. Erwägung E. 3.3 hiervor). Die Vergabestelle macht Dringlichkeit geltend, da die Bestellung der Lüftungsanlagen gemäss der Vergabe BKP 244 spätestens für Mai 2017 geplant gewesen sei. Der beanstandete Vergabeauftrag stelle Teil eines Projekts für die Gesamtsanierung der Mannschaftskaserne I in Thun dar und eine Verzögerung des Auftrags zur Sanierung der Lüftungsanlagen würde den gesamten Zeitplan gefährden, insbesondere die geplante Beendigung des Projekts per Ende Dezember 2019 und damit die volle Bettenkapazität von 880 Betten ab 2020. Die fehlenden Kapazitäten müssten mit entsprechenden Kostenfolgen und organisatorischem Zusatzaufwand (Shuttledienste von den externen Unterkünften zum Waffenplatz) ausgelagert werden (Vernehmlassung, S. 2).

6.2 Dagegen wendet die Beschwerdeführerin einerseits ein, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes bestehe (Replik, S. 2). Zudem behaupte die Vergabestelle lediglich, dass der Bauendtermin tatsächlich gefährdet sei, ohne dies glaubhaft darlegen oder gar zu beweisen. Überdies mangle es der Vernehmlassung an einer Substantiierung und erst recht am Beweis der vorgebrachten Kostenfolge. Ausserdem sei ausser Acht gelassen worden, dass selbst bei Mehrkosten für eine allfällige Verzögerung, die Einsparungen durch die Berücksichtigung des wirtschaftlich günstigeren Angebots zu berücksichtigen seien (Replik, S. 3). Abschliessend macht die Beschwerdeführerin ein Selbstverschulden der Vergabestelle geltend, da letztere die Obliegenheit habe, ein allfälliges Beschwerdeverfahren in ihren Terminplan einzuberechnen, was sie offensichtlich unterlassen habe; das daraus resultierende Terminrisiko dürfe nicht der Beschwerdeführerin „übertragen werden“ (Replik, S. 3).

6.3 Der Argumentation der Vergabestelle folgend würde bereits die Tatsache, dass Verzögerungen bei der Bestellung der Lüftungsanlagen den Endtermin des Projekts gefährden könnten, hinreichend sein, um der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Allerdings weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass nicht gesagt wird, warum die Sanierung der Lüftungsanlagen nicht zu einem späteren Zeitpunkt noch vorgenommen werden kann, ohne dass dies die rechtzeitige Beendigung des Gesamtprojekts gefährden würde und somit keine Mehrkosten anfallen. Damit wird bereits die Dringlichkeit nicht hinreichend substantiiert geltend gemacht. Richtig ist auch, dass in der Planung das allfällige Ergreifen von Rechtsmitteln einzubeziehen ist und die Termine, welche eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen sind (Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Aber auch eine selbstverschuldete Dringlichkeit kann nicht dazu führen, dass sich der Richter daran gehindert sieht, einer Beschwerde zur Vermeidung substantiiert dargelegter gravierender Folgen einer Verzögerung im Einzelfall nicht gleichwohl die aufschiebende Wirkung zu versagen (vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Indessen sind im vorliegenden Fall auch die drohenden Folgekosten nicht hinreichend substantiiert worden (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.4 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Demnach überwiegt das Interesse des Beschwerdeführers an einem wirksamen Rechtsschutz dasjenige der Vergabestelle an der Beschleunigung des Beschaffungsvorgangs durch Entzug der aufschiebenden Wirkung.

7.
Über das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin kann angesichts des Verfahrensausgangs zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden. Demnach ist dieses einstweilen abzuweisen, soweit es durch die im Rahmen der Instruktion gewährte Akteneinsicht nicht erledigt ist. Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

8.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Beschwerde vom 24. Februar 2017 wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung gewährt.

2.

2.1 Die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerin werden einstweilen abgewiesen, soweit ihnen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

2.2 Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

3.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

5.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerin (Vertreterin; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 147892; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Zuschlagsempfängerin (A-Post)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner Sabine Büttler

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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 31. März 2017