



## Urteil vom 7. Oktober 2015

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richter Hans Urech,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

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

gegen

**armasuisse,**  
Einkauf und Kooperationen,  
Rodtmattstrasse 110, 3003 Bern,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Warnblitzleuchte Eflare LED (2564.5261),  
SIMAP-Projekt-ID 123069.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 20. Februar 2015 publizierte die armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP, dass sie am 11. Februar 2015 im freihändigen Verfahren den Zuschlag betreffend das Projekt "Warnblitzleuchte Eflare LED (2564.5261)" an die Z.\_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von CHF 1'261'000.– (exkl. MWSt.) erteilt habe.

**B.**

Gegen diesen Zuschlag erhob die X.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 11. März 2015 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, der rechtswidrige Zuschlagsentscheid sei aufzuheben und es sei die Vergabestelle zu verpflichten, den zu vergebenden Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren öffentlich auszuschreiben. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, es sei der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und die Vergabestelle sei ohne Anhörung der Parteien aufgefordert, keinen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zu schliessen, bis über die aufschiebende Wirkung definitiv geurteilt worden sei.

Die Beschwerdeführerin vertreibe ebenfalls die Warnblitzleuchte Eflare LED und gehöre damit zum Kreis der potentiellen Anbieter des Beschaffungsobjekts Warnblitzleuchte Eflare LED. Die Vergabestelle habe zu Unrecht auf die öffentliche Ausschreibung des Auftrags verzichtet. Die Beschwerdeführerin sei von der Publikation des Vergabeentscheides besonders berührt und habe an dessen Aufhebung und Änderung ein schutzwürdiges Interesse.

Beim Beschaffungsgegenstand handle es sich um eine handelsübliche Warnblitzleuchte, die durch verschiedene Anbieter in der Schweiz und in Europa vertrieben werde. Auch die Beschwerdeführerin führe die Warnblitzleuchte Eflare LED in ihrem Verkaufssortiment und habe diese in der Vergangenheit bereits an die öffentliche Hand und private Unternehmungen in der Schweiz verkauft. Die Auftragssumme von CHF 1'261'000.– ohne MWSt. liege deutlich über dem Schwellenwert für Lieferverträge gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB. Die freihändige Vergabe könne nicht durch eine der Voraussetzungen zur freihändigen Vergabe gemäss Art. 13 Abs. 1 VöB gerechtfertigt werden, und die Vergabestelle hätte zwingend eine

öffentliche Ausschreibung gemäss Art. 13 Abs. 1 BöB durchführen müssen. Die freihändige Vergabe des Auftrags verletze demnach Bundesrecht.

**C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 12. März 2015 untersagte die Instruktionsrichterin der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

**D.**

Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 17. März 2015, dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei stattzugeben und es sei festzustellen, dass die Vergabebehörde ihren Mitteilungspflichten nachgekommen sei.

**E.**

Die Zuschlagsempfängerin stellte innert der ihr angesetzten Frist keinen Antrag auf Teilnahme am Verfahren.

**F.**

Mit Zwischenentscheid vom 23. März 2015 wurde das Gesuch, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, gutgeheissen.

**G.**

Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 20. April 2015, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und es sei die freihändige Vergabe vom 11. Februar 2015 an die Zuschlagsempfängerin zu bestätigen. Die Beschwerdeführerin könne den Nachweis, dass sie zur Übernahme des betreffenden Auftrags überhaupt in der Lage sei, nicht erbringen. Nicht bestritten werde, dass die Beschwerdeführerin schon einzelne Warnblitzleuchten vom Typ Eflare vertrieben habe. Sie müsse diese aber, sofern der Vertrieb rechtskonform erfolgt sei, bei der Zuschlagsempfängerin bezogen haben, da in der Schweiz die Vertriebsrechte für die Warnblitzleuchten Eflare LED exklusiv bei der Zuschlagsempfängerin liegen würden. Aufgrund dieser Exklusivrechte der Zuschlagsempfängerin sowie aufgrund der grossen Liefermenge und des teilweise spezifischen Zubehörs sei die Beschwerdeführerin zu keiner Zeit rechtlich und faktisch in der Lage gewesen, als poten-

tielle Anbieterin des vergebenen Auftrags aufzutreten. Da die Beschwerdeführerin den in Frage stehenden Auftrag gar nie hätte erfüllen können, könne sie durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid auch nicht beschwert sein (Art. 48 Bst. b und c VwVG).

Unzutreffend sei, dass es sich beim Produkt Eflare LED um eine handelsübliche Warnblitzleuchte handle, die in der Schweiz und in Europa von verschiedenen Anbietern vertrieben werde. Der Umstand, dass gewisse Typen von Warnblitzleuchten aus dem Sortiment Eflare LED von mehreren Anbietern in der Schweiz verkauft würden, mache die von der Vergabestelle angefragte Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) Blitzlicht noch nicht zum handelsüblichen Produkt. Die Eflare LED AT710 ATEX 8 sei ein durch zwei angemeldete Gebrauchsmuster und ein Patent geschütztes Hightech-Produkt, das als kompaktes, platzsparendes und gleichwohl polyvalentes Produkt die Funktionalität einer Warnblitzleuchte erfülle. Es gebe auf dem Markt keine Produkte, die als echte Alternative für die Eflare LED gelten könnten. Die bestellten Warnblitzleuchten-Sets seien in der Schweiz so im Handel gar nicht zu finden, sondern müssten von der Zuschlagsempfängerin aus den vom Hersteller gelieferten und eigenen Komponenten speziell zusammengestellt werden. Zudem gehe es um die sehr grosse Anzahl von 3'840 Sets. Alle diese Sets enthielten jeweils vier speziell für den Einsatz in der Schweiz konfigurierte Warnblitzleuchten Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) einschliesslich jeweils vier Bodenplatten, vier Halteklammern und vier speziell in der Schweiz angefertigte Kunststoff-Adapter. Insgesamt umfasse der Lieferauftrag somit je 15'360 Stück Eflare LED, Bodenplatten, Halteklammern und Kunststoff-Adapter, sowie ferner 3'840 gelbe Transporttaschen.

Die angefochtene freihändige Beschaffung erfülle sowohl das Erfordernis der technischen Besonderheit als auch des Schutzes geistigen Eigentums und damit die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB. Die für die Bedürfnisse der Vergabestelle massgebende technische Besonderheit der Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) liege darin, dass aufgrund der patentgeschützten Anordnung mit einer LED als Lichtquelle und einer (teilweise als Fresnel angeordneten) Linse eine Leuchtkraft und Reichweite erzielt werde, die sonst nur mit grösseren Linsen und schwereren und grösseren Akkus erreicht werden könne. Dieser technologische Vorsprung ermöglicht es, die von der Vergabestelle gestellten Anforderungen betreffend Gewicht und Platzbedarf durch ein kompaktes, polyvalentes Produkt zu erfüllen. Andererseits sei die Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) eine technische Besonderheit, weil sie aufgrund der Vorschriften in der

Schweiz speziell so programmiert worden sei, dass sie nur mit Blitzlichtfunktion einsetzbar sei.

Sodann habe die australische Herstellerin, Q. \_\_\_\_\_ Pty Ltd, die exklusiven Vertriebsrechte für die Schweiz vertraglich an die Zuschlagsempfängerin übertragen. Aus immaterialgüterrechtlichen Gründen ergebe sich demnach, dass in der Schweiz die Beschaffung der 3'840 Sets Warnblitzleuchten Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) nur über die Zuschlagsempfängerin erfolgen könne.

Mit Bezug auf die von den Warnblitzleuchten Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) aufgrund des ausgewiesenen Technologievorsprungs erreichten Kompaktheit und Polyvalenz im praktischen Einsatz sei kein angemessenes Alternativprodukt auf dem Markt ersichtlich. Auch bei der Auswahl der Anbieterin gebe es keine Alternative, dies, weil die exklusiven Vertriebsrechte für die Schweiz bei der Zuschlagsempfängerin lägen und diese bei der Zusammensetzung der Warnblitzleuchten-Sets einen Know-how-Vorteil habe.

#### **H.**

Die Beschwerdeführerin hält mit Replik vom 12. Mai 2015 an ihren Anträgen und Ausführungen fest. Sie beantrage mit Blick auf die mit der Vernehmlassung vorgebrachten neuen erheblichen Vorbringen rechtlicher und tatsächlicher Natur zusätzlich zum Antrag auf Eintreten und Gutheissung der Beschwerde, dass der Beschaffungsgegenstand auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft werde.

Es treffe nicht zu, dass die Beschwerdeführerin das Produkt Eflare LED rechtskonform nur bei der Zuschlagsempfängerin hätte beziehen dürfen. Die Beschwerdeführerin beziehe alle grösseren Mengen an Eflare LED-Produkten beim offiziellen Exklusiv-Distributor der Q. \_\_\_\_\_ Pty Ltd für Polen, Y. \_\_\_\_\_ Ltd. Der passive Verkauf eines nicht ortsansässigen Distributors, Y. \_\_\_\_\_ Ltd, an die Beschwerdeführerin erfolge rechtskonform.

Y. \_\_\_\_\_ Ltd habe der Beschwerdeführerin nach Absprache mit der Herstellerin per 12. März 2015 ein Angebot für 15'360 Stück Eflare LED AT700 ATEX gelb 8 unterbreitet, wobei die Beschwerdeführerin noch keine genauen Angaben zur gewünschten Spezifikation und des Zubehörs gehabt habe. Erst mit Erhalt der Vernehmlassungsbeilage – dem technischen Datenblatt – habe die Beschwerdeführerin sämtliche Informationen über den Beschaffungsauftrag erhalten und erfahren, dass die Vergabestelle die

Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 der 700 Series Beacon mit Blitz-/Blinklichtfunktion als Set zur Beschaffung freihändig vergeben habe. Als die Beschwerdeführerin im März 2015 mit Y.\_\_\_\_\_ Ltd eine mögliche Angebotsänderung in Bezug auf die Funktion "nur Blitzlicht" und die definitiven Bestandteile des Sets besprochen habe, habe Y.\_\_\_\_\_ Ltd ihr mit E-Mail vom 31. März 2015 mitgeteilt, dass sie aufgrund des jüngsten Kontakts mit der Herstellerin Q.\_\_\_\_\_ Pty Ltd für das aktuelle Vergabeverfahren in der Schweiz keine Angebote für Eflare LED Produkte mehr unterbreiten könne. Wenn Y.\_\_\_\_\_ sich der Anweisung der australischen Herstellerin vom 20. März 2015 definitiv beugen müsse, könne ein Verstoss der australischen Herstellerin gegen Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

Die Beschwerdeführerin sei aufgrund ihrer ausgeprägten Geschäftsbeziehung mit dem polnischen Distributor in der Lage, Produkte der Q.\_\_\_\_\_ Pty Ltd inkl. Originalzubehör anzubieten, die funktional und wirtschaftlich eine angemessene Alternative für die Vergabestelle darstellten. Sie sei in der Lage, bei einer öffentlichen Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren 3'840 Warnblitzleuchten Sets Eflare LED AT710 gelb 8 ATEX oder AT700 gelb 8 ATEX, bezogen bei der durch die australische Herstellerin zugewiesenen Distributorin für Polen, anzubieten. Sie könne auch eine konkrete Lösung anbieten, die funktional und wirtschaftlich eine bessere Alternative darstelle und überdies den Vorgaben der SN 640 844-1a-NA entspreche.

Da sie somit den Beschaffungsauftrag als direkte Wiederverkäuferin von Eflare LED Produkten des polnischen Distributors und als Wiederverkäuferin von Warnblitzleuchten generell erfüllen könne, sei sie durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid beschwert. Sodann seien aufgrund dessen, dass die Beschwerdeführerin die Eflare LED Produkte beim offiziellen Distributor, Y.\_\_\_\_\_ Ltd, der australischen Herstellerin beziehe, die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe gemäss Art. 13 As. 1 Bst. c VöB nicht erfüllt. Auch sei aus diesem Grund eine freihändige Vergabe zufolge Folgebeschaffung gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. f VöB nicht rechtskonform.

Mit Bezug auf den Vorwurf, der Beschaffungsgegenstand sei nicht in zulässiger Weise umschrieben worden, führt die Beschwerdeführerin aus, die Vergabestelle habe in ihrer Vernehmlassung ausgeführt, dass die Warnblitzleuchte Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 nur als Blitzlampe im Anwendungsbereich der Militärpolizei verwendet werde, sowie, dass eine Vorschrift in der Schweiz existiere, welche nur die Funktion Blitzlicht an einer Warnblitzleuchte zulasse. Wenn die Vergabestelle der Meinung sei, dass

nur Blitzleuchten nach schweizerischer Vorschrift eingekauft werden dürften, sollten diese der entsprechenden Norm des Schweizerischen Verbands der Strassen- und Verkehrsfachleute (VSS), nämlich der Schweizer Norm (SN) 640 844-1a-NA, entsprechen, sofern die Militärpolizei diese Blitzleuchten auch für die zeitlich begrenzte temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen verwende. Die SN 640 844-1a-NA sei dann anwendbar, wenn die Militärpolizei die Warnblitzleuchten auch für die temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen einsetzen möchte. Dass die Militärpolizei die Warnblitzleuchte auch zur temporären Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen einsetzen werde, gehe aus den Ausführungen der Vergabestelle in der Vernehmlassung vom 20. April 2015 (Ziff. 10) zweifelsohne hervor. Jedoch sei in der SN 640 844-1a-NA keine explizite Bestimmung zu finden, die besage, dass Warn- und Sicherheitsleuchten in der Form von Blitz- und Blinkleuchten nicht über verschiedene Funktionen, d.h. Blink- und Dauerlichtfunktion, verfügen dürften.

Gemäss der SN 640 844-1a-NA (S. 5 und 6) hätten zudem Blitz- und Blinkleuchten eine Mindestklasse L8L aufzuweisen, was bedeute, dass die lichtgebende Fläche grösser oder gleich gross wie 250 cm<sup>2</sup> zu sein und die Bezugslichtstärke mindestens 250 cd aufzuweisen habe. Indessen verfüge die Warnblitzleuchte Eflare LED 710 ATEX gelb 8 nur über 70 cd. Die Eflare LED 710 ATEX gelb 8 entspreche damit nicht den Mindestanforderungen für den Einsatz der Militärpolizei im Bereich der temporären Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen.

Der in Frage stehende Beschaffungsgegenstand, die Eflare LED 710 ATEX gelb 8, sei eine handelsübliche Warnblitzleuchte aus dem Produktsortiment Eflare LED, die im offiziellen Katalog der Herstellerin Q.\_\_\_\_\_ Pty Ltd den Distributoren angeboten werde. Ein offizieller Distributor sei in der Lage, die 700 Series Beacons mit ihren drei verschiedenen Funktionen "flash or steady on", "flash" oder "dual flash" aus dem öffentlichen Katalog der Herstellerin zu bestellen. Die Behauptung der Vergabestelle, die Eflare LED 710 ATEX gelb 8 nur mit Funktion Blitzlicht müsse bei der Zuschlagsempfängerin in Auftrag gegeben werden, sei falsch.

#### **I.**

Die Vergabestelle hält mit Duplik vom 3. Juni 2015 an ihren Anträgen fest. Sie führt aus, durch die als Replikbeilagen eingereichten Beweismittel werde klar, dass die Beschwerdeführerin das Beschaffungsobjekt über die polnische Distributorin nicht beziehen könne, weil jene sonst gegenüber

der Herstellerin vertragsbrüchig würde. Die Beschwerdeführerin bleibe daher für die Behauptung, dass sie sämtliche grösseren Mengen an Eflare LED Produkten bei Y.\_\_\_\_\_ Ltd beziehen und zur Erfüllung des betreffenden Auftrags in der Lage sei, den Nachweis schuldig. Die Beschwerdeführerin sei auch wegen des grossen Beschaffungsvolumens, des teilweise spezifischen Zubehörs und des fehlenden Know-hows für die Assemblierung der Warnblitzleuchten, rechtlich und faktisch nicht in der Lage und nie in der Lage gewesen, den in Frage stehenden Auftrag zu erfüllen. Die Beschwerdeführerin sei nie als potentielle Anbieterin in Frage gekommen und daher durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid auch nicht beschwert.

Unzutreffend sei, dass die zu beschaffenden Warnblitzleuchten für die Verwendung durch die Militärpolizei für die temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen gemäss SN 640 844-1a-NA bestimmt seien. Vielmehr seien die neu zu beschaffenden Warnblitzleuchten für die Truppen, und zwar für die fliegende Verkehrsregelung bei Truppenverschiebungen, bestimmt. Im Unterschied zur temporären Signalisation, bei welcher Warnleuchten ortsfest und personenunabhängig über mehrere Tage oder Wochen (z.B. bei Baustellen oder zeitlich beschränkten Umleitungen) eingesetzt würden, verwende die Truppe die Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 (2564.5261) nur für die Verkehrsregelung bei Truppenverschiebungen, das heisst bei einem personenbezogenen Einsatz von einigen Minuten bis höchstens wenigen Stunden. Der Einsatz werde häufig von Motorradfahrern geleistet, welche auf platzsparendes und polyvalentes Material angewiesen seien. Die Anforderungen der Norm SN 640 844-1a-NA könnten vorliegend nicht massgebend sein. Die ganze Argumentation der Beschwerdeführerin über die Rechtmässigkeit des Beschaffungsgegenstands sei damit der Boden entzogen. Die Festlegung des Beschaffungsgegenstands sei bedürfnisgerecht und damit rechtmässig erfolgt.

Das Produkt sei von vornherein festgestanden. Erst die Herstellerin habe die Zuschlagsempfängerin für Angebot und Lieferung der ausgewählten Warnblitzleuchten Eflare LED T710 ATEX gelb 8 (2564.5261) ins Spiel gebracht. Somit hätte die Vergabestelle einzig die Warnblitzleuchten direkt bei der Herstellerin erwerben können und nur die Abwicklung des Imports und die Konfiguration und Assemblierung der Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 ausschreiben können. Da das Beschaffungsvolumen aber den Schwellenwert von CHF 230'000.– kaum erreicht hätte, habe sich die Vergabe im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren angeboten.

Da der Herstellerin auch aufgrund ihrer Schutzrechte die Kompetenz zustehe, selbst die Distributionskanäle zu bestimmen und für die Schweiz die Vertriebsrechte für die Warnblitzleuchten Eflare LED exklusiv an die Zuschlagsempfängerin zu vergeben, erweise sich auch der Parallelimport als rechtlich unzulässig. Es sei der Vergabestelle nicht zuzumuten, sich auf eine Anbieterin einzulassen, die das Beschaffungsobjekt nur mittels Parallelimport und damit in Verletzung der Immaterialgüter- und Vertriebsrechte der Herstellerin, liefern könne. Ein Parallelvertrieb sei schon deshalb nicht möglich, weil es nicht nur um Vertriebsrechte, sondern um die Verletzung patentrechtlich geschützter Ansprüche gehe.

Schliesslich habe die Vergabestelle entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nie behauptet, es gebe in der Schweiz eine Vorschrift, wonach nur Warnblitzleuchten mit Blitzlichtfunktion und nicht mit Blink- und Dauerlichtfunktion verkauft werden dürften. Die Vergabestelle habe sich lediglich entschlossen, die Warnblitzleuchten nur mit Blitzlichtfunktion zu beschaffen, weil gemäss Art. 9 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Februar 2004 über den militärischen Strassenverkehr (VMSV; SR 510.710) diese Funktion für den militärischen Einsatz in der Schweiz vorgeschrieben sei und die Konfiguration ausschliesslich mit Blinklichtfunktion den Einsatz bei der Miliztruppe vereinfache.

#### **J.**

Die Beschwerdeführerin äussert sich erneut mit Triplik vom 8. Juni 2015 und führt aus, im Verfahrensentscheid vom 15. Dezember 2014 werde klar und deutlich festgehalten, dass es sich um eine Folgebeschaffung von 3'840 Sets für die Modifikation und Ergänzung der Verkehrsregelungsausrüstung handle, die bereits bei der Militärpolizei im Einsatz seien. Die Beschwerdeführerin habe aufgrund dieser Informationen in gutem Glauben davon ausgehen können, dass die Folgebeschaffung für die Militärpolizei bestimmt sei, zumal die Vergabestelle explizit die Verkehrsregelungsausrüstung erwähne. Die Vergabestelle habe erst in ihrer Duplik vom 3. Juni 2015 geschildert, für welche Organisation innerhalb der Armee das Beschaffungsobjekt bestimmt sei. Unzutreffend sei der Einwand der Vergabestelle, dass beim Einsatz durch die Truppe keine temporäre Signalisation gemäss SN 640 886 bestehe. Die SN 640 886 regle die Signalisation von Baustellen, Strassensperrungen, Umleitungen und Veranstaltungen aller Art, die den Verkehr auf öffentlichen Strassen vorübergehend behindern oder beschränken. Es sei für die Beschwerdeführerin unbegreiflich, dass die Vergabestelle behaupte, Art. 7 ff. der VMSV stelle keine temporäre Signalisation dar. Die in Art. 9 Abs. 2 VMSV erwähnten Blinkleuchten hätten

den Mindestanforderungen der SN 640 886-1a-NA in Verbindung mit SN 640 886 zu entsprechen, wenn sie zur Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen verwendet würden. Würde für den militärischen Strassenverkehr eine Sonderregelung für die temporäre Signalisation bestehen, wären Verwender von Signalisations-Produkten, die sich an die Mindestanforderungen hielten, diskriminiert.

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

### **1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

**1.1** Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. 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 gilt auch für einen Zuschlag im freihändigen Verfahren, soweit geltend gemacht wird, der in Frage stehende Auftrag hätte nicht freihändig vergeben werden dürfen (vgl. BGE 137 II 313 E. 2.3, mit Hinweisen).

**1.2** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

**1.3** Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

**1.4** Gegenstand des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags ist die Lieferung von 3'840 Sets der "Warnblitzleuchte Eflare LED". Bei der Beschaffung von zivilem Material für Verteidigung und Zivilschutz ist zu

prüfen, ob das zu liefernde Gut in der Positivliste des Anhangs I Annex I GPA enthalten ist (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 220, mit Hinweisen). Diese Liste führt unter Ziffer 85 die Beschaffung von Elektrogeräten auf ("appareils électriques"), worunter die in Frage stehenden Warnblitzleuchten offensichtlich fallen. Laut Publikation vom 20. Februar 2015 wurde der Zuschlag zum Preis von CHF 1'261'000.– (exkl. MWSt.) erteilt. Somit ist auch der für Lieferungen geltende Schwellenwert von CHF 230'000.– zweifelsfrei überschritten (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). Der vorliegend angefochtene Zuschlag fällt daher in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

**1.5** Die Vergabestelle beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da die Beschwerdeführerin zur Beschwerde nicht legitimiert sei. Zwar werde nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin schon einzelne Warnblitzleuchten vom Typ Eflare vertrieben habe. Sie müsse diese aber, sofern der Vertrieb rechtskonform erfolgt sei, bei der Zuschlagsempfängerin bezogen haben, da in der Schweiz die Vertriebsrechte für die Warnblitzleuchten Eflare LED exklusiv bei der Zuschlagsempfängerin lägen. Aufgrund dieser Exklusivrechte der Zuschlagsempfängerin sowie der grossen Liefermenge und des teilweise spezifischen Zubehörs sei die Beschwerdeführerin rechtlich und faktisch gar nicht in der Lage, als potentielle Anbieterin des Beschaffungsgegenstandes aufzutreten. Da die Beschwerdeführerin den in Frage stehenden Auftrag gar nie hätte erfüllen können, könne sie durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid auch nicht beschwert sein.

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, es treffe nicht zu, dass sie das Produkt Eflare LED rechtskonform nur bei der Zuschlagsempfängerin hätte beziehen dürfen. Sie beziehe vielmehr alle grösseren Mengen an Eflare LED-Produkten beim offiziellen Exklusiv-Distributor der Herstellerin für Polen, Y.\_\_\_\_\_ Ltd. Der passive Verkauf eines nicht ortsansässigen Distributors an sie erfolge rechtskonform. Y.\_\_\_\_\_ Ltd habe der Beschwerdeführerin ein Angebot für 15'360 Stück Eflare LED AT700 ATEX gelb 8 unterbreitet, wobei die Beschwerdeführerin noch keine genauen Angaben zur gewünschten Spezifikation und des Zubehörs gehabt habe. Erst mit Erhalt der Vernehmlassungsbeilage – dem technischen Datenblatt – habe die Beschwerdeführerin sämtliche Informationen über den Beschaffungsauftrag erhalten und erfahren, dass die Vergabestelle die Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 der 700 Series Beacon mit Blitz-/Blinklichtfunktion als

Set beschaffen wolle. Als die Beschwerdeführerin im März 2015 mit Y. \_\_\_\_\_ Ltd eine mögliche Angebotsänderung in Bezug auf die Funktion "nur Blitzlicht" und die definitiven Bestandteile des Sets besprochen habe, habe Y. \_\_\_\_\_ Ltd ihr mitgeteilt, dass ihr die Herstellerin in Aussicht gestellt habe, dass sie ihr angesichts des aktuellen Vergabeverfahrens in der Schweiz keine derartigen Produkte liefern werde, so dass sie diese der Beschwerdeführerin nicht anbieten könne. In diesem Verhalten der Herstellerin könnte ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 4 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) vorliegen. Die Beschwerdeführerin sei aber in der Lage, Produkte der Q. \_\_\_\_\_ Pty Ltd inkl. Originalzubehör anzubieten, die funktional und wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellten. Sie sei in der Lage, bei einer öffentlichen Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren 3'840 Warnblitzleuchten Sets Eflare LED AT710 gelb 8 ATEX oder AT700 gelb 8 ATEX, bezogen bei der durch die australische Herstellerin zugewiesenen Distributorin für Polen, anzubieten. Sie könne auch eine konkrete Lösung anbieten, die funktional und wirtschaftlich eine bessere Alternative darstelle und überdies den Vorgaben der SN 640 844-1a-NA entspreche.

**1.5.1** Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1296). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**1.5.2** Es liegt in der Natur der freihändigen Vergabe, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass für Dritte gar keine Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren bestand, dass der Rechtsschutz gegen die Zuschlagserteilung nicht an die Verfahrensbeteiligung anknüpfen kann. Demnach kommt dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG keinerlei Bedeutung zu (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3; BVGE 2012/13 E. 3.1; Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.5; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor

dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, Rz. 2.63; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1319; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/LAURA MAZZARIELLO, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in: Jusletter 23. Mai 2011).

**1.5.3** Die formelle Beschwerde und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann.

Zur Beschwerde gegen den Zuschlag im offenen Verfahren ist legitimiert, wer mit einer Offerte an der Ausschreibung teilgenommen und damit ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt worden ist (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1, mit Hinweisen). Im freihändigen Verfahren besteht dagegen folgende Besonderheit: Wird zulässigerweise das freihändige Verfahren angewendet, wählt der Auftraggeber rechtmässig einen bestimmten Anbieter aus, ohne dass eine Ausschreibung durchgeführt werden müsste (vgl. Art. 16 BöB). Ein potentieller Konkurrent kann deshalb nicht verlangen, in ein (rechtmässiges) Freihandverfahren einbezogen zu werden. Mit der Beschwerde gegen die freihändige Auftragserteilung kann daher nur geltend gemacht werden, richtigerweise hätte für die in Frage stehende Beschaffung nicht das freihändige Verfahren durchgeführt werden dürfen. Auch dazu kann aber nicht jedermann legitimiert sein, sondern nur wer geltend macht, er hätte – wenn für die in Frage stehende Beschaffung ein anderes Verfahren durchgeführt worden wäre – eine Offerte für das zu beschaffende Produkt eingereicht. Berufet sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand nur ein Anbieter in Frage komme, und macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, dass nur ein Anbieter in Frage komme, so muss beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist. Würde die Legitimation bereits mit der Argumentation verneint, der Beschwerdeführer könne nicht die beschaffte Leistung erbringen, wäre zu keinem Zeitpunkt überprüfbar, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands rechtmässig erfolgt ist. Legitimiert zur Beschwerde ist in dieser Konstellation, wer ein Produkt anbietet, das bei rechtmässiger Ausschreibung Beschaffungsgegenstand sein

könnte. Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts legitimiert ist, Beschwerde zu erheben (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2 f.).

**1.5.4** Ob die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung wie auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, mit Hinweisen).

**1.5.5** Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage ist, die von der Vergabestelle gewünschten 3'840 Sets Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 zu offerieren. Sie hat selbst eine E-Mail ihres Lieferanten eingereicht, in der dieser mitteilt, dass er dieses Produkt nicht liefern könne, weil die Herstellerin den Parallelimport im Hinblick auf die vorliegende Beschaffung nicht zulassen wolle.

Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass das Verhalten der Herstellerin diesbezüglich wettbewerbsrechtlich unzulässig sei. Wie es sich damit verhält, ist indessen im vorliegenden Verfahren nicht zu beantworten. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren, in welchem die Herstellerin und Patentinhaberin des in Frage stehenden Produkts keine Parteistellung hat, vorfrageweise zum Schluss kommen würde, das Verhalten der Herstellerin verstosse gegen schweizerisches Wettbewerbsrecht, hätte dies nämlich nicht zur Folge, dass der Lieferant der Beschwerdeführerin das Produkt liefern könnte. Am unbestrittenen Umstand, dass die Beschwerdeführerin gar nicht in der Lage ist, die von der Vergabestelle gewünschten 3'840 Sets Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 zu offerieren, ändert diese Frage daher nichts.

**1.5.6** Die Beschwerdeführerin rügt allerdings weiter, die Vergabestelle habe den Beschaffungsgegenstand zu Unrecht als Eflare LED AT710

ATEX gelb 8 und damit so eng definiert, dass nur ein Anbieter in Frage komme. Diese Rüge ist, wie noch darzulegen ist, durchaus begründet.

**1.5.7** Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.5.8** Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.6** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

Die Beschwerdeführerin rügt, es sei fraglich, ob der Beschaffungsgegenstand in zulässiger Weise umschrieben worden sei. Die Vergabestelle habe nicht schlüssig darlegen können, warum ausschliesslich die Warnblitzleuchte Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 zu beschaffen sei. Ihre Erklärungen seien diesbezüglich widersprüchlich und nicht überzeugend.

In ihrer Vernehmlassung erklärte die Vergabestelle, die für ihre Bedürfnisse massgebende technische Besonderheit der Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 liege darin, dass aufgrund der patentgeschützten Anordnung mit einer LED als Lichtquelle und einer teilweise als Fresnel angeordneten Linse eine Leuchtkraft und Reichweite erzielt werde, die sonst nur mit grösseren Linsen und schwereren und grösseren Akkus erreicht werden könne. Dieser technologische Vorsprung ermögliche es, die gestellten Anforderungen betreffend Gewicht und Platzbedarf durch ein kompaktes, polyvalentes Produkt zu erfüllen. Andererseits sei sie aufgrund der Vorschriften in der Schweiz speziell so programmiert worden, dass sie nur mit Blitzlichtfunktion einsetzbar sei.

Die Beschwerdeführerin bestreitet dieses Argument. Die entsprechende Norm der VSS, SN 640 844-1a-NA, enthalte keine entsprechende Bestimmung. Vielmehr sehe diese Norm vor, dass Blitz- und Blinkleuchten, die für die temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen verwendet würden, eine lichtgebende Fläche von mindestens 250 cm<sup>2</sup> und eine Bezugslichtstärke von mindestens 250 cd aufzuweisen hätten. Die Warnblitzleuchte Eflare LED 710 ATEX gelb 8 verfüge aber nur über 70 cd und entspreche damit nicht den Mindestanforderungen.

Die Vergabestelle macht dagegen in ihrer Duplik geltend, dieses Argument verfange nicht, weil es nicht zutreffe, dass die zu beschaffenden Warnblitzleuchten für die Verwendung durch die Militärpolizei für die temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen gemäss SN 640 844-1a-NA bestimmt seien. Vielmehr sollten Warnblitzleuchten für die Truppen beschafft werden, und zwar für die fliegende Verkehrsregelung bei Truppenverschiebungen. Im Unterschied zur temporären Signalisation, bei welcher Warnleuchten ortsfest und personenunabhängig über mehrere Tage oder Wochen eingesetzt würden, verwende die Truppe die Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 nur für die Verkehrsregelung bei Truppenverschiebungen, d.h. bei einem personenbezogenen Einsatz von einigen Minuten bis höchstens wenigen Stunden. Der Einsatz werde häufig von Motorradfahrern geleistet, welche auf platzsparendes und polyvalentes Material angewiesen seien. Die Anforderungen der Norm SN 640 844-1a-NA könnten daher vorliegend nicht massgebend sein.

Die Beschwerdeführerin erachtet diese Ausführungen als widersprüchlich. Im Verfahrensentscheid vom 15. Dezember 2014 sei ausdrücklich ausgeführt worden, dass es sich um eine Folgebeschaffung für eine Ausrüstung handle, die bereits bei der Militärpolizei im Einsatz sei.

**2.1** Im Anwendungsbereich des BöB hat die Vergabestelle die nachgefragten Leistungen grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Eine freihändige Vergabe, das heisst direkt und ohne Ausschreibung, ist nur unter den in Art. 13 Abs. 1 VöB abschliessend aufgeführten Voraussetzungen zulässig (vgl. GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBI 1994 IV 1189; ROBERT WOLF, *Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihrer Grenzen*, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich 2010, S. 135). Die Begründung für diese Erlaubnis zur freihändigen Vergabe liegt unter anderem in der Anerkennung der Tatsache, dass die Kosten für das Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung unter besonderen Umständen höher sein können als der Vorteil, der durch die Wettbewerbssituation und Transparenz einer offenen Ausschreibung erreicht wird (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.1, mit Hinweisen; SUE ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, 2003, S. 182 und S. 281, CHRISTOPH MEYER, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, *AJP* 2005, S. 716 ff., insb. S. 717 f.). Der Konflikt zwischen den Zielsetzungen des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB) einerseits und der Stärkung des Wettbewerbs (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB) andererseits wird hier zugunsten der Wirtschaftlichkeit der

Vergabe entschieden. Die in Art. 13 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) abschliessend aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden einen *numerus clausus*, unabhängig davon, wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für eine freihändige Vergabe sein mögen (vgl. ARROWSMITH, a.a.O., S. 282; GÖTZ J. GÖTTSCHE, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf/Oeter [Hrsg.], WTO-Recht, 2. Auflage, 2010, S. 513 ff., insb. S. 527). Da es sich um Ausnahmen handelt (vgl. Art. 13 Abs. 1 BöB i. V. m. Art. 13 VöB), sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.6.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.2; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.41 E. 4b; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 291; im gleichen Sinne PETER RECHSTEINER, Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 36 ff., insb. S. 39; dazu kritisch ROBERT WOLF, a.a.O., S. 135, mit Hinweisen, und HANS RUDOLF TRÜEB, Beschaffungsrecht, in: Biagini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 1019 ff., insb. S. 1042).

Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB kann die Vergabestelle den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Dieser Ausnahmetatbestand beruht seinerseits auf Art. XV Ziff. 1 Bst. b GPA, und diese Voraussetzungen müssen, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt, kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.5.2; Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 5.1; Entscheid der BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 4b, mit Hinweisen). Die zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen müssen tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und zusätzlich darf keine angemessene Alternative oder Ersatzware zur Verfügung stehen (vgl. RECHSTEINER, a.a.O., S. 40).

**2.2** Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzun-

gen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f., mit Hinweisen) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (vgl. Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3, mit Hinweis auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (vgl. Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 VöB und zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (vgl. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3; Zwischenentscheide des BVGer B-4743/2015 vom 16. September 2015 E. 5.1, B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1, mit Hinweisen und B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1, mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2, mit Hinweisen).

**2.3** Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich auch nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabestelle (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 301; a.M. möglicherweise BGE 137 II 313 E. 3.5.2). Insbesondere muss sie darlegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind.

**2.4** Vorliegend stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, sie habe sich zu Recht auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB berufen. Sowohl aus Gründen der technischen Besonderheit als auch aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums komme nur die Zuschlagsempfängerin in Frage; auch gebe es keine angemessene Alternative. Die technische Besonderheit der Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 liege nicht nur bei der speziell konfigurierten Blinklichtfunktion, sondern auch in der Anwendung der patentgeschützten Technologie, die erst die von der Vergabestelle geforderten Vorteile bezüglich Gewicht, Platzbedarf und polyvalentem Einsatz ermögliche. Der freihändigen Vergabe vom 11. Februar 2015 sei eine längere Suche nach einem einsatztauglichen Produkt vorangegangen, das auch die für den vorgesehenen Einsatz notwendige Zertifizierung bezüglich Gesundheit und Sicherheit aufweise. Als Ergebnis dieser Evaluation habe die Vergabestelle im Jahr 2012 zuerst 115 Sets Eflare LED AT710 ATEX gelb 8 im freihändigen Verfahren beschafft. Diese Warnblitzleuchten hätten sich im Einsatz der Militärpolizei bewährt, weshalb bei der Beschaffung für die Modifikationen und Ergänzung der Verkehrsregelungsausrüstungen von weiteren Armeeeinheiten die Lieferung von weiteren 3'840 Sets in Auftrag gegeben worden sei.

**2.5** Die Vergabestelle schreibt von "vorgängigen Evaluationen und Erfahrungen", welche zur "Festlegung des Beschaffungsgegenstandes" geführt hätten. Der freihändigen Vergabe sei eine "längere Suche nach einem einsatztauglichen Produkt vorausgegangen", das auch die für den vorgesehenen Einsatz notwendige Zertifizierung aufweise. Als Ergebnis dieser Evaluation habe die Vergabestelle im September 2012 115 Sets Eflare freihändig beschafft. Diese hätten sich im Einsatz der Militärpolizei bewährt. Bei der Beschaffung für die Modifikation und Ergänzung der Verkehrsregelungsausrüstungen von weiteren Armee-Einheiten seien dann aufgrund dieser sehr positiven Erfahrungen die hier in Frage stehenden 3'840 Sets der gleichen Warnleuchte in Auftrag gegeben worden.

Aus den Ausführungen der Vergabestelle und den von ihr eingereichten Belegen ergibt sich nicht, dass sie sich überhaupt mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt seien oder nicht. Ob bzw. gegebenenfalls in welcher Weise sie vorgängig technische Anforderungen, beispielsweise bezüglich Gewicht, Platzbedarf und Einsatzmöglichkeiten, definiert hat, ist nicht dargetan. Es kann daher auch nicht überprüft werden, ob dies in vergaberechtskonformer Art und Weise geschah oder ob die Vergabestelle allenfalls in unzulässiger Weise bereits vollständig auf ein einzelnes Produkt fixiert war.

Wie dargelegt (vgl. E. 2.3), liegt die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind, bei der Vergabestelle. Es wäre an ihr gewesen darzulegen, dass sie sich vor der Einleitung der freihändigen Vergabe detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt und gestützt darauf den Markt analysiert hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind. Diesen Nachweis hat die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht erbracht.

**2.6** Unter diesen Umständen erweist sich die freihändige Vergabe im vorliegenden Fall als unzulässig, weshalb die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben ist. Die Sache ist an die Vergabestelle zurückzuweisen, damit sie in der dargelegten Weise prüfe, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind oder ob die Beschaffung nicht vielmehr im offenen oder selektiven Verfahren zu erfolgen hat.

### **3.**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin praxis-gemäss als überwiegend obsiegend, auch in Bezug auf den Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vergabestellen können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **4.**

Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE).

Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin zwar geltend, dass sie durch einen Rechtsanwalt vertreten werde, hat aber keine Kostennote eingereicht. Wie aus dem Handelsregister hervorgeht, handelt es sich bei diesem Rechtsanwalt allerdings um ein einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin. Anzeichen dafür, dass es sich bei ihm um einen gewerbsmässigen Rechtsvertreter handelt, sind nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist keine Entschädigung für Anwaltskosten zuzusprechen, wenn sich eine Partei

durch ein Organ vertreten lässt (vgl. Urteil des BGer 1C\_198/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 6).

Der Beschwerdeführerin ist dementsprechend keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Sache wird an die Vergabestelle zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen prüfe, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind oder nicht, bevor sie erneut darüber entscheidet, ob der Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren oder aber freihändig zu vergeben ist.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 3'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 123069;  
Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise; A-Post)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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: 13. Oktober 2015