



Urteil vom 20. März 2014

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler.

Parteien

Hewlett-Packard (Schweiz) GmbH,
Überlandstrasse 1, 8600 Dübendorf,
vertreten durch Rechtsanwälte lic. iur. Daniel Petazzi und
lic. iur. Simon Oeschger, Suffert Neuenschwander & Partner,
Rotfluhstrasse 91, Postfach 525, 8702 Zollikon,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst, Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
vertreten durch Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb,
Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

und

X. _____,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Beat Badertscher
und/oder Dr. iur. Mischa Morgenbesser,
Badertscher Rechtsanwälte AG,
Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – (1338) 620 Neuaus-
schreibung Business-Computermonitore (Projekt-ID 94689)
– SIMAP-Meldungsnummer 777499.

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) schrieb auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) am 11. Februar 2013 unter dem Projekttitel "(1338) 620 Neuausschreibung Business-Computermonitore" einen Lieferauftrag für den Kauf von Business-Computermonitoren im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 763651, Projekt-ID 94689). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung handelt es sich um die Neuausschreibung der abgebrochenen Ausschreibung 1174 (Projekt-ID 79218). Beschaffungsobjekt ist die Lieferung von total ca. 40'000 Flachbildschirmen verschiedener Dimensionen, inklusive Transport und weiteren Dienstleistungen, für den Beschaffungszeitraum vom 1. Juni 2013 bis 31. Mai 2018. Mit der Neuausschreibung wolle die Vergabestelle aufgrund der 2-Produktstrategie des Informatikrats des Bundes (IRB) zwei Herstellerprodukte evaluieren. In Ziffer 2.5 wird weiter festgehalten, dass "die zwei Anbieter einen Zuschlag erhalten, welche die beiden wirtschaftlich günstigsten Angebote unterbreiten", wobei es sich um zwei verschiedene Herstellerprodukte handeln müsse. Jeder Anbieter dürfe nur Produkte eines Herstellers anbieten. Auch erfolge die vorliegende Ausschreibung ohne Mindestabnahmemenge (Grundauftrag), sondern enthalte ausschliesslich Optionen. Die Leistungserbringer des Bundes können nach dem Konzept der Vergabestelle gemäss Bedarf der Ämter zwischen den beiden Zuschlagsempfängerinnen frei wählen, welches Produkt eingesetzt wird.

B.

B.a Für die Einreichung von Fragen, welche sich bei der Erstellung der Angebote ergeben, wurde den Anbietern gemäss Ziffer 1.3 der Ausschreibung Frist bis zum 26. Februar 2013 angesetzt. In diesem Rahmen hatte die Vergabestelle unter anderem Fragen zur gewünschten Länge der Bildschirmdiagonale zu beantworten. Am 28. Februar 2013 wurden sodann im Frage/Antwort-Katalog die anonymisierten Fragen der Anbieter und die Antworten der Vergabestelle bekannt gegeben.

B.b Innert Frist für die Einreichung der Angebote (25. März 2013) gingen 9 Offerten ein, darunter sowohl eine der X.____, als auch eine der Y.____. Die Hewlett-Packard (Schweiz) GmbH, 8600 Dübendorf, reichte zwei Angebote ein.

B.c Im Rahmen der Evaluation stellte die Vergabestelle gemäss dem Evaluationsbericht fest, dass Hewlett-Packard (Schweiz) GmbH mit ihrem Angebot 1 die technische Spezifikation TS 9 betreffend die Diagonale der Panelanzeige nicht eingehalten hatte, weshalb dieses Angebot "vom weiteren Verfahren ausgeschlossen" wurde. Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass die Vergabestelle – wie im Pflichtenheft in Kapitel 7, Ziffer 7.2, Punkt 8 sowie in Kapitel 8 angekündigt – Testgeräte bestellte und mit Blick auf das Zuschlagskriterium 4 "Testanforderungen" bewertete. Auf den Zusammenhang zwischen der Feststellung der Nichterfüllung der technischen Spezifikationen und dem Gerätetest ist im Rahmen der Erwägungen näher einzugehen. Ausserdem gelangte die Vergabestelle nach einer Nachbereinigung der Angebote zum Schluss, dass kein Anbieter das Eignungskriterium EK 8 "Referenzen" erfüllte, ohne aber das Verfahren abzubrechen.

C.

Am 29. Mai 2013 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP mit der Meldungsnummer 777499 den Zuschlag im Beschaffungsverfahren "(1338) 620 Neuausschreibung Business-Computermonitore" an die X._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin 1 bzw. Beschwerdegegnerin) und die Y._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin 2).

D.

D.a Gegen den Zuschlag und beschränkt auf ihr Angebot 1 erhob die Hewlett-Packard (Schweiz) GmbH, 8600 Dübendorf (im Folgenden: Beschwerdeführerin), mit Eingabe vom 18. Juni 2013 (Posteingang: 21. Juni 2013) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In der Hauptsache beantragt sie, es sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag an sie anstelle der Zuschlagsempfängerin 1 zu erteilen, eventualiter sei der Zuschlag an sie anstelle der Zuschlagsempfängerin 2 zu erteilen. Lediglich subeventualiter wird beantragt, die Vergabestelle sei anzuweisen, die Leistungen aufgrund einer erneuten und korrekten Bewertung und Vergleich der Angebote unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin zu vergeben bzw. das Vergabeverfahren sei neu durchzuführen. In prozessualer Hinsicht verlangte die Beschwerdeführerin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, die Einräumung der Möglichkeit zur Beschwerdeergänzung und die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Zur Begründung ihrer Begehren in der Hauptsache bringt sie insbesondere vor, dass ihr im Rahmen des Debriefings vom 5. Juni 2013 die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile der berücksichtigten Angebote

vorenthalten worden seien. Weiter sei die Beschwerdeführerin die einzige Anbieterin, welche die genügende Anzahl Referenzen "als erforderliches Eignungskriterium erbrachte", weshalb die anderen Anbieter hätten ausgeschlossen werden müssen. Zudem sei der Sachverhalt unrichtig festgestellt worden, weil die im Angebot 1 der Beschwerdeführerin beschriebenen Computermonitore die Grössenmasse entgegen der Annahme der Vergabestelle erfüllten. Schliesslich sei zu Ungunsten der Beschwerdeführerin der ECO Power Sensor im Rahmen der Zuschlagskriterien wettbewerbshindernd viel zu stark bewertet worden.

D.b Mit superprovisorischer Anordnung vom 21. Juni 2013 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen. Weiter wurde der Vergabestelle die Beschwerde samt Beilagen zugestellt und sie wurde aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 5. Juli 2013 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und innerhalb derselben Frist zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Schliesslich wurde den Zuschlagsempfängerinnen die Beschwerdeschrift (ohne Beilagen) ebenfalls zur freigestellten Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen innert gleicher Frist zugestellt.

D.c Mit Eingabe vom 24. Juni 2013 verlangte die anwaltlich vertretene Zuschlagsempfängerin 1 mit Blick auf eine allfällige Teilnahme am Verfahren die Zustellung der Beschwerdebeilagen. Diesem Begehren wurde nach diesbezüglicher Stellungnahme der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 26. Juni 2013 teilweise entsprochen. Dementsprechend verfügte das Bundesverwaltungsgericht die Zustellung der Beschwerdebeilagen 1-5, 7-10 sowie 15-18 an die Zuschlagsempfängerin 1.

D.d Die Vergabestelle teilte am 5. Juli 2013 mit, dass sie "zurzeit" auf eine Stellungnahme zu den Anträgen der Beschwerdeführerin betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung und vorläufiger Unterlassung von Vollzugsvorkehrungen verzichte. In Bezug auf die gleichentags eingereichten Akten (Voraktenordner 1.1 und 1.2) wurde das Bundesverwaltungsgericht ersucht, der Beschwerdeführerin nur insoweit Einsicht zu gewähren, als der Einsichtnahme keine Amts-, Berufs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter entgegenstünden. In der Hauptsache ersuchte die Vergabestelle um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort.

D.e Die Zuschlagsempfängerin 1 verzichtete in ihrer Eingabe vom 5. Juli 2013 auf eine Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung, ersuchte das Bundesverwaltungsgericht aber ebenfalls um Ansetzung einer Frist zur Erstattung einer Beschwerdeantwort im Hauptverfahren.

D.f Mit Verfügung vom 8. Juli 2013 wurde der Vergabestelle eine Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort bis zum 19. Juli 2013 angesetzt; die Zuschlagsempfängerin erhielt Gelegenheit, innert derselben Frist im Hauptverfahren ebenfalls Stellung zu nehmen.

D.g Mit Zwischenverfügung vom 9. Juli 2013 entsprach der Instruktionsrichter dem Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Vergabestelle habe sich diesem Antrag mit Eingabe vom 5. Juli 2013 im Ergebnis unterzogen.

E.

In Bezug auf die Akteneinsicht verfügte das Bundesverwaltungsgericht am 10. Juli 2013 die Zustellung der geschwärzten Aktenverzeichnisse sowie derjenigen Aktenstücke, welche gemäss den Anträgen der Vergabestelle nicht von der Akteneinsicht auszunehmen sind, an die Beschwerdeführerin. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 12. Juli 2013 in Bezug auf die in den Registern 3, 4, 5 und 7 verurkundeten Dokumente zu den Abdeckungsvorschlägen des Bundesverwaltungsgerichts Stellung zu nehmen bzw. entsprechend abgedeckte Dokumente einzureichen.

F.

F.a Mit Eingabe vom 12. Juli 2013 erstattete die Vergabestelle (vorab per Fax) ihre Beschwerdeantwort. Darin stellte sie unter anderem den Antrag, es sei ihr zum Ersatz defekter Geräte und der Ausrüstung neuer Arbeitsplätze superprovisorisch zu erlauben, 600 Monitore bis Ende August 2013 zu beschaffen. Provisorisch sei ihr ausserdem zu gestatten, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids, längstens jedoch bis Ende 2013, 2'400 Monitore zu beschaffen. Ausserdem wurden gleichentags (Posteingang: 15. Juli 2013) die mit Verfügung vom 10. Juli 2013 verlangten Abdeckungsvorschläge eingereicht. Ihre Begehren in der Hauptsache begründet die Vergabestelle namentlich dahingehend, dass die Beschwerdeführerin einen Monitor mit einer Bildschirmdiagonale von 23" eingereicht habe, was ausserhalb des Toleranzbereichs der in Frage stehenden technischen Spezifikation liege. Zum EK 8 macht die Vergabestelle

geltend, dieses sei nicht gestrichen worden, sondern es sei lediglich die Art und Weise des Nachweises modifiziert worden. Die nach der Darstellung der Beschwerdeführerin wettbewerbsverzerrende Gewichtung der ECO Power Sensoren sei einerseits während des Vergabeverfahrens nicht beanstandet worden. Andererseits hätten mit den beanstandeten Subkriterien, namentlich betreffend ECO Power Sensoren, knapp 5 Prozent und nicht etwa 12 Prozent der Punkte erreicht werden können, wie die Beschwerdeführerin behauptete, womit von einer zu starken Gewichtung keine Rede sein könne.

F.b Der superprovisorische Antrag der Vergabestelle betreffend die sofortige Erlaubnis zur Beschaffung von 600 Monitoren wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 15. Juli 2013 abgewiesen. Stattdessen setzte dieses der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Gewährleistung der Arbeitsplatzinfrastruktur der Verwaltung Frist bis zum 16. Juli 2013 zur freigestellten Stellungnahme bezüglich der Beschaffung von 600 Monitoren bis Ende August 2013. Weiter wurde der Beschwerdeführerin auch Frist gesetzt bis zum 23. Juli 2013 zur freigestellten Stellungnahme zum Begehren der Vergabestelle, es sei ihr bis Ende 2013 der Bezug von 2'400 Monitoren zu gestatten.

F.c In ihrer fristgerecht am 16. Juli 2013 (vorab per Fax) eingereichten Stellungnahme lehnte die Beschwerdeführerin die Erlaubnis zur Beschaffung von 600 Monitoren bis Ende August 2013 ab. Eventualiter beantragte sie, der Vergabestelle sei es zu erlauben, die nach erfolgtem Bedürfnisnachweis bis Ende August 2013 tatsächlich erforderliche Anzahl Monitore bei der Beschwerdeführerin zu beziehen. Mit Verfügung vom selben Tag wurden der Beschwerdeführerin die Akten entsprechend der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. Juli 2013 zugestellt.

G.

Nachdem der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 17. Juli 2013 die Frage aufgeworfen hatte, ob Gegenstand einer vorsorglichen Anordnung nicht auch die Erlaubnis zum Bezug von Monitoren bei der Zuschlagsempfängerin 2 sein könnte, äusserte sich die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2013 dahingehend, dass sie als Lieferantin die Zuschlagsempfängerin 1 bevorzuge, jedoch eine Lieferung durch die Beschwerdeführerin oder die Zuschlagsempfängerin 2 auch möglich sei.

H.

Die Zuschlagsempfängerin 1 nahm, obwohl ihr keine entsprechende Frist angesetzt worden war, mit Eingabe vom 18. Juli 2013 ebenfalls Stellung zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. Juli 2013. Sie vertrat die Auffassung, dass entgegen der Erwägung des Instruktionsrichters die einzige korrekte Lösung nur darin bestehen könne, dass der Bezug der 600 bzw. 2'400 Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 1 erfolge.

I.

Gleichentags reichte die Zuschlagsempfängerin 1 ausserdem fristgerecht ihre Beschwerdeantwort ein. Damit konstituierte sie sich – jedenfalls im Hauptverfahren – als Beschwerdegegnerin. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde; eventualiter sei der Beschwerdeführerin anstelle der Zuschlagsempfängerin 2 der Zuschlag zu erteilen. Wie die Vergabestelle geht sie davon aus, dass der mit dem Angebot 1 offerierte Bildschirm den technischen Spezifikationen nicht entspricht. Ausserdem habe die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium EK 8 auch erfüllt, was aber nur relevant wäre für den Fall, dass die Streichung des EK 8 wider Erwarten nicht zulässig gewesen sein sollte.

J.

Mit einzelrichterlicher Zwischenverfügung vom 18. Juli 2013 erlaubte das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle, bis Ende August 2013 bis zu 450 Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beschaffen. Die vorgenommene Bedarfsermittlung habe ergeben, dass von den beantragten 600 Monitore 150 als "Puffer" in die Berechnung eingesetzt wurden, weshalb die Erlaubnis auf 450 Monitore beschränkt werde. Zur Begründung, weshalb die Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beziehen seien, führte der Instruktionsrichter an, dass aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin primär die Erteilung des Zuschlags an die Zuschlagsempfängerin 1 angreife, geprüft werden müsse, ob die strittige Teillieferung nicht an einen Dritten vergeben werden könne, was vorliegend angesichts der Tatsache, dass im zu beurteilenden Vergabeverfahren zwei Zuschläge erteilt worden sind, ohne Weiteres möglich sei.

K.

Die Beschwerdeführerin lehnte die Erlaubnis zur Beschaffung von 2'400 Monitoren bis Ende 2013 mit Eingabe vom 23. Juli 2013 mangels Dringlichkeit ab. Eventualiter beantragte sie, dass es der Vergabestelle zu erlauben sei, die nach erfolgtem Bedürfnisnachweis tatsächlich erforderli-

che Anzahl Monitore bis Ende 2013 bei der Beschwerdeführerin und sub-
eventualiter bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beziehen.

L.

Die Vergabestelle, welcher mit Verfügung vom 24. Juli 2013 Frist zur Stellungnahme angesetzt worden war bezüglich der Frage, wann und bei wem sie die Bedarfszahlen bis Ende 2013 ermittelt habe, äusserte sich dazu am 30. Juli 2013 fristgerecht. Sie hielt in diesem Zusammenhang namentlich fest, dass interne Abklärungen zur Bedarfsermittlung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens kurz nach Beschwerdeeingang vorgenommen worden seien. Gegenstand dieser Abklärungen seien dabei sämtliche von der Beschwerde betroffenen Beschaffungen gewesen.

M.

Mit Verfügung vom 8. August 2013 wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Prozessrolle der Zuschlagsempfängerin 1 in Bezug auf den zu treffenden Zwischenentscheid angesichts der einzelrichterlichen Verfügung vom 18. Juli 2013 unklar sei. Hierauf beantragte die Zuschlagsempfängerin 1 die Ansetzung einer Frist und reichte innert derselben am 13. August 2013 eine Stellungnahme zu ihrer Prozessrolle ein.

N.

Mit einzelrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. August 2013 erlaubte das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle, spätestens bis Ende Dezember 2013 bis zu 1'750 Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beschaffen. Die vorgenommene Bedarfsermittlung habe ergeben, dass von den beantragten 2'400 Monitore 1'000 als "Puffer" in die Rechnung eingesetzt wurden sowie mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2013 der Vergabestelle bereits der Bezug von 450 Monitore erlaubt worden sei, weshalb die Erlaubnis auf 1'750 Monitore beschränkt werde. Wie mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2013 wurde der Bezug bei der Zuschlagsempfängerin 2 vorgesehen. Die Verfahrensrolle der Zuschlagsempfängerin 1 in Bezug auf diese Zwischenverfügung wurde vom Bundesverwaltungsgericht offen gelassen.

O.

Mit Eingabe vom 21. August 2013 reichte die Vergabestelle die Voraktenordner 1.3 und 1.4 zuhanden des Gerichts sowie in einer zuhanden der Beschwerdeführerin teilweise abgedeckten Form ein. Die Abdeckungen betrafen insbesondere die Korrespondenz mit anderen Anbietern, deren Referenzkunden und weitere Dokumente, die nach den Angaben der

Vergabestelle Geschäftsgeheimnisse enthalten. Nach Zustellung dieser Akten mit Verfügung vom 23. August 2013 verzichtete die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 27. August 2013 auf weitere Anträge zur Akteneinsicht im Hauptverfahren.

P.

In ihrer Replik vom 17. September 2013 wiederholte die Beschwerdeführerin die in ihrer Beschwerdeschrift vom 18. Juni 2013 formulierten materiellen Anträge. Zur Erfüllung der technischen Spezifikationen führt sie namentlich aus, da es sich um Mindestvorgaben gehandelt habe, sei ihr nur marginal über diesen Mindestnormen liegender Bildschirm mit den Vorgaben der Vergabestelle konform. Durch die Streichung des Eignungskriteriums EK 8, welches die Beschwerdeführerin erfüllt habe, sei eine unrechtmässige Benachteiligung der Beschwerdeführerin entstanden. Ausserdem hätten kleine neu im Markt stehende Anbieter wegen des seitens der Vergabestelle gewählten Vorgehens die Gelegenheit nicht wahrnehmen können, ein Angebot einzureichen.

Q.

Zwischenzeitlich fanden aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen statt, welche jedoch kurz vor Ablauf der mit Verfügung vom 8. Oktober 2013 erstmals erstreckten Frist zur Einreichung der Duplik scheiterten (vgl. Fristerstreckungsgesuch der Zuschlagsempfängerin 1 vom 25. Oktober 2013, S. 3 und Fristerstreckungsgesuch der Vergabestelle vom 28. Oktober 2013, S. 2). In der Folge ersuchten sowohl die Zuschlagsempfängerin 1 als auch die Vergabestelle um eine zweite Fristerweiterung zur Einreichung der Duplik bis zum 8. November 2013, wobei sie hierzu eine Einverständniserklärung der Beschwerdeführerin einreichten. Mit Verfügung vom 28. Oktober 2013 wurde beiden Gesuchen letztmals entsprochen.

R.

Die Beschwerdegegnerin hielt mit Duplik vom 8. November 2013 an ihren mit Eingabe vom 5. Juli 2013 gestellten Anträgen sowie deren Begründung gemäss Beschwerdeantwort vom 18. Juli 2013 fest und nahm zur Replik vom 17. September 2013 Stellung. Sie bestreitet namentlich, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot 1 die technischen Spezifikationen eingehalten hat. Zum Eignungskriterium EK 8 führt sie insbesondere aus, dass die Beschwerdeführerin nicht legitimiert sei, dessen Streichung zu rügen mit der Begründung, dadurch hätten sich kleinere und neu im Markt stehende Anbieter nicht an der Ausschreibung beteiligen

können; der Beschwerdeführerin sei durch die Streichung des EK 8 kein Nachteil erwachsen.

S.

Die Vergabestelle beantragte mit Duplik vom 8. November 2013 (vorab per Fax, Posteingang: 12. November 2013) unter anderem, es sei ihr zum Ersatz defekter Geräte und der Ausrüstung neuer Arbeitsplätze provisorisch zu gestatten, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids, längstens jedoch bis Ende März 2014 4'000 Monitore zu beschaffen und zwar gemäss den mit einzelrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. August 2013 festgelegten Konditionen. Sie hält in der Hauptsache an ihrem Begehren auf Abweisung der Beschwerde fest und führt insbesondere aus, auf die Rüge betreffend die Gewichtung der ECO Power Sensoren im Rahmen der Festlegung der Subkriterien zu den Zuschlagskriterien 1 und 4 sei mangels Rechtsschutzinteresse ohnehin nicht einzugehen, nachdem die Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung der technischen Spezifikationen ausgeschlossen werden müsse.

T.

Innert erstreckter Frist nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. November 2013 (vorab per Fax) Stellung zu den von der Vergabestelle in ihrer Duplik vom 8. November 2013 gestellten vorsorglichen Anträgen. Sie beantragte deren kostenfällige Abweisung und lehnte die Erlaubnis zur Beschaffung von 4'000 Monitoren bis Ende März 2014 mangels Notwendigkeit und Dringlichkeit ab. Eventualiter beantragte sie, dass es der Vergabestelle zu erlauben sei, bis Ende Januar 2014 maximal 350 Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beziehen.

U.

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2013 schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel im Hauptverfahren ab und stellte den Verfahrensbeteiligten die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 29. November 2013 zur Kenntnis zu.

V.

Mit einzelrichterlicher Zwischenverfügung vom 5. Dezember 2013 erlaubte das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle, spätestens bis Ende März 2014 bis zu 2'750 Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beschaffen. Die vorgenommene Bedarfsermittlung habe ergeben, dass von den beantragten 4'000 Monitoren 2'500 für die Eidgenössische Zollverwaltung zum Ersatz der noch im Einsatz stehenden 19" Monitore auf-

grund des Life-Cycle-Programms benötigt würden. Um den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht zu präjudizieren wurde der Bedarf auf 1'250 Monitore reduziert. Der veranschlagte Bedarf für die weiteren Stellen der Bundesverwaltung (total 1'500 Monitore) wurde demgegenüber nicht beanstandet. Auch hier wurde der Bezug bei der Zuschlagsempfängerin 2 vorgesehen und die Prozessrolle der Zuschlagsempfängerin 1 in Bezug auf die in Frage stehende vorsorgliche Anordnung offen gelassen.

W.

Am 21. Februar 2014 reichten die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin ihre Honorarnote ein.

X.

Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 mit weiteren Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

1.2 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag bei Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht 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 dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.3 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) unter-

stellt sind (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4, E. 1b mit Hinweisen). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), 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.

1.4 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und daher nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB diesem Gesetz unterstellt. Der ausgeschriebene Lieferauftrag umfasst in erster Linie den Kauf bzw. die Lieferung von total ca. 40'000 Stück Flachbildschirmen verschiedener Dimensionen, wobei in diesem Zusammenhang auch auf den Transport und weitere Dienstleistungen hingewiesen wird (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.5). Die Beschaffung fällt demnach gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB. Aufgrund des Preises der berücksichtigten Angebote von Fr. 5'952'032.– (Zuschlagsempfängerin 1) bzw. Fr. 6'789'288.– (Zuschlagsempfängerin 2) ist der Schwellenwert für Lieferaufträge von Fr. 230'000.– (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB bzw. Art. 1 Bst. a der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 [AS 2011 5581]) erreicht. Zudem liegt kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vor. Die in Frage stehende Vergabe ist demnach in Anwendung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen erfolgt.

1.5 Als nichtberücksichtigte Anbieterin ist die Beschwerdeführerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. BVGE 2007/13 E. 1.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 1.4). Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie ihrer Auffassung nach reelle Chancen hat, bei Gutheissung der Beschwerde den Zuschlag zu erhalten (Beschwerde, S. 4). Indessen ist die Legitimation nach der Rechtsprechung zum Beschaffungsrecht des Bundes grundsätzlich unabhängig von den konkreten Chancen auf den Zuschlag gegeben (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1302 mit Hinweisen). Damit ist aber

die Beschwerdegegnerin nicht zu hören, soweit sie mit Beschwerdeantwort vom 18. Juli 2013 (S. 3) geltend macht, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Beschwerde legitimiert, weil das von ihr angebotene Gerät die technischen Spezifikationen nicht erfülle.

1.6 Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss ist fristgerecht bezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

1.7 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

1.8 Die Zuschlagsempfängerin hat sich jedenfalls für das Hauptverfahren gültig als Partei konstituiert. Die Frage, ob das auch für die Zwischenverfahren betreffend vorsorgliche Anordnungen gilt, ist – soweit überhaupt – nur im Rahmen der Verlegung der Kosten relevant (vgl. dazu E. 10 hiernach).

2.

Die Beschwerdeführerin bringt insbesondere vor, dass ihr im Rahmen des Debriefings vom 5. Juni 2013 die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile der berücksichtigten Angebote vorenthalten worden seien. Weiter sei die Beschwerdeführerin die einzige Anbieterin, welche die genügende Anzahl Referenzen "als erforderliches Eignungskriterium erbrachte", weshalb die anderen Anbieter hätten ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabestelle hätte das in Frage stehende Eignungskriterium EK 8 "Referenzen" nicht nachträglich streichen dürfen. Zudem sei der Sachverhalt unrichtig festgestellt worden, weil die im Angebot 1 der Beschwerdeführerin beschriebenen Computermonitore die Grössenmasse und damit die technische Spezifikation TS 9 entgegen der Annahme der Vergabestelle erfüllten. Schliesslich seien im Rahmen der Zuschlagskriterien zu Ungunsten der Beschwerdeführerin einzelne Subkriterien, namentlich mit Bezug auf den ECO Power Sensor, wettbewerbshindernd viel zu stark bewertet worden.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt zunächst in formeller Hinsicht die Begründung des angefochtenen Zuschlags. Ihr seien die wesentlichen

Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile der Gewinnerofferten anlässlich des Debriefing-Gesprächs vom 5. Juni 2013 nicht in befriedigender Weise mitgeteilt worden. Die genaue Punktevergabe sei insbesondere mit Einbezug des massiv tieferen Preises des Angebots der Beschwerdeführerin nie plausibel erklärt worden. Aufgrund der erhaltenen Informationen und der zum Teil widersprüchlichen Antworten der Vergabestelle geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass wichtige Grundsätze des Vergaberechts nicht eingehalten wurden, in erster Linie der Grundsatz des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot (Beschwerde, S. 13). Die Vergabestelle vertritt demgegenüber die Ansicht, dass die Fragen der Beschwerdeführerin ausführlich beantwortet worden sind (Beschwerdeantwort, S. 7).

3.2 Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 1705 f.).

Hinsichtlich der Begründung von Verfügungen nach Art. 29 BöB enthält Art. 23 BöB eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 VwVG (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3013/2012 vom 31. August 2012 E. 2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243 mit Hinweisen). Art. 23 Abs. 1 BöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung von Verfügungen nach Art. 29 BöB genügen. Die für die Publikation der Zuschlagsverfügungen notwendigen Angaben sind in Art. 28 VöB aufgezählt. Nach Art. 23 Abs. 2 BöB besteht jedoch die Möglichkeit, dass beim Zuschlag bestimmte Informationen den nicht berücksichtigten Anbieterinnen erst auf Gesuch hin (und damit erst nachträglich) bekanntgegeben werden (BVGE 2012/28 E. 3.6.1; GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 1194). Zu den Informationen gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB gehören namentlich die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (Art. 23 Abs. 2 lit. d BöB). In der Praxis sind zur Mitteilung der Angaben gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB auch sogenannte "Debriefings" üblich, welche möglichst bald nach dem Zuschlag mit den unterlegenen Anbietern durchgeführt werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1244 in fine mit Hinweisen). Von der Auskunftspflicht ausgenommen

sind jedoch gemäss Art. 23 Abs. 3 BöB insbesondere Informationen, welche berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigen oder den lautereren Wettbewerb zwischen ihnen verletzen.

3.3 Im vorliegenden Fall hat am 5. Juni 2013 ein Debriefing stattgefunden, welches nach der Darstellung der Vergabestelle ca. 90 Minuten gedauert hat (Beschwerdeantwort, S. 7). Die Beschwerdeführerin hält replikando an ihrer Rüge fest, wonach der effektive Grund für den abweisenden Entscheid entgegen der Darstellung der Vergabestelle weder klar noch nachvollziehbar ist. Bereits die Beschwerde enthält indessen klare Ausführungen dahingehend, dass die Vergabestelle im Gespräch nicht nur festgehalten habe, dass das in Frage stehende Gerät die technischen Spezifikationen nicht erfüllt habe. Vielmehr sei auch ausgeführt worden, dass das Gerät auch im Rahmen der durchgeführten Tests in Bezug auf die Zuschlagskriterien ZK 1.15 (ECO Power Sensor), ZK 4.06 (Anschlüsse), ZK 4.10 (ECO Power Sensor und automatische Helligkeitseinstellung) schlecht abgeschnitten habe (Beschwerde, S. 10 f.). Die diesbezüglichen Ausführungen werden seitens der Vergabestelle naheliegenderweise nicht bestritten. Der Beschwerdeführerin ist ausserdem das ihrerseits gerügte Vorgehen in Bezug auf das Eignungskriterium EK 8 (vgl. dazu E. 5 hiernach) bereits vor Erteilung des Zuschlags mitgeteilt worden (vgl. dazu insbesondere die Beschwerdebeilage 15). Soweit sie schliesslich geltend macht, der Ausschluss des Geräts wegen Nichteinhalten der technischen Spezifikationen stehe im Widerspruch zum Umstand, dass die Geräte offenbar getestet worden seien, beschlägt dieses Vorbringen nicht die Frage, ob formal der Begründungspflicht Genüge getan ist. Vielmehr zielt die Rüge, die Vergabestelle habe sich insoweit widersprüchlich verhalten, auf die Verletzung (materieller) vergaberechtlicher Vorschriften (vgl. dazu E. 7 f. hiernach). Einen Schluss auf die Verletzung der Begründungspflicht lässt diese Rüge demgegenüber gerade nicht zu. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Vergabestelle Art. 23 Abs. 2 BöB nicht verletzt hat. Angesichts der Aktenlage unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerdeschrift kann diesbezüglich auf die beantragte Einvernahme von Zeugen verzichtet werden (BGE 131 I 153 E. 3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-485/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 6.5). Damit kann offen bleiben, welche Schlüsse von der als vertraulich bezeichneten, der Beschwerdeführerin aber im vorliegenden Verfahren zugestellten Vorbereitungsunterlage für das Debriefing im Umfang von 13 Seiten zukommt (vgl. Voraktenordner 1.1, Register 7).

4.

4.1 Der Beschaffungsgegenstand umfasst die Lieferung von total ca. 40'000 Flachbildschirmen verschiedener Dimensionen, inklusive Transport und weiteren Dienstleistungen, für den Beschaffungszeitraum vom 1. Juni 2013 bis 31. Mai 2018. Gemäss der Neuausschreibung wollte die Vergabestelle aufgrund der 2-Produktstrategie des Informatikrats des Bundes (IRB) zwei Herstellerprodukte evaluieren (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). In Ziffer 2.5 wird weiter festgehalten, dass "die zwei Anbieter einen Zuschlag erhalten, welche die beiden wirtschaftlich günstigsten Angebote unterbreiten", wobei es sich um zwei verschiedene Herstellerprodukte handeln müsse. Jeder Anbieter dürfe nur Produkte eines Herstellers anbieten. Auch erfolge die vorliegende Ausschreibung ohne Mindestabnahmemenge (Grundauftrag), sondern enthalte ausschliesslich Optionen. Es werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Zuschlag allein nicht zur Lieferung von Computermonitoren berechtige. Die Leistungserbringer des Bundes können nach dem Konzept der Vergabestelle gemäss Bedarf der Ämter zwischen den beiden Zuschlagsempfängerinnen frei wählen, welches Produkt eingesetzt wird.

4.2 Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, dass die Ausschreibung – auch wenn dieser Begriff nicht verwendet wird – auf den Abschluss eines Rahmenvertrags zielt. Als Rahmenvertrag oder Rahmenvereinbarung werden Aufträge bezeichnet, die keine direkt umzusetzende Leistungspflicht enthalten, sondern lediglich die Konditionen (Preis und allenfalls Menge) für künftige Leistungsbezüge in einem bestimmten Leistungszeitraum vorbestimmen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 275 ff. mit Hinweisen). Rahmenverträge sind als vergaberechtpflichtige öffentliche Aufträge zu qualifizieren, sofern dies auch für die vorgesehenen Einzelaufträge bei Einzelvergabe der Fall wäre. Ein Rahmenvertrag lässt sich als zusammengefasste Mehrzahl von Einzelbestellungen bezeichnen (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2927) und ist nach den Regeln zu vergeben, die für einen derartigen Gesamtauftrag anwendbar wären. Erhalten mehrere Anbieter den Zuschlag, wird mit jedem Zuschlagsempfänger ein Rahmenvertrag abgeschlossen. Die im Unterschied zum EU-Vergaberecht im Beschaffungsrecht des Bundes gesetzlich nicht geregelten Rahmenverträge werden in der Lehre als zulässig angesehen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 275 ff. mit Hinweisen, und zum Desiderat einer gesetzlichen Regelung insbesondere STEFAN SCHERLER, Die Rahmenvereinbarungen, in: Baurecht 2004, S. 163 f., insb. S. 164). Weiter geht die Doktrin davon aus, dass es das Vergaberecht ohne Weiteres er-

laubt, dass der Auftraggeber einen Rahmenvertrag ohne jegliche zu seinen Lasten gehende Bezugspflicht vergibt (vgl. dazu namentlich BEYELER, a.a.O., Rz. 2927 mit Hinweisen). Da die diesbezüglich unzweideutige Ausschreibung unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist und die Beschwerdeführerin keine entsprechenden Rügen erhebt, ist auf die Zulässigkeit einer Rahmenvereinbarung ohne Mindestabnahmemenge nicht weiter einzugehen.

5.

5.1 Unter Punkt 3.8 der Ausschreibung mit dem Titel "Geforderte Nachweise" wird zunächst ausgeführt, dass die Eignungsnachweise vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebots bestätigt bzw. beigelegt und erfüllt werden, ansonsten werde nicht auf die Offerte eingegangen. Unter EK 8 wird verlangt, dass der Anbieter über "3 Projekt Referenzen in den letzten 5 Jahren" verfügt, die mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Komplexität und Volumen (innerhalb 5 Jahren >5000 Stück/Jahr und >1800 je Tranche) vergleichbar sind. Unbestritten ist, dass die Vergabestelle bei der Überprüfung der Eignungsnachweise in Bezug auf das Eignungskriterium EK 8 mit Schwierigkeiten konfrontiert wurde, da sie die Referenzen – welche sie telefonisch einholen wollte – nicht einholen konnte (vgl. dazu namentlich die elektronische Mitteilung der Vergabestelle an die Anbietenden vom 11. April 2013). Somit wurden am 11. April 2013 alle Anbieter aufgefordert, ihrerseits bis zum 19. April 2013 Referenzblätter mit den Angaben zu den damaligen Lieferungen durch die Referenzpersonen ausfüllen zu lassen. Dieses Vorgehen erwies sich jedoch nach den Angaben der Vergabestelle "aus verschiedenen Gründen" als "nicht praktikabel" (Mitteilung der Vergabestelle vom 8. Mai 2013 [Beschwerdebeilage 15]). Die Beschwerdeführerin behauptet dazu sachverhaltlich gestützt auf dieselbe Mitteilung, dass die Vergabestelle aufgrund dieser Ausgangslage das Eignungskriterium 8 nachträglich gestrichen habe (Beschwerde, S. 9). Dies bestreitet indessen die Vergabestelle, indem sie ausführt, sie habe nicht auf die Beurteilung der Erfüllung des Eignungskriteriums als solches, sondern lediglich auf den geforderten Nachweis in Form des von den Referenzpersonen unterzeichneten "Referenzblattes" verzichtet. Dieser Verzicht sei missverständlich dahingehend kommuniziert worden, dass EK 8 gestrichen worden sei (Beschwerdeantwort, S. 23). Diese Darstellung des Sachverhalts bezeichnet wiederum die Beschwerdeführerin als nicht nachvollziehbar (Replik, S. 14). Mit Duplik vom 8. November 2013 (S. 16) hält die Vergabestelle indessen daran fest, lediglich "gewisse förmliche Anforderungen" des in Frage stehenden Eignungskriteriums reduziert zu

haben. Damit setzt sie sich indessen nicht nur in klaren Widerspruch zur erwähnten Mitteilung vom 8. Mai 2013. Vielmehr wird im Evaluationsbericht (S. 12) ausdrücklich festgehalten, dass die Beschaffungsstelle entschieden habe, das Eignungskriterium EK 8 für alle Anbieter ersatzlos zu streichen. Diese Massnahme habe dazu geführt, dass alle verbleibenden Angebote die geforderten Muss Kriterien (EK/TS) erfüllten und in die weitere Evaluation hätten einbezogen werden können. Dasselbe ergibt sich auch aus der Tabelle unter Punkt 5.1 "Erfüllung der Eignungskriterien (vgl. www.simap.ch)". Es ist klar erkennbar, dass das Eignungskriterium EK 8 Referenzen für alle Anbieter in gleicher Weise mit einem "G" ausgefüllt worden ist, wobei "G" gemäss der Erklärung zur "Bedeutung der Bewertung" heisst, dass das EK nachträglich "gelöscht" bzw. "nicht bewertet" worden ist (vgl. Evaluationsbericht, S. 10). Damit steht fest, dass das in Frage stehende Eignungskriterium gestrichen worden ist mit der Folge, dass keine Anbieterin wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien ausgeschlossen worden ist. Das gilt gemäss Seite 8 der vertraulichen Debriefingunterlagen ausdrücklich auch für das Angebot 2 der Beschwerdeführerin, welches im Unterschied zum im vorliegenden Verfahren strittigen Angebot 1 auch die technischen Spezifikationen erfüllt hat.

5.2 Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde (S. 9 f.) vor, dass sie das EK 8 erfüllt bzw. die entsprechenden Referenzen vorgelegt habe und dies, da sie eine der grössten und erfahrensten Anbieterinnen auf dem Markt sei, als eine von wenigen wenn nicht gar als einzige Anbieterin. Die Vergabestelle bestätigt zunächst in ihrer Beschwerdeantwort vom 12. Juli 2013 in Randziffer 83, dass die Beschwerdeführerin das EK 8 erfüllt habe. Dass sie beim Zuschlag nicht habe berücksichtigt werden können, sei auf ganz andere Gründe zurückzuführen. In ihrer Duplik vom 8. November 2013 (S. 16) geht die Vergabestelle jedoch davon aus, dass auch die Beschwerdeführerin das EK 8 nicht erfüllt habe. Zu dieser Darstellung passen auch die Feststellungen im Evaluationsbericht (S. 8). Darin geht die Vergabestelle in Bezug auf die erste Referenz davon aus, die geforderten Volumen seien nicht erfüllt. Betreffend die zweite Referenz vertritt die Vergabestelle die Ansicht, dass die geforderten Volumen aufgrund der gemachten Angaben nicht nachvollzogen werden können. In Bezug auf die dritte Referenz sei die vergleichbare Komplexität nicht erfüllt, weil keine Dienstleistungserbringung habe aufgezeigt werden können. Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle wiederum vor, ihre Fragen seien zu generell gestellt gewesen, um die gewünschten präzisen Angaben zu erhalten. Andernfalls hätte die Auftraggeberin feststellen können, dass die Beschwerdeführerin das in Frage stehende Eignungs-

kriterium erfülle (Beschwerde, S. 10). Die Vergabestelle ist mit Mitteilung vom 8. Mai 2013 (Beschwerdebeilage 15) davon ausgegangen, dass auch nach der Bereinigung "immer noch kein einziger Anbieter" dieses Kriterium erfülle. Damit konnte nach Auffassung der Vergabestelle nur durch die Streichung des EK 8 (vgl. E. 5.1 hiervor) der Abbruch des Verfahrens mangels geeigneter Anbieter vermieden werden. Ob dies zutrifft, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

5.3 In der Lehre ist auf das Problem hingewiesen worden, dass es einem Bedürfnis der Vergabestelle entspricht, einem Erkenntnisgewinn während des Vergabeverfahrens unter Wahrung gewisser Rahmenbedingungen auch anders als in Form eines Verfahrensabbruchs Rechnung zu tragen (vgl. dazu grundlegend PETER RECHSTEINER, Erkenntnisgewinn im Verfahren – darf man klüger werden?, in: Baurecht, Sonderheft Vergabetaugung 2006, S. 35 ff. mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis). Zugleich haben die Anbieterinnen ein schützenswertes Interesse daran, dass die im Voraus gemachten Angaben zu den Leistungsanforderungen oder zu den Beurteilungskriterien (so genannte "Spielregeln des Verfahrens") nicht von der Beschaffungsstelle während des laufenden Verfahrens einseitig abgeändert werden (so etwa der Erläuternde Bericht zu Art. 38 des Vorentwurfs vom 30. Mai 2008 für ein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, S. 53; abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01239/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 25. Februar 2014). Art. XIV Abs. 4 Bst. b GPA sieht zur Vermeidung der Bevorzugung oder Benachteiligung von Anbietern vor, dass während Verhandlungen Änderungen der Kriterien und technischen Anforderungen allen verbleibenden Verhandlungsteilnehmern schriftlich mitgeteilt werden müssen (vgl. zur Bedeutung der Gleichbehandlung im Rahmen der Eignungsprüfung generell etwa den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.120 E. 2d.aa oder das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5 f.). Demgegenüber ist die Änderung von Vorgaben während des Beschaffungsverfahrens im geltenden Vergaberecht des Bundes nicht geregelt. Indessen hat der nicht weiterverfolgte Vorentwurf vom 30. Mai 2008 für ein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01239/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 25. Februar 2014) eine Norm vorgesehen, nach welcher die Beschaffungsstelle die Anforderungen an die Leistung und die Beurteilungskriterien ändern kann, soweit die Änderung

nicht wesentlich ist (Art. 38 Abs. 1 VE BöB). Nach Art. 38 Abs. 2 Bst. a VE BöB ist eine Änderung jedenfalls dann wesentlich, wenn anzunehmen ist, dass in Kenntnis dieser Änderungen weitere Angebote eingereicht worden wären (vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 394). Die Wesentlichkeit im Sinne von Art. 38 Abs. 1 VE BöB kann sich dabei nicht nur in einer Änderung des Leistungsumfangs, sondern je nach den Umständen auch aus einem Verzicht auf Eignungsanforderungen ergeben (vgl. zu den Auswirkungen der Eignungskriterien auf den Anbieterwettbewerb etwa BVGE 2010/58 E. 6.3). Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch der Umstand, dass die Vergabestelle im vorliegenden Fall Wert legt auf die Feststellung, dass sich ihrer Auffassung nach der potentielle Anbieterkreis durch die Streichung des EK 8 nicht ändert (Beschwerdeantwort, S. 24; Evaluationsbericht, S. 12). Dies bestreitet wiederum die Beschwerdeführerin, wenn sie geltend macht, dass kleinere und neu im Markt stehende Anbieter aufgrund des EK 8 die Gelegenheit nicht wahrnehmen konnten, innert Frist ein Angebot einzureichen (Beschwerde, S. 14; Replik, S. 14). Dazu führt wiederum die Beschwerdegegnerin aus, dass diese Frage offen bleiben könne, weil der Beschwerdeführerin (meint: als weder kleine noch neu im Markt stehende Anbieterin) durch die Streichung des EK 8 kein Nachteil erwachsen sei (Duplik, S. 8). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, braucht vorliegend tatsächlich jedenfalls nicht erörtert zu werden, ob sich der potentielle Anbieterkreis durch die Streichung des EK 8 geändert hat.

5.4 Die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hat mit Entscheid BRK 2001-11 vom 16. November 2001 (veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38) einen Fall betreffend die Beschaffung von Defibrillatoren durch die Armeeapotheke beurteilt und dabei sachverhaltlich festgestellt, dass die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen in "Wiedererwägung" gezogen hat unter Ansetzung einer Einsprachefrist von 10 Tagen. Dabei war seitens der Vergabestelle vorgesehen, dass ein Einspruch den Abbruch des Beschaffungsverfahrens nach sich ziehe. Die Rekurskommission hat dazu festgestellt, dass das BöB keine Einspracheverfahren gegen Verfügungen der Vergabestelle kenne. Ausserdem sei höchst zweifelhaft, ob die Vergabestelle überhaupt zu einem derartigen Vorgehen – nota bene unter Androhung des Verfahrensabbruchs – berechtigt gewesen sei. Daraus könne – so die Rekurskommission – jedenfalls nicht auf eine Verwirkung des Rechts, allfällige (inhaltliche) Mängel der Ausschreibungsunterlagen geltend zu machen, geschlossen werden (E. 4c). Die Rekurskommission hat aber umgekehrt die Tatsache allein, dass die Ausschreibungsunterlagen in

"Wiedererwägung" gezogen worden sind, ohne dass eine der Anbieterinnen dagegen protestiert hätte, nicht beanstandet. Und genau diesbezüglich ist sehr wohl davon auszugehen, dass ein unterlassener Protest gegenüber der Vergabestelle dazu führt, dass die in Frage stehende Anbieterin im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr geltend machen kann, das in Frage stehende Eignungskriterium hätte nicht gestrichen werden dürfen. Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin gegenüber der Vergabestelle protestiert bzw. an ihrem diesbezüglichen Standpunkt festgehalten hat.

5.5 Am 8. Mai 2013 teilte die Vergabestelle den Anbietern mit, dass das Eignungskriterium EK 8 für alle Anbieter ersatzlos gestrichen werde (Beschwerdebeilage 15; vgl. dazu ausführlich E. 5.1 hiervor). Darauf reagierte die Beschwerdeführerin am gleichen Tage ebenfalls in elektronischer Form (Beschwerdebeilage 16). Sie sei der Ansicht, dass sie sowohl alle gestellten Anforderungen erfülle als auch deren Erfüllung mit der Unterschrift des Referenzgebers nachgewiesen habe. Sie sei deshalb der Meinung, dass die Streichung des Eignungskriteriums nicht gerechtfertigt sei und beantrage, dass die Streichung wieder rückgängig gemacht werde. Darauf reagierte wiederum die Vergabestelle mit elektronischer Mitteilung vom 15. Mai 2013 (vgl. Voraktenordner 1.3, Register 2), mit welcher sie ausführt, sie habe die Referenzen der Beschwerdeführerin "erneut geprüft". Dabei habe sich bestätigt, dass keine der Referenzen inhaltlich den gestellten Anforderungen entspreche, resp. dass die Erfüllung derselben durch die eingereichten Dokumente zum Teil nicht ersichtlich sei. Die Nichterfüllung von EK 8 hätte demnach zur Folge, dass beide Angebote der Beschwerdeführerin vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müssten. Durch die Streichung von EK 8 bei allen Anbietern würden demgegenüber beide Angebote im weiteren Evaluationsverfahren verbleiben. Ausserdem wurde die Beschwerdeführerin gebeten, "den Erhalt dieser E-Mail umgehend zu bestätigen". Darauf reagierte die Beschwerdeführerin mit einer blossen Empfangsbestätigung (vgl. Voraktenordner 1.3, Register 2).

Während sich ohne erneute Prüfung der Referenzangaben durch die Vergabestelle die Frage stellen würde, ob blosses Stillschweigen als Verzicht auf den Protest verstanden werden kann, durfte die Auftraggeberin vorliegend angesichts der erneuten Prüfung (einer Art informellen Wiedererwägung mit demselben Ergebnis) und der blossen Empfangsbestätigung nach Erhalt ihrer Mitteilung vom 15. Mai 2013 davon ausgehen, dass der Protest betreffend die Streichung des infrage stehenden Eig-

nungskriteriums nicht aufrechterhalten wird. Die Bemerkung im Evaluationsbericht, wonach die Beschwerdeführerin "ihrerseits nicht weiter darauf [meint: die Mitteilung vom 15. Mai 2014] reagiert" habe, zeigt im Übrigen, dass die Vergabestelle tatsächlich subjektiv der Auffassung war, dass damit das Thema Eignungskriterien erledigt sei. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Beschwerdeführerin die Unzulässigkeit der Streichung des EK 8 im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags und damit im vorliegenden Verfahren nach Treu und Glauben nicht mehr geltend machen kann. Demnach kann einerseits offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin das EK 8 erfüllt; dasselbe gilt für die Beschwerdegegnerin, welche ebenfalls geltend macht, das EK 8 zu erfüllen (Beschwerdeantwort, S. 9 ff.). Andererseits ist aber auch die Rechtmässigkeit des Verzichts auf das EK 8 nicht weiter zu erörtern.

6.

6.1 Der eigentliche Kern der Vorbringen der Beschwerdeführerin beschlägt die technische Spezifikation TS 9, soweit diese die Panelanzeige zum Gegenstand hat. Die Beschwerdeführerin hat nach eigenen Angaben ein Gerät mit einer Bilddiagonale von 584 mm bzw. 22.9921 Zoll angeboten, was als 22-Zollgerät verstanden werden könne (Beschwerde, S. 16). Dass die Testgeräte der Beschwerdeführerin von der Grösse her problemlos toleriert worden seien, schein auch die ursprüngliche Meinung der Vergabestelle gewesen zu sein. Anders sei es nicht zu erklären, dass die Beschwerdeführerin nicht umgehend im Rahmen des Bereinigungsverfahrens nach Einreichung des Angebots, sondern erst im Debriefing über das Nichterfüllen der technischen Spezifikationen informiert worden sei. Dementsprechend seien die Geräte ohne jegliche Kritik und Beanstandungen einer Prüfung betreffend die Testanforderungen gemäss ZK 4 unterzogen worden. Die Vergabestelle missbrauche das Argument der Bildschirmgrösse offenbar nachträglich, um die Zuschläge an die Zuschlagsempfängerinnen zu schützen (Beschwerde, S. 16). Die Vergabestelle geht in Bezug auf die Bilddiagonale von einem Toleranzbereich von 535 mm bis 575 mm aus, den das Gerät der Beschwerdeführerin überschritten habe. Allfällige Unklarheiten in Bezug auf die Anforderungen der Vergabestelle seien im Rahmen der Anbieterfragerunde bereinigt worden (Beschwerdeantwort, S. 16 f.). Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die marginale Abweichung von 9 mm unproblematisch sei, sei nicht zu hören (Beschwerdeantwort, S. 18). Auch könne ein den technischen Spezifikationen nicht entsprechendes Angebot nicht im Bereinigungsverfahren nachgebessert werden; es sei auch klar kommuniziert worden, dass auf Angebote, welche die technischen Spezifika-

tionen nicht erfüllen, nicht eingegangen werde (Beschwerdeantwort, S. 19 f.).

6.2 Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, Vergabe- und Vertragsunterlagen. Produkthanforderungen sind absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1 und B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1; HANS RUDOLF TRÜEB, BÖB-Kommentar in: Matthias Oesch/Rudolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a Abs. 1 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). Dabei ist die Vergabebehörde grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.1 ff. mit Hinweisen). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 mit Hinweisen).

6.3 Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB gibt dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des "richtigen" Produkts zu erstreiten. Der Vergabestelle kommt in Bezug auf die Festlegung der technischen Spezifikationen ein grosser Spielraum zu, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f.). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

6.4 Im vorliegenden Fall ist zunächst unbestritten, dass die in Frage stehende Beschaffung die Lieferung sowohl von 22"-Monitoren als auch von

24"-Monitoren umfasst; dies führt nach den Vorgaben der Vergabestelle in Bezug auf die Panelanzeige zu den technischen Spezifikationen TS 9 und TS 10 (Pflichtenheft, S. 9; vgl. dazu auch den Anhang 3 zum Pflichtenheft mit dem Titel "Katalog der technischen Spezifikationen"):

Nr.	Beurteilungskriterium	Form
TS09	Der Anbieter verpflichtet sich, 22" Monitore mit mind. einer Auflösung von 1680x1050 zu liefern. Panelanzeige mind. 535mm x 575mm mind. >21.06 Zoll x <22.637 Zoll Sichtbarer Panel Arbeitsbereich Diagonale	Schriftliche Zusicherung
TS10	Der Anbieter verpflichtet sich, 24" Monitore mit mind. einer Auflösung von 1920x1080 zu liefern. Panelanzeige mind. 600mm x 630mm mind. >23.622 Zoll x <24.80 Zoll Sichtbarer Panel Arbeitsbereich Diagonale	Schriftliche Zusicherung

6.5 Wie ausgeführt (vgl. E. 6.2 hiervor) hat die Vergabestelle in jedem Fall mitzuteilen, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind. Dies hat sie unter Ziffer 4.2 des Pflichtenhefts mit dem Titel "Technische Spezifikationen" getan. Darin heisst es ausdrücklich, dass die nachfolgend aufgeführten technischen Spezifikationen durch die angebotenen Computermonitore "vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation" erfüllt werden müssen, ansonsten auf das Angebot nicht eingegangen wird. Als Nachweis ist der Anhang 2 [recte wohl: Anhang 3] vollumfänglich auszufüllen und zu unterzeichnen. Das bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht. Indessen macht sie geltend, selbst wenn ihr Gerät die technischen Spezifikationen nicht erfüllen sollte, bliebe es bei einer marginalen Abweichung von 9 mm vom gewünschten Mass. Wegen einer derart unbedeutenden Abweichung der Offerte dürfe ein Anbieter (bzw. das Angebot) nicht ausgeschlossen werden; ein Ausschluss würde auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen (Replik, S. 10).

6.6 Obwohl Formvorschriften im Submissionsrecht zur Wahrung des Gleichbehandlungsgebots ein hoher Stellenwert zukommt, gilt auch im Vergaberecht das Verbot des überspitzten Formalismus (BVGE 2007/13 E. 3.2). Diese Rechtsprechung bezieht sich namentlich auf Dokumente, deren Nachreichung im Rahmen der Bereinigung sich nicht auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken (BVGE 2007/13 E. 3.3). Demgegenüber verstösst die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der

Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, grundsätzlich gegen das Transparenzgebot und das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden (BVGE 2007/13 E. 3.1 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1; vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 457). Das Bundesgericht hat zwar – worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist – mit Entscheid 2P.141/2002 vom 7. Januar 2003 die Vorinstanz und damit die Vergabestelle geschützt, welche einen Kopierapparat in die Evaluation aufgenommen hat, der mehr als die vorgegebene Höchstleistung von 20 Kopien pro Minute erbringt, was nach der Darstellung der Vergabestelle einer Mehrleistung eher als einer hier zu beurteilenden Abweichung im Sinne der Lieferung eines aliud entspricht (Beschwerdeantwort, S. 20 f.). Entscheidend ist aber, dass es vorliegend nicht darum geht, die Vergabestelle zu schützen, welche die Abweichung toleriert hat, sondern darum, die Vergabestelle zu zwingen, ein abweichendes Angebot entgegenzunehmen (vgl. dazu mutatis mutandis BVGE 2007/13 E. 6.3). Selbst wenn die Vergabestelle allenfalls – was hier nicht zu beurteilen ist – trotz der damit verbundenen Relativierung des Gleichbehandlungsgebots geschützt werden könnte, wenn sie die mit Blick auf die Erfüllung der Zuschlagskriterien unbestrittenermassen sehr attraktive Offerte der Beschwerdeführerin in die Evaluation einbezogen hätte, hat die Beschwerdeführerin jedenfalls angesichts der klar angedrohten Folge der Nichteinhaltung der Spezifikationen (vgl. E. 6.5 hiervor; vgl. dazu BVGE 2007/13 E. 6.1) nicht gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus einen Anspruch darauf, trotz Nichterfüllung der technischen Spezifikationen in die Evaluation einbezogen zu werden. Die Abweichung von den technischen Spezifikationen liegt diesbezüglich der Sache nach einer Offerte, deren Korrektur im Rahmen der Offertbereinigung nicht zulässig ist (vgl. dazu BVGE 2007/13 E. 6.2), näher als der Nichteinhaltung von Formvorschriften wie etwa der versäumten Vorlage von Dokumenten, wie sie in BVGE 2007/13 E. 3.3 beschrieben wird. Damit wäre die Nichtberücksichtigung jedenfalls unter der Prämisse diesbezüglich eindeutiger Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden. Wie die Ausschreibungsunterlagen im vorliegenden Fall zu verstehen waren, ist nun im Folgenden zu prüfen.

6.7 Zur Bildschirmdiagonale gab es in der Fragerunde zwei Fragen, welche wie folgt lauten und beantwortet worden sind:

Nr.	Frage	Antwort
4	Im Anhang 4 stehen in den Überschriften zum 22" Monitor und zum 24" Monitor die Angaben zum sichtbaren Panelbereich (535mm x 575mm bei 22"; 600mm x 630mm bei 24"). Diese Angaben beruhen sicherlich auf einem Fehler, da es sich in den Bildschirmgrössen nicht um nahezu quadratische Bildschirme handelt, sondern um solche mit einem Seitenverhältnis von 16:10 bzw. 16:9 (Industriestandard). Frage: Können Sie hierzu die gewünschten Bereiche der Diagonalmasse liefern oder dürfen die Masse des Panelbereichs von den publizierten ohne Punktabzug abweichen solange die 22" bzw. 24" Grössen eingehalten werden?	Es handelt sich hierbei um einen Schreibfehler. Korrekt lauten sie Angaben: 535mm – (bis) 575mm bei 22" Bildschirmdiagonale 600mm – (bis) 630mm bei 24" Bildschirmdiagonale
9	Frage 4 zu den technischen Spezifikationen "Panelanzeige" (TS09) Unter diesem Punkt fordern Sie eine mindest-Panelanzeige von 535mm x 575mm. Können Sie diese Angaben bitte überprüfen ob es sich hier ggf. um einen Schreibfehler handelt?	Es handelt sich hierbei um einen Schreibfehler. Korrekt lauten sie Angaben: 535mm – (bis) 575mm bei 22" Bildschirmdiagonale

6.8 Aus den Antworten auf die Anbieterfragen 4 und 9 ergibt sich unbestrittenermassen, dass die Angabe "mind. 535 mm x 575 mm" betreffend die Bildschirmdiagonale bzw. TS 9 gemäss Pflichtenheft sowie dessen Anhang 3 mit einem Schreibfehler behaftet war. Dies ist nach den Angaben der Vergabestelle von mehreren Anbietern bemerkt worden. Ein Bildschirm mit den Massen 535 mm x 575 mm wäre beinahe quadratisch; ein im Bürobereich unbekannter Standard (Beschwerdeantwort, S. 14). Nach ihren Angaben wollte die Vergabestelle mit der Angabe "535 mm – (bis) 575 mm" einen Toleranzwert statuieren, der nicht überschritten werden darf (Beschwerdeantwort, S. 17). Wenn das so ist, dann war die Angabe "mind." nach der Intention der Vergabestelle zumindest überflüssig. Die in Frage stehende Angabe hätte daher idealerweise entweder "mind. 535 mm – (bis) max. 575 mm" oder einfach "535 mm – (bis) 575 mm" gelautet; dasselbe gilt für die unmittelbar folgenden Angaben in Zoll. Die Beschwerdeführerin führt nun dazu aus, dass aus der erfolgten Korrektur nur hervorgehe, dass nicht die Bildschirmdimension in Höhe x Breite, sondern die Länge der Diagonale beschrieben werden soll. Daraus sei indessen zu schliessen, dass alle anderen Angaben stimmen und bestehen bleiben. Das gilt insbesondere für das Wort "mind." (Replik, S. 8). Wenn ein Wert mit "mindestens" angegeben ist, müsse darunter verstanden werden, dass dieser Wert nicht unterschritten werden dürfe; demge-

genüber sei offensichtlich bewusst unterlassen worden, in TS 9 einen maximalen Wert anzugeben. Wenn dem nicht so wäre, wäre das Wort "mindestens" ohne jeglichen Sinn (Replik S. 8 f.). Dem widerspricht wiederum die Vergabestelle dahingehend, dass eine höhere Zahl schon vom Sinn und vom Kontext her nicht als zweite Mindestlänge verstanden werden könne; das Verständnis der Beschwerdeführerin sei gesucht (Duplik, S. 11). Damit gibt die Auftraggeberin einerseits zumindest implizit zu, dass die Mindestangabe "mind." gemäss Pflichtenheft nicht besonders glücklich ist. Andererseits wird ihrer Auffassung nach aus dem Kontext klar, dass die zweite Zahl als oberes Ende des Toleranzbereichs zu verstehen ist. Die Beschwerdegegnerin ergänzt dazu, dass ansonsten gar keine Angaben zur maximalen Diagonallänge hätten gemacht werden müssen (Beschwerdeantwort, S. 6). Dieser Auslegung des (korrigierten) Pflichtenhefts neigt auch das Gericht zu. Entscheidend erscheinen indessen die Anbieterfrage 4 und die Antwort darauf. Soweit die Ausführungen der Vergabestelle dahingehend zu verstehen sind, dass mit dem Hinweis auf die korrekten Angaben "535 mm – (bis) 575 mm" nicht nur "x" durch "- (bis)" ersetzt, sondern auch das davor stehende "mind." gemäss Pflichtenheft implizit aufgegeben wird, könnte die Auslegung der Vergabestelle etwas weit gehen. Soweit aber die Anbieterfrage 4 "Können Sie hierzu die gewünschten Bereiche der Diagonalmasse liefern *oder* (Hervorhebung durch das Gericht) dürfen die Masse des Panelbereichs von den publizierten ohne Punktabzug abweichen, solange die 22" bzw. 24" Grössen eingehalten werden?" zu beurteilen ist, spricht die Antwort darauf, wonach die Angaben korrekt "535 mm – (bis) 575 mm" bei 22" Bildschirmdiagonale lauten, klar gegen das Verständnis der Beschwerdeführerin. Die Vergabestelle hat sich als Antwort für die Angabe eines Bereichs (oder in der Begrifflichkeit der Beschwerdeantwort eines Toleranzbereichs) entschieden und damit im Zweifel keine abweichenden Masse zulassen wollen. Dies wird von der Vergabestelle richtigerweise betont (Beschwerdeantwort, S. 16 f.); eine solche Festlegung liegt denn auch im Ermessen der Auftraggeberin (vgl. E. 6.3 hiervor). Zutreffend weist die Vergabestelle auch darauf hin, dass andernfalls die Grenze zwischen den 22"- und 24"-Monitoren, welche in derselben Ausschreibung beschafft werden sollen, verwischt würden (Duplik, S. 13). Ausserdem wird ein Monitor mit einer Diagonale von 584 mm wohl eher als 23"-Bildschirm angesehen. Nach Ansicht des Gerichts schliesslich fallentscheidend ist indessen die Auslegung von Frage und Antwort mit Blick auf die Logik des Vergaberechts. Eine Antwort auf eine Anbieterfrage darf selbst für den Fall, dass sie missverständlich sein sollte, nicht leichthin dahingehend verstanden werden, dass die Vergabestelle technische

Spezifikationen lockert. Dies musste der Beschwerdeführerin als erfahrener und spezialisierter Anbieterin klar sein. Damit bestand auch keine Pflicht der Vergabestelle, diesen Punkt noch vor der Offertabgabefrist von sich aus zu klären. Zwar weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Pflicht zu Rückfragen in der Lehre kritisiert wird (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 387 f. mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgericht 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004 E. 3.3 sowie Rz. 441). Aufgrund der Frage 4 und der Antwort der Vergabestelle darauf ist der vorliegende Fall mit dem dem kritisierten Urteil des Bundesgerichts zugrunde liegenden Sachverhalt indessen nicht vergleichbar. Demnach ist auch der Argumentation, nach welcher das angebotene Gerät mit Blick auf die allfällige Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebots zur Evaluation zuzulassen gewesen wäre, der Boden entzogen und die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen.

7.

Als Nächstes ist nun zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin aus dem Verhalten der Vergabestelle nach Erhalt des Angebots etwas zu ihren Gunsten ableiten kann im Sinne eines faktischen Verzichts auf die Einhaltung der technischen Spezifikation TS 9. Die Vergabestelle führt dazu aus, es sei klar, dass der Beschwerdeführerin kein Nachteil daraus erwachsen sei, dass sie erst im Rahmen des Debriefing darüber informiert worden sei, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können. Auch wenn die Beschwerdeführerin früher im Verfahren darüber informiert worden wäre, hätte sie nämlich keine zusätzliche Handlungsmöglichkeit gehabt. Insbesondere wäre es ihr auch dann nicht erlaubt gewesen, ihr Angebot nachzubessern (Beschwerdeantwort, S. 19). Dabei ist einerseits von Relevanz der Erhalt des Angebots. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Offerte nicht darauf hingewiesen hat, dass sie einen 23"-Zoll-Monitor zu liefern gedenke, sondern lediglich festgehalten hat, dass gemäss Fragenkatalog und Antworten der Vergabestelle festgehalten wurde, dass die Panelanzeige von "x" auf "-" angepasst worden sei (Blatt Anhang 3: Katalog der technischen Spezifikationen mit Anmerkungen der Anbieterin; Ordner 1.2, Griff 2). Die Vergabestelle führt dazu aus, die Testgeräte seien eingefordert worden unter der Annahme, dass nach der Angebotsbereinigung sämtliche Muss-Kriterien (EK und TS) erfüllt werden (Evaluationsbericht, S. 11). Andererseits wäre für einen geschulten Einkäufer aus S. 20 der Offerte (1.3 Produkt- und Leistungsschwerpunkte) in Verbindung mit den in den Produktblättern beiliegenden QuickSpecs für das auf S. 20 offerierte Modell mög-

licherweise ersichtlich gewesen, dass hier ein als 23"-Monitor beschriebenes Gerät offeriert werden soll. Aus der Empfangsbescheinigung für die Testgeräte vom 9. April 2013 (Beschwerdebeilage 8) geht im Übrigen klar hervor, dass ein "23-inch LCD Monitor" geliefert worden ist. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch darauf, dass ihr der entsprechende Befund der Vergabestelle mit separater Verfügung eröffnet oder vor Erteilung des Zuschlags mitgeteilt wird, wie sie vorbringt (vgl. diesbezüglich zum impliziten Ausschluss eines Anbieters im Rahmen des Zuschlags etwa den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2; vgl. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 449). Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin das vorbehaltlose Anfordern der Testgeräte wie auch das Unterlassen einer Kommunikation nach Erhalt und Bewertung derselben kritisiert. Aber es ist nicht so, dass durch die unterlassene Information oder die Bewertung der Testgeräte die Geltendmachung der Nichteinhaltung technischer Spezifikationen verwirken würde mit der Folge, dass die Geräte der Beschwerdeführerin in die Evaluation hätten einbezogen werden müssen (vgl. demgegenüber in Bezug auf gewisse Formmängel und deren Geltendmachung im Beschwerdeverfahren GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 452). Nicht gerügt wird seitens der Beschwerdeführerin eine Verletzung der Dokumentationspflicht als Ausfluss des Transparenzgebots zwecks Herstellung der sogenannten Transparenz ex post, mit welcher das Verfahren nachvollziehbar gemacht werden soll (vgl. dazu namentlich MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 57 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Damit ist nicht weiter zu prüfen, inwieweit bereits vor der Erstellung des Evaluationsberichts (siehe dort S. 7 Punkt 3.2 Ablauf der Evaluation und S. 11 Punkt 5.2 Erfüllung der technischen Spezifikationen) die Nichterfüllung der technischen Spezifikationen aktenmässig erfasst worden ist. Jedenfalls kann in diesem Zusammenhang festgestellt werden, dass unbestrittenermassen keine Bereinigung in Bezug auf das Angebot der Beschwerdeführerin stattgefunden hat und dass auch kein anderes Angebot (unter Verletzung des Gleichbehandlungsgebots) in Bezug auf die Bildschirmdiagonale bereinigt worden ist, was im Übrigen dafür spricht, dass die Anbieter wussten, welche Anforderungen die Vergabestelle diesbezüglich an die zu liefernden Geräte stellt. Damit ist die Beschwerde auch insoweit abzuweisen. Soweit die Beschwerdeführerin den Zeugenbeweis offeriert für die Tatsache, dass keine Bereinigung stattgefunden hat (Beschwerde, S. 7), ist darauf zu verweisen, dass der Sachverhalt diesbezüglich unbestritten ist (vgl. BGE 131 I 153 E. 3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-485/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 6.5).

8.

8.1 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die ihrer Meinung nach viel zu starke Berücksichtigung von gewissen Zuschlagskriterien wie zum Beispiel der ECO Power Helligkeits-Sensoren und die Nichtberücksichtigung ihrer ausgefeilteren Alternativen wie dem am Gerät programmierbaren Standby-Timer (Beschwerde, S. 17 f.). Damit nimmt sie namentlich Bezug auf die Zuschlagskriterien ZK 1.15 und ZK 4.10, gemäss welchen das Vorhandensein eines ECO Power Sensor mit Bewertungspunkten belohnt wird. Durch diesen dimmt das Gerät nach der Beschreibung der Vergabestelle (Anhang 4 zum Pflichtenheft mit dem Titel "Katalog der Anforderungen" betreffend das ZK 4) und stellt automatisch ab, wenn kein User davorsitzt. Der unter ZK 4.10 erreichbare Bewertungsvorteil von 200 Punkten wird nicht zuerkannt, wenn das Gerät entweder nicht über einen Power Sensor verfügt oder nicht automatisch abstellt. Die Beschwerdeführerin moniert, dass dieser ECO Power Sensor nur von wenigen Marktteilnehmern angeboten wird (Beschwerde, S. 12).

8.2 Nachdem die streitgegenständliche Offerte der Beschwerdeführerin in rechtskonformer Weise wegen Nichterfüllung der technischen Spezifikationen nicht in die Evaluation einbezogen worden ist, ist auf die Rüge der wettbewerbsverzerrenden Gewichtung von Zuschlagskriterien – worauf die Vergabestelle zu Recht hinweist – von vornherein nicht näher einzugehen. Nur am Rande sei daher erwähnt, dass die Vergabestelle bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien über einen breiten Ermessensspielraum verfügt, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Art. 31 BöB; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.5 mit Hinweisen). Das ist im Übrigen auch insofern folgerichtig, als sich Zuschlagskriterien (hier die seitens der Beschwerdeführerin beanstandeten Subkriterien mit einem Gewicht von 12 Prozent gemessen an den beiden technischen Zuschlagskriterien ZK 1 und ZK 4, wobei unter Einbezug von Preis [ZK 2] und Dienstleistungen [ZK 3] von einem Gewicht von 4.9 Prozent auszugehen ist) weniger stark auf den Anbieterwettbewerb auswirkt als die Festlegung entsprechender technischer Spezifikationen (vgl. dazu den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1 f.). Ebenfalls offen bleiben kann, ob die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin wegen unterlassener Beanstandung der Ausschreibungsunterlagen verspätet sind (S. 25 und 27 der Beschwerdeantwort der Vergabestelle). Auch ändert der seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachte Umstand, dass die Vergabestelle im Rahmen des Debr-

fings Aussagen zu Nachteilen des Geräts der Beschwerdeführerin mit Blick auf diese Subkriterien gemacht hat, nichts daran, dass die Vergabestelle das Gerät der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung der technischen Spezifikationen ausschliessen kann. Damit braucht auch insoweit der seitens der Beschwerdeführerin angebotene Zeugenbeweis zum Verlauf des Debriefings (Beschwerde, S. 11) nicht abgenommen zu werden (vgl. BGE 131 I 153 E. 3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-485/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 6.5).

9.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde namentlich aufgrund der Tatsache, dass die Vergabestelle zu Recht festgestellt hat, dass das Angebot 1 der Beschwerdeführerin die technischen Spezifikationen nicht erfüllt (vgl. E. 6 hiavor), vollumfänglich abzuweisen ist.

10.

10.1 Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes auf Fr. 9'000.– festzusetzen, soweit der Endentscheid in Frage steht. Gesondert zu verlegen sind die Kosten für die Zwischenverfügungen vom 18. Juli 2013, 16. August 2013 und 5. Dezember 2013 betreffend die Erlaubnis zum Bezug von Monitoren. Die Kosten für diese Verfügungen sind je auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Damit ergeben sich für den vorliegenden Fall Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 15'000.–.

10.2 Die Kosten des Entscheids in der Hauptsache sind in voller Höhe der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Was die drei Zwischenverfügungen betreffend vorsorgliche Anordnungen betrifft, ist den Anträgen der Vergabestelle auf Erlaubnis des Bezugs von Monitoren nur teilweise entsprochen worden, womit sich die Beschwerdeführerin insoweit als zur Hälfte obsiegend erweist. Der Beschwerdeführerin sind damit Fr. 3'000.– an Verfahrenskosten für die Zwischenverfügungen aufzuerlegen. Entsprechend wird der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss zur Bezahlung der Gesamtsumme der ihr aufzuerlegenden Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 12'000.– verwendet. Der Vergabestelle können gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten

ten auferlegt werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert in: BVGE 2009/17, nicht veröffentlichte E. 11.2). Die Beschwerdegegnerin ist mit ihren Anträgen, die vorab zur Verfügung zu stellenden Monitore seien bei ihr zu beziehen, im Rahmen der ersten beiden Verfügungen jeweils unterlegen, hat aber in Bezug auf die vorsorglichen Anordnungen vom 5. Dezember 2013 auf entsprechende Anträge verzichtet. Damit sind ihr für die ersten beiden Zwischenverfügungen Verfahrenskosten von je Fr. 500.– und damit insgesamt in Höhe von Fr. 1'000.– aufzuerlegen. Da die Beschwerdegegnerin jedenfalls in Bezug auf die Frage, bei wem die in Frage stehenden Monitore zu beziehen sind, unterlegen ist, braucht auch im vorliegenden Zusammenhang nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob sie sich in Bezug auf die Zwischenverfahren gültig als Partei konstituiert hat (siehe dazu auch E. 1.8 hiervor).

10.3 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Angesichts des Verfahrensausgangs fällt ein Parteikostenersatz zugunsten der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Hauptsache ausser Betracht. Betreffend den mit Blick auf die Zwischenentscheide entstandenen Aufwand sind die Parteikosten angesichts je hälftigen Obsiegens demgegenüber wettzuschlagen. Die Vergabestelle hat als Bundesbehörde jedenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Damit ist der Beschwerdegegnerin für das Hauptverfahren zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin haben mit Eingabe vom 21. Februar 2014 eine Honorarnote eingereicht, wobei für den einen Anwalt ein Stundenansatz in Höhe von Fr. 400.– und für den anderen ein solcher von Fr. 380.– zugrunde gelegt wird, was bei 67.32 Stunden Aufwand ein geltend gemachtes Honorar von Fr. 26'072.60 ergibt. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass vorliegend kein besonders komplexer Fall in Frage steht, womit der für das Vergaberecht geltende Regelstundenansatz von Fr. 350.– zur Anwendung gelangt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 6.3). Ausserdem sind vom geltend gemachten Aufwand diejenigen Stunden abzuziehen, welche verwendet worden sind für Stellungnahmen mit Blick auf den Erlass vorsorglicher Anordnungen (12.74 Stunden), da die Parteikosten insoweit wettgeschlagen sind. Zusammenfassend ergibt sich demnach ein anerkanntes Honorar im Sinne notwendiger Aufwendungen von Fr. 19'103.–, antragsgemäss ohne Mehrwertsteuer, aber zu-

züglich Auslagen in Höhe von Fr. 782.20. Somit ist der Beschwerdegegnerin zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 19'885.20 zuzuerkennen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

2.1 Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 12'000.– der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

2.2 Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 1'000.– der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist binnen 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils mittels des beiliegenden Einzahlungsscheins zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

3.1 Es wird weder der Beschwerdeführerin noch der Vergabestelle eine Parteientschädigung zugesprochen.

3.2 Der Beschwerdegegnerin wird zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 19'885.20 zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. Projekt-ID 94689; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein)
- die Zuschlagsempfängerin 2 (A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 24. März 2014