



Abteilung II  
B-5452/2015

## Urteil vom 19. Juni 2018

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richter Hans Urech,  
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Hans Zehnder, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Paul Scherrer Institut (PSI),**  
vertreten durch lic. iur. Peter Rechsteiner, Rechtsanwalt,  
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Projekt "Passiv magnetisch abgeschirmter Raum passive  
magnetic shield";  
Zuschlag vom 17. August 2015 (SIMAP-Meldungsnummer  
879'353; SIMAP-Projekt-ID 114'611).

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

**A.a** Am 4. September 2013 schrieb das Paul Scherrer Institut PSI (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Passive magnetische Abschirmung" einen Lieferauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 788037). Gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung lautet der detaillierte Projektbeschrieb wie folgt:

"Mehrlagige passive magnetische Abschirmung aus hochpermeablem Metall mit [recte: mit] einem quasistatischen magnetischen Abschirmfaktor >100'000. Ausführung als abgeschirmter Raum mit zugänglichem Innenraum von 220cm x 220cm x 220cm und Eingangstüren. Alle Seiten mit spezifischen Durchführungen zur Installation einer physikalischen Apparatur. Zusätzlich eine Wirbelstromabschirmung und eine Hochfrequenzabschirmung.

Das Angebot muss Design, Produktion und Lieferung der gesamten Abschirmung, Installation am PSI und Vorort-Abnahme beinhalten, sowie eine Garantie der Abschirmleistung. Ebenfalls muss garantiert werden, dass die Abschirmung wie spezifiziert innerhalb von 4 Wochen ohne Funktionseinschränkung innerhalb des PSI transportiert werden kann. Details siehe Pflichtenheft."

**A.b** Am 8. Januar 2014 wurde das entsprechende Vergabeverfahren abgebrochen (Meldungsnummer: 803789), mit der Begründung, dass kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen sei (vgl. Ziff. 3 der Publikation) und die geschätzten Kosten weit unter den offerierten Kosten liegen würden (vgl. Ziff. 4 der Publikation).

**B.**

**B.a** Am 1. Juli 2014 schrieb die Vergabestelle auf SIMAP unter dem Projekttitel "Passiv magnetisch abgeschirmter Raum / passive magnetic shield" den Lieferauftrag im offenen Verfahren nochmals aus (Meldungsnummer: 827285). Der detaillierte Projektbeschrieb gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung entspricht inhaltlich demjenigen der ersten Ausschreibung (Sachverhalt A.a), unter Vorbehalt der nachfolgend wiedergegebenen Änderungen:

"Mehrlagige passive magnetische Abschirmung aus hochpermeablem Metall mit (recte: mit) einem quasistatischen magnetischen Abschirmfaktor grösser als 70'000. (...).

(...). Ebenfalls muss garantiert werden, dass die Abschirmung wie spezifiziert innerhalb von 8 Wochen ohne Funktionseinschränkung innerhalb des PSI transportiert werden kann. Details siehe Pflichtenheft."

**B.b** In der Folge gingen fristgerecht zwei Angebote ein, dasjenige der Beschwerdeführerin und dasjenige der Y. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin).

**B.c** Am 11. Februar 2015 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer: 855125), dass sie den Zuschlag für besagten Lieferauftrag an die Zuschlagsempfängerin erteilt habe. Zur Begründung des Zuschlagsentscheids führt die Vergabestelle in Ziff. 3.3 der Publikation an: "Gemäss Pflichtenheft in der Ausschreibung; Die Zuschlags-Kriterien und die Punkte-Bewertung wurden mitgeteilt."

**B.d** Mit E-Mail vom 10. Februar 2015 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots mit.

**B.e** Am 27. Februar 2015 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer: 857507) den Widerruf des Zuschlags vom 11. Februar 2015 mit der Begründung, dass die Verfügung zwecks Neubeurteilung der Angelegenheit aufgehoben werde (Ziff. 3.1 der Publikation).

**B.f** Mit separater Widerrufsverfügung vom 25. Februar 2015 ergänzte die Vergabestelle die Begründung für die Aufhebung des Zuschlags. Diese Widerrufsverfügung blieb unangefochten.

### **C.**

Mit separaten Schreiben vom 9. Juni 2015 an die Beschwerdeführerin sowie Zuschlagsempfängerin bat die Vergabestelle beide Offerentinnen um Bestätigung des bisherigen Verfahrensablaufs und – aufgrund der Änderung einiger Rahmenbedingungen in technischer und rechtlich-kommerzieller Hinsicht – um die Einreichung einer letzten Offerte bis zum 23. Juni 2015 mit einer Gültigkeitsfrist bis zum 23. September 2015.

Mit Schreiben vom 24. bzw. 30. Juli 2015 bestätigten die Beschwerdeführerin bzw. die Zuschlagsempfängerin dem Grundsatz nach den bisherigen Verfahrensablauf und reichten am 19. bzw. 22. Juni 2015 je eine neue Offerte ein.

**D.**

**D.a** Am 17. August 2015 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer: 879353), dass sie den Zuschlag für besagten Lieferauftrag an die Zuschlagsempfängerin zu einem Preis von EUR (...) inklusive Mehrwertsteuer erteilt habe. Zur Begründung des Zuschlagsentscheides wird in Ziff. 3.3.8 der Publikation im Wesentlichen Folgendes angeführt:

"Die Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien hat ergeben, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin wirtschaftlich das günstigste ist.

Die wesentlichen Vorteile des Angebotes der Zuschlagsempfängerin sind:

Beim Kriterium mechanisches Design:

- 60% grösserer nutzbarer Innenraum
- grosser zusätzlicher Zwischenraum (ca. 50cm x 1100cm x 280cm) mit relevanter Abschirmleistung gegenüber dem Erdmagnetfeldfeld.

Insbesondere aufgrund der sehr grossen Öffnungen ist deshalb auch eine bessere Eignung für die beabsichtigte Verwendung zu erwarten.

Beim Kriterium magnetischer Abschirmfaktor bei = 0.1 Hz [*recte bei 0.01 Hz*]: höherer garantierter Abschirmfaktor.

Tieferer Preis."

**D.b** Am 26. August 2015 beantwortete die Vergabestelle die ihr von der Beschwerdeführerin am 24. August 2015 gestellten Fragen im Zusammenhang mit der Zuschlagspublikation. Dabei gab sie unter anderem auch die Bewertungstabelle und Punktevergabe bekannt.

**E.**

**E.a** Gegen die Zuschlagsverfügung vom 17. August 2015 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. September 2015 (Eingangsdatum: 8. September 2015) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Im Weiteren sei die Vergabestelle zu verpflichten, dem Bundesver-

waltungsgericht die vollständigen Akten des Vergabeverfahrens einzureichen und ihr – unter Wahrung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin – zur Einsicht sowie zur Ergänzung der Beschwerde zuzustellen. Zudem sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen. Zur Untermauerung ihrer Rechtsbegehren stellt die Beschwerdeführerin auch diverse Beweisanträge (Zeugen- und Parteibefragungen sowie eine Expertise betreffend die Prüfung der Bewertung beider Offerten).

**E.b** Als Begründung bringt die Beschwerdeführerin zuerst eine Missachtung der Ausstandsvorschriften vor. Ihrer Ansicht nach hätte A.\_\_\_\_\_, welcher als Vertreter der E.\_\_\_\_\_ im Rahmen der nEDM-Kooperation mitgewirkt habe, in den Ausstand treten sollen, da die Zuschlagsempfängerin für die E.\_\_\_\_\_ mindestens vier magnetisch abgeschirmte Räume gebaut und mit der E.\_\_\_\_\_ daher enge geschäftliche Beziehungen im Zusammenhang mit dem konkreten Neutronenexperiment unterhalte.

**E.c** Weiter macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Beschaffungsgrundsätze, insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz, geltend. Ihrer Ansicht nach sei der Ablauf des vorliegenden Vergabeverfahrens weder nachvollziehbar noch transparent. Vielmehr lasse dieser erkennen, dass die technischen Anforderungen so oft abgeändert worden seien und alles daran gesetzt worden sei, damit der Zuschlag der Zuschlagsempfängerin habe erteilt werden können. Dies obwohl die Vergabestelle der Beschwerdeführerin bestätigt habe, dass sie mit ihrem Angebot die technischen Anforderungen zu 100% erfülle, nicht aber die Zuschlagsempfängerin. Ausserdem habe die Vergabestelle nicht publizierte Kriterien bewertet und einzelne publizierte Kriterien wie die Referenzen nicht in die Bewertung aufgrund der Zuschlagskriterien mit einbezogen.

**E.d** Sodann wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle eine nicht korrekte Feststellung des Sachverhalts und Ermessensmissbrauch bei der Bewertung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien 1-4 vor. Dies habe zu einer Überbewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin geführt (die einzelnen Bewertungsrügen werden in den Erwägungen näher ausgeführt).

## **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 8. September 2015 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde und untersagte der Vergabestelle, bis zum Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der auf-

schiebenden Wirkung, einstweilen alle Vollzugsvorkehrungen vorzunehmen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Zugleich wurde der Schriftenwechsel eingeleitet.

#### **G.**

Mit Schreiben vom 15. September 2015 gab die Zuschlagsempfängerin eine Zustelladresse in der Schweiz bekannt. Mit Fax-Eingabe vom 22. September 2015 erklärte sie, am Verfahren nicht teilnehmen zu wollen.

#### **H.**

Nach zweimal erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 25. September 2015 eine 67-seitige Vernehmlassung hinsichtlich der prozessualen Anträge inklusive 40 Beilagen sowie die mit einem Begleitschreiben versehenen Verfahrensakten 1-17 ein. Sie beantragt die vollumfängliche und kostenfällige Abweisung der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin. Betreffend das Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerin beantragt die Vergabestelle, die Offerten der beiden Anbieterinnen seien vollständig und der Evaluationsbericht, soweit die jeweils andere Anbieterin betreffend, von der Akteneinsicht auszunehmen. Ferner hat die Vergabestelle den Evaluationsbericht im Original, in geschwärzter Form und in einer Fassung mit gelb markierten Stellen eingereicht, wobei die gelb markierten Stellen den geschwärzten Passagen entsprechen, welche vom Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin auszunehmen seien. Die Vergabestelle stellt ebenfalls verschiedene Beweisanträge auf Parteibefragung und Einvernahme von Zeugen.

**H.a** Vorab gibt die Vergabestelle Aufschluss über den Hintergrund des Vergabeverfahrens. Es gehe dabei um ein komplexes wissenschaftliches Experiment nEDM (in der aktuellen Phase n2EDM genannt), an welchem die Vergabestelle und die ETH Zürich mit 14 verschiedenen Universitäten und Instituten zusammenarbeiten würden. Sodann äussert sie sich zum gesamten Ablauf und zur Vorgeschichte des vorliegenden Vergabeverfahrens. Sie führt aus, der ersten Ausschreibung vom 4. September 2013 sei eine mehrjährige Zusammenarbeit zwischen der Beschwerdeführerin und dem PSI vorausgegangen. So habe die Vergabestelle seit 2010 zwei Studien zum Thema der Ausschreibung bei der Beschwerdeführerin in Auftrag gegeben, womit Letztere einen erheblichen Wissensvorteil erlangt habe. Auch habe die Beschwerdeführerin im April 2011 eine Budget-Offerte erstellt. Da diese aber weit über den finanziellen Mitteln der nEDM-Koopera-

tion gelegen sei, habe die Vergabestelle die erste Ausschreibung abgebrochen. Anlässlich eines am 25. November 2013 durchgeführten Gesprächs mit Vertretern der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin sei die Frage, welche Komponenten der Apparatur zu den unerwarteten und extrem hohen Kosten geführt hätten, thematisiert worden. In der Folge habe die Beschwerdeführerin eine Kostenevaluierung erstellt und anschliessend eine neue Offerte eingereicht, die trotz der Preisreduktion immer noch weit über dem Budgetrahmen gelegen sei, weshalb es erneut zu einem Verfahrensabbruch gekommen sei. Sodann sei die Beschwerdeführerin mit Mail vom 8. Januar 2014 darauf hingewiesen worden, dass es zu einer neuerlichen Ausschreibung mit geänderten Spezifikationen kommen würde. Damit sei die Beschwerdeführerin bereits vor der eigentlichen zweiten Ausschreibung detailliert über die zu erwartende Ausschreibung informiert gewesen. Im Übrigen sei der Widerruf der ersten Zuschlagsverfügung auf Anraten des Rechtsvertreters der Vergabestelle zurückzuführen, welcher erst nach Zustellung der Beschwerdedrohung der Beschwerdeführerin zur Beurteilung des Verfahrens beigezogen worden sei und auf Grund der Komplexität der Ausschreibung eine längere Zeit für das Aktenstudium benötigt habe.

**H.b** Die Vergabestelle weist den Vorwurf der Missachtung von Ausstandsvorschriften entschieden zurück.

**H.c** Weiter bestreitet die Vergabestelle die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verletzung der Beschaffungsgrundsätze mit Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren.

**H.d** Abschliessend erachtet die Vergabestelle den Vorwurf des Ermessensmissbrauchs bei der Bewertung der Offerten für unbegründet. Aufgrund der wiederholten Rügen der Beschwerdeführerin möchte sie von Anfang an klarstellen, dass gemäss dem entsprechenden Ausschreibungstext (Proof Of Competence) nicht Referenzobjekte, welche exakt die magnetische Spezifikationen der vorliegenden Ausschreibung erfüllten, sondern nur ähnliche Projekte als Referenzen verlangt worden seien. Sie weist darauf hin, dass die technische Kapazität zur Konstruktion für die gegebenen Dimensionen verlangt wurde. Die Vergabestelle habe die Referenzen der Zuschlagsempfängerin für genügend erachtet. Zudem dürfe angezweifelt werden, dass die Beschwerdeführerin die in der Referenzkabine angegebenen Schirmleistungen auch erreichen könne, wenn das Design an die Kriterien des PSI-Experiments angepasst werden müsse.

Es sei anzumerken, dass Öffnungen in der Abschirmkabine das magnetische Feld beeinflussten. Die Beschwerdeführerin habe dieses Problem als gering eingestuft, obwohl die für die PSI-Abschirmung vorgesehenen offenen Flächen um einen Faktor 2.8 grösser seien als die in der Prototypenkabine in (...). Indessen habe die Zuschlagsempfängerin die Problematik erkannt und das Design ihrer Kabine entsprechend beeinflusst, indem sie den negativen Einfluss der Löcher zu minimieren versuche: So habe sie einen grossen Innenraum einerseits und einen zusätzlichen geschirmten Zwischenraum andererseits vorgesehen, so dass die Öffnungen im Aussen- und Innenschild versetzt zueinander sein würden. Damit konnten die Abschirmverluste durch die Öffnungen stark verringert werden. Das stelle einen entscheidenden Vorteil in der Offerte der Zuschlagsempfängerin dar. Die Vergabestelle hält fest, dass der von der Zuschlagsempfängerin vor 15 Jahren errichtete Abschirmraum die Magnetfeld-Spezifikationen (Restfeld und Restfeldgradient) der jetzigen Ausschreibung erfülle. Diese Messergebnisse seien seit 2013 publiziert worden und der Beschwerdeführerin bekannt, da sie die zugehörige Publikation (Autoren), (Verlag), in zwei gemeinsamen Publikationen von B.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ anführe.

#### **I.**

Mit Verfügung vom 2. Oktober 2015 wurde der Beschwerdeführerin das Akteneinsichtsrecht einstweilen in der von der Vergabestelle eingeschränkten Form gewährt (Beweismittel 1-39 ohne die Offerte der Zuschlagsempfängerin [Beilage 40]; Verfahrensakten ohne die beiden Offerten [Beilagen 11 und 12]; Evaluationsbericht in geschwärzter Form [Beilage 15]). Darüber hinaus wurde ihr ein Doppel der Vernehmlassung und des Begleitschreibens zu den Verfahrensakten zugestellt.

#### **J.**

Mit Beschwerdeantwort in der Hauptsache vom 13. Oktober 2015 schliesst die Vergabestelle auf vollumfängliche und kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Im Wesentlichen sieht die Vergabestelle die Beschwerdeantwort als Ergänzung der Vorbringen in ihrer Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung.

**J.a** Die Vergabestelle bringt vor, das Budget des PSI für den magnetisch abgeschirmten Raum ergebe sich aus dem Beitragsgesuch des PSI vom 12. Mai 2011 an den Schweizerischen Nationalfonds (Beilage 42), welches mit Verfügung vom 2. November 2011 (Beilage 43) nicht vollständig gutgeheissen worden sei. Aus dem Beitragsgesuch (S. 7, Ziff. 8) ergebe sich

klar, dass die budgetierten Kosten auf einem Angebot der Beschwerdeführerin vom 1. April 2011 beruht hätten und dass die Beschwerdeführerin im ersten Vergabeverfahren mit ihrer Offerte vom 17. Oktober 2013 ihren Preis weit über ihre erste Offerte und damit weit über das PSI-Budget hinaus erhöht habe. Weiter präzisiert die Vergabestelle, dass es sich bei den angesprochenen Änderungen in technischer Hinsicht um Änderungen gegenüber dem Spezifikationsdokument vom 30. Juni 2014 gehandelt habe, die mit den Anbieterinnen in den Verhandlungen vom November 2014 diskutiert und nicht etwa mit dem Schreiben vom 9. Juni 2015 initiiert worden seien. Nachdem die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 5. Dezember 2013 die im Vergleich zu ihrem Angebot vom April 2011 immer noch höhere Preisdifferenz damit begründet habe, dass wesentlich mehr Leistung geboten werde, sei für die Vergabestelle deutlich geworden, dass der Preis nur über eine Leistungsminderung habe gesenkt werden können. Daher seien im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens die Anforderungen gesenkt worden, um Angebote im Rahmen des Projektbudgets zu erhalten.

**J.b** Zur gerügten Missachtung der Ausstandsvorschriften führt die Vergabestelle ergänzend aus, die Beschwerdeführerin sei während der ganzen Dauer des Vergabeverfahrens über die Rolle von A. \_\_\_\_\_ informiert gewesen, aber in keinem Zeitpunkt habe sie etwas dagegen eingewendet. Mit ihrem Vorwurf sei sie deshalb nicht zu hören.

**J.c** Die Vergabestelle macht schliesslich einige wenige Ergänzungen zur Bewertung der Offerten aufgrund des Zuschlagskriteriums 1 und 4.

**K.**

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 wurde der Beschwerdeführerin ein Doppel der Beschwerdeantwort der Vergabestelle inklusive Beilagen 41, 44, 45 und 46 zur Kenntnis gebracht. Die Beilage 43 (Beitragsverfügung Nationalfonds vom 2. November 2011) wurde entsprechend dem Wunsch der Vergabestelle nicht zugestellt. Ferner wurde die Vergabestelle eingeladen, die auf Seite 12 der Vernehmlassung zitierte E-Mail des PSI an die Beschwerdeführerin vom 20. Januar 2014 sowie die der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellte Bewertungstabelle (erwähnt auf S. 34 der Vernehmlassung) und/oder die der Beschwerdeführerin mitgeteilte Evaluationsstabelle (erwähnt auf S. 44 der Vernehmlassung) nachzureichen. Schliesslich, im Hinblick auf die beabsichtigte teilweise limitierte Bekanntgabe der Seiten 7 und 9 aus der Beilage 42 zur Beschwerdeantwort (Beitragsgesuch PSI an Nationalfonds vom 12. Mai 2011), insbesondere die

Ziff. 8 und 10, wurde die Vergabestelle eingeladen, sich dazu zu äussern, einen konkreten Abdeckungsvorschlag zu machen oder eine allfällige Verweigerung der Bekanntgabe dieser Beträge zu begründen. Dieser Aufforderung kam die Vergabestelle mit dem innert einmal erstreckter Frist eingereichten Schreiben vom 27. Oktober 2015 nach. Daraufhin wurden der Beschwerdeführerin am folgenden Tag die Seiten 7 und 9 aus Beilage 42 gemäss Abdeckungsvorschlag der Vergabestelle zur Kenntnis gebracht.

**L.**

Mit innert erstreckter Frist eingereichter und 32 Seiten umfassender Replik vom 16. November 2015 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren und ihrer Begründung gemäss Beschwerdeschrift fest.

**M.**

Mit innert erstreckter Frist eingereichter, 37 Seiten umfassender Duplik vom 7. Dezember 2015 und deren Ergänzung vom gleichen Datum (3 Seiten), inklusive Beilagen 47 bis 54, hält die Vergabestelle an ihren Rechtsbegehren und ihrer Begründung fest.

**N.**

Mit Verfügung vom 9. Dezember 2015 wurden der Beschwerdeführerin die Duplik und die Ergänzung dazu zur Kenntnis gebracht. Zudem wurde der Schriftenwechsel hinsichtlich des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung abgeschlossen; vorbehältlich allfälliger Instruktionen und/oder Parteieingaben, sowie allfälliger Verfügungen über Beweisanträge.

**O.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 12. Januar 2016 widerspricht die Beschwerdeführerin der Aussage der Vergabestelle, wonach das Referenzobjekt der Zuschlagsempfängerin die Anforderungen an die technische Spezifikation "magnetisches Restfeld  $< 0.5 \text{ nT}$  innerhalb  $1 \text{ m}^3$ " erfülle. Sie verweist dabei auf die Ausschreibung (Bekanntmachung) des deutschen Bundesamts für Bauwesen und Raumordnung vom 18. November 2015 für einen Bauauftrag betreffend (...). Aus dem dort enthaltenen Zitat "Ziel ist die Homogenisierung des inneren Rest-Magnetfelds im Zentrum von (*Referenzobjekt*). Dazu soll in einem zentralen Messvolumen von ca.  $1 \text{ m}^3$  ein Restfeld von  $< 100 \text{ pT}$  erreicht werden. Derzeit ist in diesem Bereich durch die vorhandenen Einschränkungen bei der Entmagnetisierung ein Restfeld  $< 1,5 \text{ nT}$  nachweisbar" leitet sie ab, dass die Zuschlagsempfängerin den Nachweis für die  $0.5 \text{ nT}$  nicht erbringen könne.

**P.**

Mit Zwischenentscheid vom 3. Februar 2016 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurden, soweit diesen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen wurde, einstweilen abgewiesen. Das Gericht behielt sich vor, allfällige weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und die Beweisanträge im Hauptverfahren zu treffen.

**Q.**

Mit Eingabe vom 23. Februar 2016 informierte die Vergabestelle über den am gleichen Tag erfolgten Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

**R.**

Auf Aufforderung des Instruktionsrichters hin erklärte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 25. April 2016 das vollumfängliche Festhalten an der Begründung ihrer Beschwerde sowie ihrer weiteren Eingaben wie auch an den darin gestellten Beweisanträgen. Sie beantragt die Feststellung der Rechtswidrigkeit des streitbetreffenden Zuschlagsentscheids, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vergabestelle. Die Ergänzung ihrer Ausführungen beschränkt sich auf einige Punkte der Sachverhaltsdarstellung und der Erwägungen im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung.

**S.**

Mit Zwischenverfügung vom 27. April 2016 wurde die Beschwerdeführerin bzw. die Vergabestelle aufgefordert, einen weiteren Kostenvorschuss zu leisten bzw. eine Beschwerdeantwort in der Hauptsache zu erstellen.

**T.**

Mit Beschwerdeantwort in der Hauptsache vom 2. Juni 2016 beantragte die Vergabestelle die Aufhebung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

**U.**

Mit Verfügung vom 7. Juni 2016 wurde der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort der Vergabestelle zugestellt und der Schriftenwechsel abgeschlossen, unter Vorbehalt allfälliger Verfügungen betreffend die gestellten Beweisanträge, Instruktionen und/oder weitere Parteieingaben.

**V.**

Auf die Vorbringen der Parteien des vorliegenden Verfahrens wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 m.H.). Im vorliegenden Fall sind die Eintretensvoraussetzungen offensichtlich erfüllt, wie bereits im Zwischenentscheid vom 3. Februar 2016 festgehalten wurde.

**1.1** Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, [BöB, SR 172.056.1]).

**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 m.H.). 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** Das Paul Scherrer Institut ist im Anhang 1 Annex 1 GPA als Vergabestelle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. c BöB ausdrücklich genannt. Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 1. Juli 2014 von einem Lieferauftrag aus. Gemäss dem detaillierten Aufgabenbeschrieb in Ziff. 2.5 der Ausschreibung handelt es sich dabei unter anderem um Design, Produktion und Lieferung einer mehrlagigen passiven magnetischen Abschirmung aus hochpermeablem Metall. Die vorliegende Beschaffung fällt offensichtlich und unbestrittenermassen unter einen Lieferauftrag gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB. In Anbetracht des in der Zuschlagsverfügung genannten Preises des berücksichtigten Angebots (vgl. Sachverhalt D.a)

kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der für Lieferungen massgebliche Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (AS 2013 4395) überschritten wird. Demzufolge fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **1.5**

**1.5.1** Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 3. Februar 2016 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hatte, schloss die Vergabestelle am 23. Februar 2016 den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin. Dadurch wurden die ursprünglichen Hauptanträge der Beschwerdeführerin, soweit sie darin die Aufhebung des Zuschlags und dessen Erteilung direkt an sie selbst beantragt hat, gegenstandslos. Die Beschwerdeführerin änderte dementsprechend in ihrer Eingabe vom 25. April 2016 ihr Rechtsbegehren, welches nur noch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids gerichtet ist.

**1.5.2** Erweist sich eine Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 32 Abs. 2 BöB lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.4.1). Nach dem Schadenersatzrecht des BöB muss ein Feststellungsurteil erwirkt werden, damit anschliessend allenfalls Schadenersatz geltend gemacht werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010, a.a.O., E. 1.4.2). Das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen stellt im Vergaberecht damit ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar. Die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsbegehren sind damit nicht restriktiver als bei einem Beschwerdebegehren, das noch auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung gerichtet ist (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010, a.a.O., E. 1.4.2).

**1.5.3** In der Zwischenverfügung vom 3. Februar 2016 (E. 1.4) wurde der Beschwerdeführerin, welche in ihrer Beschwerdeschrift die Aufhebung des Zuschlags und dessen Erteilung an sie beantragt hatte, die Beschwerdelegitimation hinsichtlich des Primärrechtsschutzes bejaht. Die Beschwerdeführerin wurde für den Zuschlag nicht berücksichtigt. Wäre die Beschwerdeführerin mit ihren Bewertungsrügen bzw. Ausstandsbegehren durchgedrungen oder wäre die von ihr geltend gemachte Verletzung der Beschaffungsgrundsätze begründet, so hätte sie reelle Aussichten auf einen Zuschlag oder auf eine neue Ausschreibung gehabt. Gemäss entsprechender Mitteilung der Vergabestelle wurde der Vertrag in der Zwischenzeit abgeschlossen. Würde das Bundesverwaltungsgericht aber der Argumentation der Beschwerdeführerin in einem der genannten Punkte folgen, so würde es die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zur Beschwerde legitimiert ist.

**1.6** Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Beide Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

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

## **2.**

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

## **3.**

Wie im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung ist auch hier festzuhalten, dass sich die Beschwerde auf drei Problembereiche zusammenfassen lässt. Im Wesentlichen behauptet die Beschwerdeführerin drei verschiedenen Rechtsverletzungen. Erstens rügt sie die Verletzung der Ausstandsvorschriften angesichts der vermuteten Mitwirkung von A. – als Vertreter der E. \_\_\_\_\_ im Rahmen der nEDM-Kooperation – am Vergabeverfahren sowie der zwischen der E. \_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin offenbar bestehenden geschäftlichen Beziehungen (nachfolgend

E. 4 ff.). Zweitens macht sie die Verletzung der Beschaffungsgrundsätze des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Transparenz geltend, insbesondere aufgrund von Abänderungen der technischen Spezifikationen (nachfolgend E. 5 ff.). Drittens beklagt sich die Beschwerdeführerin über eine vergaberechtswidrige Bewertung der Offerten (nachfolgend E. 6 ff.).

#### **4.**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte der verantwortliche Vertreter der E.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, aufgrund seiner Mitwirkung im vorliegenden Vergabeverfahren und der mit der Zuschlagsempfängerin unterhaltenen Geschäftsbeziehungen in den Ausstand treten sollen. Diesbezüglich entgegnet die Vergabestelle, A.\_\_\_\_\_ habe sich zwar an der Spezifizierung der Abschirmung, aber weder am Evaluationsprozess noch am Zuschlagsentscheid beteiligt. Im Rahmen des Projekts n2EDM komme ihm als Vertreter der E.\_\_\_\_\_ bloss eine beratende Funktion zu.

**4.1** Personen, die, wie vorliegend, nach ihrer Mitwirkung an der Vorbereitung der Beschaffung nicht als Anbieter, sondern in einer anderen Funktion am Verfahren beteiligt sind, fallen nicht unter den Ausschlussgrund der Vorbefassung im Sinne von Art. 21a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11). Vielmehr werden allfällige Interessenkonflikte und Befangenheitsgründe in diesen Fällen von der Ausstandspflicht erfasst (CHRISTOPH JÄGER, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, in: BR 2011 S. 4 ff., S. 5).

**4.1.1** Nach Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Insofern haben im Rahmen von Submissionsverfahren auch Anbieter einen Anspruch darauf, dass ihre Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde beurteilt werden (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, Rz. 1071).

Dabei gelten nach Art. 26 BöB die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG, die ausschliesslich auf natürlichen Personen anwendbar sind (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 5 m.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 5 m.H.).

**4.1.2** Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist formeller Natur. Eine in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffene Verfügung ist daher anfechtbar und aufzuheben, und zwar unabhängig davon, ob ein materielles Interesse an ihrer Aufhebung besteht. Aus diesem Grund muss die den Entscheid wegen Verletzung der Ausstandsbestimmungen anfechtende Person nicht nachweisen, dass dieser ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 10 N. 103, m.H.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 557). Andererseits hat der Antragssteller die Umstände zu nennen und glaubhaft zu machen, die einen Ausstandsgrund begründen (BGE 137 II 431 E. 5.2). Dafür ist nötig, dass das Bundesverwaltungsgericht in Würdigung der vorhandenen Beweismittel zur Überzeugung gelangt, dass sich die behaupteten Tatsachen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, wie vorgebracht, so verhalten haben (Urteil des BVGer B-4958/2013 E. 5.3; Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 E. 5.2 m.H.).

Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, wie gross der Aufwand bei einer Wiederholung des Verfahrens wäre (Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 E. 5.2 m.H.).

**4.1.3** Gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, dann in den Ausstand zu treten, wenn sie insbesondere in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Bst. d).

Ein persönliches Interesse nach Bst. a von Art. 10 Abs. 1 VwVG liegt vor, wenn das mit der Sache befasste Behördenmitglied entweder direkt oder indirekt betroffen ist. Direkt betroffen ist es, wenn es ein unmittelbares persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, d.h. wenn der Entscheid für ihn einen direkten Vor- oder Nachteil bewirkt. Bei einer bloss indirekten Betroffenheit hat das Behördenmitglied in den Ausstand zu treten, wenn seine persönliche Interessensphäre durch den Ausgang des Verfahrens spürbar tangiert wird (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 39 ff., KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 539).

Demgegenüber ist der Bst. d von Art. 10 Abs. 1 VwVG als Auffangtatbestand konzipiert, weshalb die dort erwähnten "anderen Gründe" je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sind. Das ist dann

der Fall, wenn Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtswalters objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2, m.H.) oder ob gar nur Anhaltspunkte für eine tatsächliche Voreingenommenheit bestehen (BGE 119 V 456 E. 5c). Weil der Zweck der Ausstandspflichten darin besteht, für die Akzeptanz behördlicher Entscheide durch die Parteien zu sorgen und das Vertrauen der Rechtssuchenden in eine integre Rechtspflege zu schützen, greifen die Ausstandspflichten bereits dann, wenn der blosser Anschein einer Befangenheit oder die blosser Gefahr einer Interessenskollision objektivermassen besteht (vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rz. 533). Auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände, die für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für eine Ausstandspflicht aufweisen, kann zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.1, mit Verweis auf BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 139).

Insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (z.B. eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können den Anschein von Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstandsbegründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 87). Angesichts der Vielzahl möglicher Formen wirtschaftlicher Interessenverflechtungen hängt es im Kontext von Ausstandsfragen, bei denen ein früherer Arbeitgeber vom Verfahren betroffen ist, von der Dauer der Anstellung, der Zeitspanne seit Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie der Position des ehemaligen Arbeitnehmers ab, ob die Besorgnis der Befangenheit begründet ist (SCHINDLER, a.a.O., S. 115; vgl. dazu das Urteil des BVGer B-4958/2013 E. 5.4 sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 E. 5.3.2).

Wird ein besonders freundschaftliches oder besonders feindschaftliches Verhältnis bzw. eine geschäftliche Beziehung zwischen einem Angestellten oder einer Hilfsperson der Verwaltung und einer Partei beanstandet, kann praxisgemäss nur bei Vorliegen spezieller Umstände und mit Zurückhaltung eine Voreingenommenheit dieser Person angenommen werden (vgl. BGE 139 I 121 E. 5.1).

Nach fester Gerichtspraxis wird gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Mangel so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Denn es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3; Urteil des BVGer A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.2). Insofern sind Ausstandsgründe im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid in der Hauptsache nur noch zu hören, wenn der Beschwerdeführer vorher keine Kenntnis von ihnen hatte oder deren Geltendmachung aus anderen Gründen nicht möglich war (Urteil des BVGer B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.5; Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 E. 5.5, vgl. zu den weiteren Relativierungen dieser Praxis KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 537), mithin also nur, wenn dem Betroffenen nicht vorgeworfen werden muss, dass er den Ausstandsgrund zumutbarerweise bspw. aus ökonomischen Gründen nicht früher hätte geltend machen müssen.

**4.2** Im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung erkannte das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die Verfahrensakten Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin erst im Rahmen der schriftlichen Beantwortung ihrer Fragen zur vorliegend umstrittenen Zuschlagserteilung durch die Vergabestelle (vgl. Beilage 17 zur Vernehmlassung) über sämtliche Informationen für die Begründung ihres Ausstandsbegehrens verfügen konnte, insbesondere hinsichtlich der Mitwirkung von A.\_\_\_\_\_ bei der Erstellung der Spezifikationen. Es kam in der Folge zum Schluss, dass der Zuschlagsempfängerin das Stellen eines solchen Ausstandsbegehrens in einem früheren Zeitpunkt als im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht zumutbar gewesen wäre. Auch mit Bezug auf das vorliegende Endurteil kann der Beschwerdeführerin daher nicht vorgeworfen werden, die Ausstandsgründe sei verwirkt (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5452/2015 E. 4.2 m.w.H.), zumal die Vergabestelle im auf den genannten Zwischenentscheid folgenden Schriftenwechsel keine entsprechenden Einwendungen erhoben hat.

### 4.3

**4.3.1** Die Beschwerdeführerin begründet ihr Ausstandsbegehren damit, dass A. \_\_\_\_\_ als Vertreter der E. \_\_\_\_\_ im Rahmen der nEDM-Kooperation mit der Zuschlagsempfängerin geschäftliche Beziehungen unterhalte, weil die Zuschlagsempfängerin für die E. \_\_\_\_\_ vier magnetisch abgeschirmte Räume gebaut habe. Sie geht davon aus, dass A. \_\_\_\_\_ im Rahmen der Kooperation eine führende Rolle habe und für Abnahmemessungen zuständig sei, zu deren Durchführung Messungen mit Squid-Systemen erforderlich seien, welche ihrerseits das Kerngebiet der E. \_\_\_\_\_ bildeten. Die Beschwerdeführerin stützt sich zudem auf eine Aussage von A. \_\_\_\_\_, wonach dieser von einem Dokument der Zuschlagsempfängerin Kenntnis habe, welches die Gründe nenne, warum diese auf die erste Ausschreibung kein Angebot abgegeben habe und die Bedingungen aufzähle, unter welchen sie ein Angebot unterbreiten würde. Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf die "geschäftliche Beziehung" zwischen einem in der Zwischenzeit verstorbenen Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin und A. \_\_\_\_\_. Aufgrund der geschäftlichen Beziehung könne A. \_\_\_\_\_ ein Interesse an einer Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin haben.

**4.3.2** Die Vergabestelle erachtet den Vorwurf der Missachtung von Ausstandsvorschriften als unbegründet. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin sei A. \_\_\_\_\_ weder am Evaluationsprozess noch am Entscheid für die Offerte der Zuschlagsempfängerin beteiligt gewesen. Vielmehr habe er ausschliesslich am Prozess der Spezifizierung der Abschirmung, insbesondere an der Definition von verschiedenen Materialklassen und deren magnetischen Eigenschaften, mitgewirkt. Im Rahmen des Projekts n2EDM habe A. \_\_\_\_\_ nur eine beratende, aber keine führende Funktion. Nicht er, sondern G. \_\_\_\_\_ vom PSI habe das Spezifikationsdokument verfasst. Auch treffe es nicht zu, dass A. \_\_\_\_\_ für die Abnahmemessungen zuständig sei. Da A. \_\_\_\_\_ als Weltexperte in Entmagnetisierung gelte, seien die von ihm entwickelte und publizierte Methode der Anlage der Entmagnetisierungsspulen übernommen worden.

Soweit die Beschwerdeführerin auf eine Aussage von A. \_\_\_\_\_ hinweise, gemäss welcher die Zuschlagsempfängerin in einem Dokument erörtert habe, warum sie anlässlich der ersten Ausschreibung kein Angebot eingereicht habe bzw. unter welchen Bedingungen, sie ein Angebot einreichen würde, sei ihre Behauptung ohne Angabe eines konkreten Dokuments

nicht hinreichend begründet. Sollte sie die E-Mail der Zuschlagsempfängerin vom 17. Oktober 2013 meinen, mit welcher diese die Gründe für die Nichteinreichung einer Offerte im ersten Ausschreibungsverfahren nenne, so enthalte diese keine Bedingungen im Hinblick auf eine zukünftige Angebotseinreichung.

Die Vergabestelle führt weiter aus, sie habe davon Kenntnis, dass die E.\_\_\_\_\_ im Rahmen eines offenbar vom deutschen Bundesbauamt ausgeschriebenem Vergabeverfahrens Absicherungen der Zuschlagsempfängerin erworben habe. Somit bestehe zwischen der E.\_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin eine Auftragsbeziehung, was nicht mit gleichgerichteten Interessen gleichzusetzen sei. Im Weiteren präzisiert die Vergabestelle, in den vergangenen Jahren habe die E.\_\_\_\_\_ zwei Forschergruppen, dem PSI und der F.\_\_\_\_\_, dabei geholfen, magnetische Absicherungen zu spezifizieren. Die Beschwerdeführerin habe im Falle der Ausschreibung der F.\_\_\_\_\_ den Zuschlag erhalten, wobei sie die Involvierung der E.\_\_\_\_\_ und insbesondere von A.\_\_\_\_\_ nicht beanstandet habe.

Die Vergabestelle vermutet eine geschäftliche Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und der Firma C.\_\_\_\_\_. Das äussere sich darin, dass B.\_\_\_\_\_, ehemaliger Mitarbeiter beim PSI, bei wissenschaftlichen Veranstaltungen und Interessenten für magnetische Absicherungen der Beschwerdeführerin Werbung betreibe. Im Rahmen einer Kooperation zwischen PSI und der F.\_\_\_\_\_ seien die ersten Spezifikationen für eine magnetische Absicherung der nEDM-Kooperation am PSI erarbeitet worden, wobei eine Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin begonnen habe und B.\_\_\_\_\_ vom grossen Fachwissen der Experten der E.\_\_\_\_\_, insbesondere von A.\_\_\_\_\_, habe profitieren können. Nachdem die Kooperation zwischen PSI und F.\_\_\_\_\_ 2011 beendet worden sei, betreibe B.\_\_\_\_\_ ein Konkurrenzprojekt an der F.\_\_\_\_\_, in dem es zu einer offensichtlichen Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin gekommen sei.

**4.3.3** Im Rahmen des Verfahrens hinsichtlich des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung ergaben sich bereits gewisse Erkenntnisse über die Rolle von A.\_\_\_\_\_ und die mit der E.\_\_\_\_\_ unterhaltenen Beziehungen.

**4.3.3.1** Die Vergabestelle hat in ihren Eingaben unter Hinweis auf Beilage 18 (Stellungnahme zur E.\_\_\_\_\_, bestätigt durch A.\_\_\_\_\_ und

H. \_\_\_\_\_) und 19 (Antworten der Vergabestelle zu den Fragen der Beschwerdeführerin) der Vernehmlassung darlegen können, dass A. \_\_\_\_\_ als Vertreter der E. \_\_\_\_\_ im Rahmen der nEDM-Kooperation - auf der Basis eines Kooperationsvertrags - eine beratende Funktion einnimmt. Diese kommt in seiner Mitwirkung bei der Spezifizierung der Abschirmung im Projekt sowie bei der Definition von verschiedenen Material-Klassen und deren magnetischen Eigenschaften zum Ausdruck. Indessen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, wonach A. \_\_\_\_\_ eine führende Funktion im Rahmen des nEDM-Projekts ausübt und am Evaluationsprozess beteiligt war. Vielmehr ergibt sich aus der Home Page der nEDM-Kooperation (Beilage 17 zur Vernehmlassung), dass die Vergabestelle, die ETH Zürich und das Labor für Teilchenphysik des Wissenschaftlichen Instituts in Caen (F) die Federführung beim gesamten Projekt haben. Gemäss der Stellungnahme zur E. \_\_\_\_\_ (Beilage 18 zur Vernehmlassung) soll A. \_\_\_\_\_ am vorliegenden Vergabeentscheid nicht beteiligt gewesen sein. Der Vergabestelle gelingt es ausserdem, u.a. gestützt auf die Beilage 19 der Vernehmlassung (Antworten der Vergabestelle zu den Fragen der Beschwerdeführerin; vgl. Vernehmlassung S. 15 f.) glaubhaft darzulegen, dass die Abnahmemessungen in erster Linie durch eigene PSI-Experte geleitet und durchgeführt werden, unter Mitarbeit der Universitäten Fribourg, Mainz und Sussex, wobei sie sich lediglich vorbehalten hat, eventuell mit A. \_\_\_\_\_ zusammenzuarbeiten. Indessen sind die Ausführungen der Vergabestelle betreffend allfällige Beziehungen der Beschwerdeführerin zu A. \_\_\_\_\_ im Rahmen der Zuschlagserteilung für die Ausschreibung der F. \_\_\_\_\_ sowie zur Firma C. (vgl. vorne E. 4.3.2) nicht relevant, um Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen A. \_\_\_\_\_ bzw. der E. \_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin zu ziehen.

**4.3.3.2** Die Vergabestelle beteuert mehrfach, dass A. \_\_\_\_\_ Verfasser weder des Spezifikationsdokuments noch des Evaluationsberichts sei und ihm im Rahmen der nEDM-Kooperation und des vorliegenden Vergabeverfahrens bloss eine beratende Funktion zukomme.

Diesbezüglich gilt es anzumerken, dass die Frage, ob ein Ausstandsgrund nur dann zu bejahen ist, wenn eine von der Vergabestelle beigezogene Person an der Offertbewertung mitgewirkt hat und nicht aber schon dann, wenn sich dieser an der Vorbereitungsphase beteiligt hat, umstritten ist. In der Doktrin wird die Ansicht vertreten, dass eine solche Person bereits durch ihre Beteiligung an der Vorbereitung und Erstellung der Ausschreibungsunterlagen, namentlich der technischen Spezifikationen, einen ent-

scheidenden Einfluss auf den Vergabeentscheid ausüben und einen Ausstandsgrund auslösen kann (vgl. MARTIN BEYELER in: BR/DC 2014/1 S. 30 sowie BR/DC 2017 S. 39). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-536/2013 vom 29. Mai 2013 in E. 1.4.3.3.2 vorab auf die Bewertungsphase abgestellt, aber in späteren Fällen diese Frage offen gelassen (vgl. Urteil des BVGer B-3563/2016 vom 22. September 2016 E. 2.5.3; Zwischenentscheid des BVGer B-804/2014 vom 16. April 2014 E. 6.2 m.w.H.). Aus heutiger Sicht ist festzuhalten, dass eine Beeinflussung des Vergabeverfahrens durch einen Berater sowohl in der Vorbereitungsphase als auch im Rahmen der Offertbewertung je nach den Umständen der konkreten Situation als möglich erscheint. Ob der Beitrag in der Vorbereitungsphase oder in der Bewertung der Offerten geleistet wurde, ist an sich nicht matchentscheidend. Vielmehr kommt es für die Bejahung eines Ausstandsgrunds massgeblich auf die im Einzelfall bestehende Art, den Zeitpunkt und die Intensität der geschäftlichen Beziehungen an.

**4.3.3.3** Es kann mit der Vergabestelle davon ausgegangen werden, dass es sich beim Markt für magnetisch abgeschirmte Räume sowohl auf Seiten der Auftraggeber als auch auf Seiten der Offerenten um einen sehr beschränkten Markt handelt. So erscheint nicht unüblich, dass sich bei Forschungsprojekten dieser Grössenordnung immer wieder die gleichen Institutionen und Anbieter gegenüberstehen und sich die verschiedenen Akteure gegenseitig kennen.

Vorliegend ist nicht bestritten, dass die E.\_\_\_\_\_, vertreten durch A.\_\_\_\_\_, in der Vergangenheit zwei Forschergruppen des PSI und der F.\_\_\_\_\_ bei der Spezifikation magnetischer Abschirmungen beratend unterstützt hat. Im Fall einer Ausschreibung der F.\_\_\_\_\_ wurde der Beschwerdeführerin der Zuschlag erteilt, so wie auch die Zuschlagsempfängerin für einige Ausschreibungen für die E.\_\_\_\_\_ berücksichtigt wurde. In den wissenschaftlichen Publikationen gemäss Beilage 1 und 2 der Vernehmlassung tauchen als Autoren unter anderem Vertreter der E.\_\_\_\_\_ (A.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_), der F.\_\_\_\_\_ (B.\_\_\_\_\_) und der Beschwerdeführerin (D.\_\_\_\_\_) gleichzeitig auf, was zumindest als Indiz für wissenschaftliche Beziehungen gedeutet werden kann. Solche Umstände allein vermögen jedoch keine hinreichend enge wirtschaftliche Beziehung zu begründen. Vielmehr ist in solchen Fällen ein Ausstandsgrund nur dann anzunehmen, wenn konkrete Hinweise auf einen genügenden Intensitätsgrad der vermuteten Verbindungen schliessen lassen. Diesbezüglich wird vorausgesetzt, dass die Intensität und Qualität der gerügten Beziehungs-

nähe das Mass des sozial Üblichen übersteigt und bei objektiver Betrachtung geeignet ist, sich auf die Partei selbst oder deren Prozess auszuwirken, und derart den Anschein der Befangenheit hervorzurufen (vgl. BGE 139 I 121 E. 5.1).

Letztlich sollte im Fall eines kleinen Beschaffungsmarkts die Durchführung eines Submissionsverfahrens, welches den wirtschaftlichen Einsatz von öffentlichen Mittel zum Ziel hat, nicht durch eine allzu strenge Handhabung der Ausstandsvorschriften behindert oder sogar verunmöglicht werden.

**4.3.3.4** Die Beschwerdeführerin geht von einer geschäftlichen Beziehung zwischen der E. \_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin aus, weil Letztere in der Vergangenheit für die E. \_\_\_\_\_ mindestens vier magnetisch abgeschirmte Räume gebaut haben soll. Dies wird in der Stellungnahme zur E. \_\_\_\_\_ zum Teil auch bestätigt (vgl. Beilage 18 der Vernehmlassung). Ergänzend ist anzumerken, dass für solche öffentlichen Beschaffungen in Deutschland eine Ausschreibungspflicht gilt und Auftraggeber dieser öffentlichen Beschaffung nicht die E. \_\_\_\_\_ selber, sondern das deutsche Bundesbauamt war (vgl. Beilage 18 der Vernehmlassung, sowie Beilage 2 der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 12. Januar 2015). Allein das Vorliegen dieser einzelnen, abgeschlossenen und auf einige Jahre zurückliegenden Mandate kann ohne nähere Begründung seitens der Beschwerdeführerin nicht genügen, um den Anschein der Befangenheit zu bejahen. Aufgrund dieser Sachlage lässt sich nachvollziehen, dass die Vergabestelle in der Beziehung zwischen der E. \_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin keine gleichgerichteten Geschäftsinteressen erblickt, welche zur Annahme eines Ausstandsgrunds führen könnten.

Darüber hinaus leitet die Beschwerdeführerin ausschliesslich aus der E-Mail vom 21. März 2015 (Beilage 3 der Replik), mit welcher A. \_\_\_\_\_ Herrn D. \_\_\_\_\_ (X. AG) vom Ableben eines Mitarbeiters der Zuschlagsempfängerin in Kenntnis gesetzt hat, das Vorliegen einer längeren geschäftlichen Beziehung zwischen der E. \_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin und daher einen Ausstandsgrund für A. \_\_\_\_\_ ab. In Ergänzung zum Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung ist hier festzuhalten, dass besagte, von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte E-Mail kein taugliches Mittel bilden kann, um auf eine dauerhafte und intensive geschäftliche Beziehung zu schliessen. Die Beschwerdeführerin argumentiert nicht konsequent, wenn sie einerseits die eigenen Beziehungen zu A. \_\_\_\_\_ als Vertreter der E. \_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der Beschaffung des abgeschirmten Raums in (Ortsbezeichnung), für welchen sie

den Zuschlag erhielt, als nicht entscheidend abzutut aber andererseits die ihrer Ansicht nach aktuell weiterhin bestehenden Beziehungen zwischen A.\_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin nur auf den ebenfalls abgeschlossenen Kauf der abgeschirmten Räume durch die E.\_\_\_\_\_ und auf die erwähnte E-Mail vom 21. März 2015 stützt.

Ebenso wenig lässt sich in der nicht näher belegten Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach A.\_\_\_\_\_ von einer E-Mail der Zuschlagsempfängerin gewusst haben soll, mit welcher sie die Gründe für die Nichteinreichung einer Offerte im ersten Vergabeverfahren genannt habe, ein Ausstandsgrund erblicken. Auch in diesem Punkt erschöpft sich die Argumentation der Beschwerdeführerin im Wesentlichen in nicht näher erhärteten Mutmassungen und Spekulationen. Diesbezüglich ist die Vergabestelle in ihrer Duplik von der Annahme ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin möglicherweise die E-Mail der Zuschlagsempfängerin vom 17. Oktober 2013 anspreche. Beim besagten, an die Vergabestelle gerichteten E-Mail-Schreiben handelt es sich um eine Rückmeldung der Zuschlagsempfängerin zur ersten, damals abgebrochenen Ausschreibung vom 9. September 2013 (Beilage 53 zur Vernehmlassung). Ein Zusammenhang mit A.\_\_\_\_\_ ist darin aber nicht ersichtlich.

Die Vergabestelle erklärt, weshalb die Anmerkungen der Zuschlagsempfängerin in ihrer E-Mail vom 17. Oktober 2013 aus ihrer Sicht nicht als Bedingungen für eine Angebotseinreichung interpretiert werden können und inwiefern diese Vorschläge mit denjenigen der Beschwerdeführerin gemäss deren Schreiben vom 5. Dezember 2013 übereinstimmen und Eingang in das Spezifikationsdokument gefunden haben. Dies hat die Beschwerdeführerin in ihren Rechtschriften bis zum Zwischenentscheid unbestritten gelassen. Erst in ihrer danach eingereichten Eingabe vom 25. April 2017 hält sie aufgrund der Ausführungen der Vergabestelle für offensichtlich, dass die Spezifikationen den Wünschen der Zuschlagsempfängerin angepasst worden seien, ohne sich mit dem Inhalt der E-Mail vom 17. Oktober 2013 im Einzelnen auseinanderzusetzen. Soweit die Beschwerdeführerin im Ablauf des Vergabeverfahrens generell eine Missachtung der Ausstandsvorschriften sieht, ist anzumerken, dass Verfahrens- oder andere Rechtsfehler gemäss der bundesgerichtlichen Praxis den Anschein der Befangenheit nur in ganz besonderen Ausnahmefällen begründen können, beispielsweise wenn sie wiederholt begangen wurden und so schwer wiegen, dass sie eine Verletzung der Richterpflicht bzw. eine Amtspflichtverletzung darstellen (BGE 115 Ia 400 E. 3b S. 404; 116 Ia 135 E. 3a

S. 138). Wie in der Auseinandersetzung mit den Rügen bezüglich der Verletzung der Beschaffungsgrundsätze aufzuzeigen sein wird (vgl. E. 5 ff.), ist dies vorliegend aber nicht der Fall.

**4.4** Mit ihren weiteren Darlegungen gemäss Eingabe vom 25. April 2016 im Hauptverfahren hält die Beschwerdeführerin an ihrem Ausstandsbegehren fest. Ihre pauschale Kritik verfängt aber nicht.

Erneut unterstellt die Beschwerdeführerin A. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_ aufgrund ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren und des Kundenverhältnisses mit der Zuschlagsempfängerin eine besondere Nähe zu Letztgenannter. Weiter hält sie A. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_ vor, sie hätten Jahre in die Entmagnetisierung vom (Referenzprojekt) investiert, ohne annähernd auf ein gleiches Restfeld wie bei der Magnetabschirmung an der F. \_\_\_\_\_ zu kommen, weshalb sie ein Problem darin sähen, wenn die F. \_\_\_\_\_ mit wesentlich weniger Aufwand bessere Ergebnisse vorweisen könne. Weil die Referenz der Zuschlagsempfängerin die Spezifikationen nie erfüllt habe, was zu einem Rechtsstreit zwischen J. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_ geführt habe, habe die E. \_\_\_\_\_ ein Interesse daran, nicht weiter ins Hintertreffen zu geraten.

Auch aus dieser Eingabe lassen sich keine genügend konkreten Anhaltspunkte erkennen, welche den Anschein einer das sozial Übliche übersteigende Beziehung zwischen der E. \_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin hervorzurufen und die im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung gewonnen Erkenntnisse in Zweifel zu ziehen vermögen. Die Argumentation der Beschwerdeführerin beschränkt sich einmal mehr auf reine Mutmassungen und setzt sich überdies auch mit der prima-facie-Beurteilung des Gerichts nicht auseinander. Mangels Nennung oder Ersichtlichkeit konkreter, ausstands begründender Umstände kann der von ihr geltend gemachte Ausstandsgrund nicht als glaubhaft erscheinen.

**4.5** Die Beschwerdeführerin erhofft sich aus der Abnahme der von ihr angebotenen Beweismittel, insbesondere aus den Zeugenaussagen unter anderem von D. \_\_\_\_\_ (der X. AG) und A. \_\_\_\_\_ sowie aus einer Parteibefragung, eine Konkretisierung und Begründung ihres Ausstandsbegehrens (vgl. Eingabe vom 25. April 2018, S. 8).

**4.5.1** Das Beweisantragsrecht im Verwaltungsverfahren des Bundes wird in Art. 33 VwVG (SR 172.021) konkretisiert. Nach dessen Abs. 1 nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des

Sachverhalts tauglich erscheinen. Das Beweisantragsrecht ist ein Teilaspekt der Mitwirkungsrechte der Betroffenen an der Beweiserhebung und fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 VwVG, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die Behörde hat die Pflicht, die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese würden eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder seien offensichtlich untauglich, über den streitigen Umstand Beweis zu erbringen. Ferner kann die Behörde im Einzelfall von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (sog. antizipierte Beweiswürdigung). Insofern kommt der Behörde bei der Auswahl der abzunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu (BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 33 N. 21 ff., m.w.H.). In antizipierter Beweiswürdigung kann namentlich auch eine Abnahme von Beweisen, die an einem bereits feststehenden Resultat nichts Relevantes mehr zu ändern vermögen, abgelehnt werden. Demnach kann einem angebotenen Beweismittel der rechtsgenügende Beweiswert mittels antizipierter Beweiswürdigung abgesprochen werden, wenn sich der offerierte Beweis in einer vorgängigen (summarischen) Würdigung als nicht geeignet erweist, an dem bereits hinreichend abgeklärten Sachverhalt etwas zu ändern (Urteil des BVerfG E-56/2017 vom 30. Januar 2017 E. 5.2.2; vgl. auch BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 131 I 153 E. 3 S. 157).

**4.5.2** Aufgrund der Aktenlage, d.h. gestützt auf die Eingaben der Parteien und der genannten Beilagen (vgl. vorne E. 4.3.3.1 bis E. 4.4), gelangt das Bundesverwaltungsgericht zur Überzeugung, dass insgesamt keine Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein einer über das sozial Übliche hinausgehende Geschäftsbeziehung zwischen der E.\_\_\_\_\_, vertreten durch A.\_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin zu erwecken vermögen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts sind die zusätzlich beantragten Zeugeneinvernahmen nicht geeignet, an diesem Beweisergebnis etwas zu ändern. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Befragung von D.\_\_\_\_\_, der bei der Beschwerdeführerin tätig ist und diese auch in diversen Publikationen vertritt, und von B.\_\_\_\_\_, mit welchem die Beschwerdeführerin laut ihren Angaben eine Geschäftsbeziehung unterhielt (vgl. Replik ad 15), neue objektive und entscheidungswesentliche Tatsachen zutage fördern würde, die nicht bereits in den Rechtsschriften und Beilagen der Beschwerdeführerin enthalten sind. Was die Rolle von A.\_\_\_\_\_ und die in der Vergangenheit abgeschlossenen Lieferungen von magnetischen Abschirmungen, aus welcher die Beschwerdeführerin eine geschäftliche Beziehung ableitet, anbelangt, ist von einer Befragung von

A. \_\_\_\_\_ und Vertretern der Vergabestelle kein weiterer Erkenntnisgewinn zu erwarten. Es ist diesbezüglich nicht davon auszugehen, dass diese von der Beschwerdeführerin als Zeugen vorgeschlagenen Personen andere Aussagen machen würden, die nicht bereits aus den Eingaben und berücksichtigten Beweismitteln der Vergabestelle hervorgehen.

Nach dem Gesagten kann daher auf die zusätzlich beantragten Partei- und Zeugenbefragungen in antizipierter Beweismäßigkeit verzichtet werden. Im Übrigen legt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert dar, inwiefern die in Aussicht gestellten Aussagen der von ihr genannten Zeugen ihr Ausstandsbegehren genau konkretisieren sollten, mithin Geschäftsbeziehungen nahelegen, deren Intensität und Qualität das Mass des sozial Üblichen übersteigen. Es kann vom Bundesverwaltungsgericht auch nicht erwartet werden, jeder auf generellen Hinweisen und subjektivem Empfinden beruhende Erklärung für einen Ausstandsgrund nachzugehen (vgl. Urteil des BGer 1C\_488/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.3).

**4.6** Zusammenfassend gilt es festzuhalten, dass die Vorwürfe der Beschwerdeführerin mit Bezug auf eine Verletzung der Ausstandspflicht ins Leere stossen.

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung der Beschaffungsgrundsätze geltend, insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz. Sie erachtet den Ablauf des vorliegenden Vergabeverfahrens weder für nachvollziehbar noch für transparent. Vielmehr lasse dieser erkennen, dass die technischen Anforderungen so oft abgeändert und alles daran gesetzt worden sei, dass der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin erteilt werden könne. Insbesondere habe die Vergabestelle nach dem Widerruf des Zuschlags die technischen Rahmenbedingungen mit Schreiben vom 9. Juni 2015 nochmals geändert. Die Beschwerdeführerin kann nicht verstehen, warum der Zuschlagsempfängerin der Zuschlag erteilt wurde, nachdem ihr die Vergabestelle mit E-Mail vom 10. Februar 2015 bestätigt habe, dass sie entgegen der Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot die technischen Anforderungen zu 100% erfülle. Ausserdem bemängelt die Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle nicht publizierte Kriterien bewertet und einzelne publizierte Kriterien wie die Referenzen nicht in die Bewertung aufgrund der Zuschlagskriterien mit einbezogen habe. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips erblickt die Beschwerdeführerin auch im Umstand, dass die Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen der

Zuschlagsempfängerin und der Vergabestelle von Ersterer erst am 27. März 2014 unterzeichnet worden sei, d. h. ca. 3 Monate vor der zweiten Ausschreibung in SIMAP. Sie gehe davon aus, dass im Vorfeld der zweiten Ausschreibung Gespräche zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Vergabestelle stattgefunden hätten. Deshalb sei die Vergabestelle aufzufordern, offen zu legen, wie die tieferen Spezifikationen in der zweiten Ausschreibung zustande gekommen seien. Die Beschwerdeführerin verlangt die uneingeschränkte Einsicht in die Angebote und Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es keine Publikationen gebe, wonach die Zuschlagsempfängerin die geforderten Spezifikationen bezüglich Restfeld und dessen Gradienten erfüllt habe.

Die Vergabestelle bestreitet die Vorwürfe der Beschwerdeführerin. Sie verweist auf ihre gemeinsame langjährige Zusammenarbeit im Vorfeld der ersten Ausschreibung. Während dieser Zeit habe die Beschwerdeführerin zwei Studien für sie erstellt. Für die n-EDM-Kooperation sei die Beschwerdeführerin damals als einzige ernsthafte Anbieterin für die Abschirmlösung in Frage gekommen. Nachdem diese aber eine offensichtlich über den finanziellen Mitteln liegende Offerte eingereicht habe, sei die erste Ausschreibung aufgrund der nicht vorhandenen Finanzmittel abgebrochen worden. Anlässlich eines am 25. November 2013 mit der Beschwerdeführerin geführten Gesprächs, habe diese eine Liste von kostentreibenden Komponenten erstellt, aufgrund welcher sie eine zwar preisreduzierte aber immer noch den Budgetrahmen sprengende Offerte eingereicht habe (vgl. Beilage 15 der Vernehmlassung: Erklärung X. AG Vergleich Angebote, E-Mail vom 5. Dezember 2013). Das habe zum Verfahrensabbruch geführt. Mit E-Mail vom 20. Januar 2014 habe die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass es zu einer neuen Ausschreibung mit geänderten Spezifikationen im Sinne der erstellten Liste kommen werde. Damit sei die Beschwerdeführerin schon vor der zweiten Ausschreibung detailliert informiert gewesen. Die Vergabestelle räumt ein, dass ihr die Zuschlagsempfängerin mit E-Mail vom 17. Oktober 2013 beziehungsweise auf die erste Ausschreibung ihre Anmerkungen mitgeteilt habe, warum sie kein Angebot einreichen werde. Von diesen Anmerkungen seien einzig die Anforderungen bezüglich "Verkupfern der Übergänge statt vergolden" sowie "Vergrößerung der Aussenschale" berücksichtigt worden, welche übrigens auch den Vorschlägen der Beschwerdeführerin in ihrer E-Mail vom 5. Dezember 2013 entsprächen.

Im Weiteren beteuert die Vergabestelle, die technischen Anforderungen seien nur nach Abbruch des ersten Vergabeverfahrens abgeändert und insbesondere nicht mit ihrem Schreiben vom 9. Juni 2015 initiiert worden. Bei den angesprochenen Änderungen handle es sich um diejenigen Änderungen im Spezifikationsdokument, die mit den Anbieterinnen anlässlich der Verhandlungen vom November 2014 diskutiert worden seien. Das vorliegende Verfahren sei transparent geführt worden. So habe sich die Vergabestelle von beiden Offerentinnen den Ablauf des Verfahrens vor Offertstellung bis zum Zuschlag bestätigen lassen und ihnen absolute Vertraulichkeit zugesichert. Zudem sei es klar gewesen, dass bei der Bewertung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien die Referenzen nicht zu berücksichtigen waren.

Zwar treffe es zu, dass in einer E-Mail vom 10. Februar 2015 von Herrn I.\_\_\_\_\_ der Vergabestelle an die Beschwerdeführerin bestätigt worden sei, dass sie die technischen Anforderungen zu 100% erfüllt habe. Jedoch sei dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bekannt, dass Herr I.\_\_\_\_\_ einzig mit der kommerziellen Seite der Ausschreibung befasst sei und weder die technische Kompetenz noch die Ermächtigung für eine solche Behauptung habe. Seine Aussage bedeute nicht, dass die Zuschlagsempfängerin die Spezifikationen nicht erfülle, wie es die Beschwerdeführerin gerne sähe.

**5.2** Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB ist das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Die Auftraggeberin beschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikation) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu verändern

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge abändert, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2).

Entsprechend dem Grundsatz der Transparenz muss ferner die Prüfung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien (Art. 25 VöB) durch die Vergabestelle dokumentiert werden und nachvollziehbar sein (Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.5; Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 3b m.H.).

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2). Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. m.H.) und entspricht einerseits dem Zweck von Art. 31 BöB (vgl. dazu E. 2 hiavor) und andererseits dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie er in Art. 21 Abs. 1 BöB als massgebend bezeichnet wird.

**5.2.1** Ein Vergleich zwischen der ersten (Sachverhalt A.a) und der zweiten Ausschreibung (Sachverhalt B.a) ergibt, dass eine Änderung der technischen Spezifikationen vorgenommen wurde. Der detaillierte Projektbeschrieb in der ersten Ausschreibung unterscheidet sich von demjenigen der zweiten Ausschreibung in der Angabe zum quasistatischen magnetischen Abschirmfaktor (grösser als 100'000 in der ersten, grösser als 70'000 in der zweiten Ausschreibung). Weitere Änderungen der technischen Spezifikationen lassen sich einem Vergleich zwischen dem ersten und dem zweiten Spezifikationsdokument (Beschwerdebeilagen 8, S. 5 und 4, S. 8) entnehmen. Im zweiten Spezifikationsdokument werden das Restfeld bzw. die Restfeldgradienten von ursprünglich 0.1 nT/m auf 0.5 nT bzw. von ursprünglich 0.1 nT/m auf 0.3 nT/m erhöht, wie die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 25. April 2016 zu Recht festhält. Darüber hinaus substantiiert die Beschwerdeführerin allerdings nicht, inwiefern und an welchen Stellen die technischen Spezifikationen in vergaberechtswidriger Weise abgeändert worden wären, obwohl sie ihrer Beschwerde sowohl das

alte als auch das neue Spezifikationsdokument beilegt. Sie präzisiert lediglich, dass die technischen Anforderungen in der zweiten Ausschreibung tiefer angesetzt worden seien. Wenn es ihr wirklich daran gelegen wäre, die technischen Spezifikationen im zweiten Vergabeverfahren zu kritisieren, hätte die Beschwerdeführerin eine Beschwerde gegen die Ausschreibung erheben müssen. Würde die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Definition der technischen Spezifikationen weiterhin beanstanden, wären ihre Vorbringen als verspätet zu betrachten. Selbst bei zulässiger Anfechtung der Definition der technischen Spezifikationen wäre ihr ein widersprüchliches Verhalten zu attestieren, nachdem sie der Vergabestelle den Verfahrensablauf bestätigt hatte. Im Weiteren lässt die Beschwerdeführerin die Darlegungen der Vergabestelle in der Duplik zur Frage, inwiefern ihre mit Brief vom 5. Dezember 2013 gemachten Vorschläge, insbesondere zum Schirmfaktor, Restfeld und Restfeldgradient, in das Spezifikationsdokument eingeflossen sind, weitgehend unkommentiert. Ebenso wenig beanstandet die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vergabestelle zur E-Mail der Zuschlagsempfängerin vom 17. Oktober 2013, welche die Vergabestelle entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin im Laufe des Beschwerdeverfahrens edierte (Beilage 53 der Duplik, welche der Beschwerdeführerin am 9. Dezember 2015 übermittelt wurde). Im Übrigen lässt sich die Tragweite der erwähnten E-Mail-Korrespondenz insoweit relativieren, als sie zeitlich noch vor der zweiten Ausschreibung abgewickelt wurde.

Die Beschwerdeführerin beschränkt ihre Begründung wiederholt darauf, dass durch A.\_\_\_\_\_ Informationen an die Zuschlagsempfängerin gelangt seien und Letztere im Vorfeld der zweiten Ausschreibung Gespräche mit der Vergabestelle durchgeführt habe. Auch insinuiert sie, dass die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sei, eine Magnetabschirmung mit den vorgegebenen Spezifikationen zu bauen. Wie bereits im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung festgehalten wurde, bewegen sich die Argumente der Beschwerdeführerin insgesamt im spekulativen Bereich und setzen sich mit den konkreten Tatsachen nicht auseinander. Ferner unterlässt es die Beschwerdeführerin, auch in der Eingabe vom 25. April 2016 diesbezüglich ergänzende und konkrete Ausführungen zu machen.

**5.2.2** Im submissionsrechtlichen Rechtsmittelverfahren des Bundes gilt zwar grundsätzlich die Untersuchungsmaxime (Art. 26 BÖB i.V.m. Art. 12 VwVG). Dieser Grundsatz wird aber durch die Mitwirkungspflichten der Parteien sowie durch eine die Parteien betreffende Begründungs- bzw. Substanziierungspflicht relativiert (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O.,

N 1380 f.). Danach obliegt es grundsätzlich dem Beschwerdeführer, in seiner Beschwerde oder – nach gewährter Akteneinsicht – in weiteren Eingaben die notwendigen Sachvorbringen vorzutragen, die auf eine Verletzung submissionsrechtlicher Bestimmungen durch den angefochtenen Vergabentscheid schliessen lassen. Es kann daher nicht Sache des Gerichts sein, auf jeden pauschalen oder spekulativen Einwand der Beschwerdeführerin einzugehen. Dies umso mehr, als keine Anhaltspunkte für eine Verletzung der vergaberechtlichen Verfahrensprinzipien ersichtlich sind, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

**5.2.3** Die Beschwerdeführerin stellt die Sachverhaltsdarstellung der Vergabestelle betreffend ihre gemeinsame Zusammenarbeit vor der ersten Ausschreibung und die Umstände, die zum Abbruch des ersten Verfahrens führten, an sich nicht in Abrede. Entsprechend der Begründung der Abbruchverfügung vom 8. Januar 2014 bezüglich der ersten Ausschreibung war sich die Beschwerdeführerin dessen bewusst, dass ihre Offerte die an die geschätzten Kosten gestellten Anforderungen nicht erfüllte (vgl. Sachverhalt Bst. A.b).

Soweit die Beschwerdeführerin auf die Begründung der Verfügung vom 25. Februar 2015 betreffend den Widerruf des Zuschlags im zweiten Vergabeverfahren verweist, wo festgehalten wird, dass die Evaluation möglicherweise "teilweise nicht ausschreibungsgemäss erfolgt" sei, hat die Vergabestelle in diesem Zusammenhang dargelegt, dass der Mangel auf die fehlende Dokumentation hinsichtlich der mit den Offerenten geführten Verhandlungsgespräche zurückzuführen sei. Zudem ergibt sich aus der Widerrufsverfügung vom 25. Februar 2015, dass die Widerrufsgründe insbesondere bei der Bewertung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien zu suchen sind. Da die Beschwerdeführerin auch in ihrer Eingabe nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung keine nähere Begründung ihrer bereits gemachten Ausführungen liefert, ist nach wie vor nicht ersichtlich, welche Schlüsse sie aus ihrem Verweis auf die rechtskräftige Widerrufsverfügung für das vorliegende Verfahren ziehen will.

**5.2.4** Mit Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren ist festzuhalten, dass sich die Vergabestelle von beiden Offerentinnen nach dem Widerruf des Zuschlags den bisherigen Verfahrensablauf (insbesondere den Inhalt telefonischer Gespräche und der ersten Verhandlungsrunde) und das weitere Vorgehen hat bestätigen lassen (Anfrage zum Verfahrensverlauf vom 9. Juni 2015, Beilagen 25 und 27 zur Vernehmlassung). Im Rahmen ihrer Bestätigungsschreiben haben die Anbietenden auch Gelegenheit gehabt,

Bemerkungen anzubringen und eine neue Offerte einzureichen, was auch konkret geschah (Beilagen 23 und 24 zur Vernehmlassung; Beilage 40 der Vernehmlassung sowie Beilage 20 der Beschwerde). Die Beschwerdeführerin hat dabei keine Einwände gegen die veränderten Rahmenbedingungen in technischer Hinsicht vorgebracht. Diese Anforderungen sind explizit in der schriftlichen Anfrage der Vergabestelle an die Offerentinnen zur Bestätigung des Verfahrens enthalten (Beilagen zur Vernehmlassung 27 S. 7 f. und 25 S. 9). Wie die Vergabestelle in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. Oktober 2015 (ad 1.5 S. 4) zurecht hervorhebt, ergibt sich aus dem Schreiben vom 9. Juni 2015, dass es sich bei den angesprochenen Änderungen in technischer Hinsicht um solche gegenüber dem Spezifikationsdokument vom 30. Juni 2014 handelt, die mit den Anbieterinnen in der ersten Verhandlungsrunde vom November 2014 diskutiert aber nicht mit dem Schreiben vom 9. Juni 2015 initiiert wurden. Davon sind die technischen Spezifikationen bezüglich Schirmfaktor, Restfeld und Restfeldgradienten nicht tangiert (vgl. Beilagen 25 und 27 zur Vernehmlassung „II. Weiteres Vorgehen“ 2.a). Die Beschwerdeführerin verhält sich demnach widersprüchlich, wenn sie behauptet, dass die Aussage der Vergabestelle nicht stimmt, zumal sie in ihrem Angebot vom 19. Juni 2015 unterstreicht (Beilage 41 zur Beschwerdeantwort, S. 1), dass sie diese Änderungen gemäss Verhandlung im November 2014 berücksichtigt habe. Es sind nach dem Gesagten keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Offerentinnen in Anbetracht des geschilderten Verfahrensablaufs ungleich behandelt worden wären.

**5.2.5** Im Weiteren ist aktenkundig, dass zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin am 28. März 2014 eine Vertraulichkeitsvereinbarung abgeschlossen wurde (Beilage 29 zur Vernehmlassung). Die Vergabestelle hat auch der Beschwerdeführerin Vertraulichkeit zugesichert (Beilage 30 zur Vernehmlassung). Allein aus dem Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin drei Monate vor der zweiten Ausschreibung eine Vertraulichkeitsvereinbarung unterzeichnet hat, lässt sich nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Letztere klammert übrigens aus, dass ihr die Vergabestelle am 20. Januar 2014, d. h. noch länger als drei Monate vor der zweiten Ausschreibung, die Vertraulichkeit zugesichert hatte. Der Umstand, dass die Vertraulichkeitsvereinbarungen lange vor der zweiten Ausschreibung abgeschlossen wurden, signalisiert, dass die Vergabestelle eine Zusammenarbeit mit beiden Offerentinnen prüfen wollte. Indem sie mit beiden Offerentinnen im Ergebnis gleich verkehrte, kann ihr eine Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips letztendlich nicht vorgeworfen werden. Im Übrigen entspringt die Pflicht der Vergabestelle, den vertraulichen

Charakter sämtlicher Angaben der Offerenten zu wahren, dem in Art. 8 Abs. 1 lit. d Satz 1 BöB verankerten Grundsatz der Vertraulichkeit.

**5.2.6** Ferner entspricht die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach ihr ein Mitarbeiter der Vergabestelle im Bereich Einkauf bestätigt habe, dass ihre Offerte und nicht diejenige der Zuschlagsempfängerin die technischen Anforderungen zu 100% erfülle, nicht den Tatsachen. Gemäss E-Mail vom 10. Februar 2015 (Beilage 21 zur Vernehmlassung) wurde gegenüber der Beschwerdeführerin nicht kommuniziert, dass die Zuschlagsempfängerin die technischen Anforderungen nicht erfülle. Ungeachtet der Frage, ob ein Mitarbeiter im Bereich Einkauf befugt ist, eine solche Auskunft zu erteilen, dürfte dessen Aussage hier kaum ins Gewicht fallen, bezieht sich diese doch auf die erste Evaluation der Offerten vor dem Widerruf des Zuschlags und nicht auf die Bewertung der Angebote, welche der hier angefochtenen Zuschlagsverfügung zugrunde liegt. Diese bereits im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung getroffene Sachverhaltsfeststellung wurde von der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 25. April 2016 nicht in Abrede gestellt.

**5.2.7** Ebenso fehlt geht die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach nicht publizierte Kriterien bewertet worden seien. Dabei nimmt sie Bezug auf Ziff. 3.3.8 der Zuschlagsverfügung, welche von einem magnetischen Abschirmfaktor bei = 0.1 Hz ausgeht. Indessen wird dieses Zuschlagskriterium sowohl im Spezifikationsdokument (S. 8 und 30) als auch im Evaluationsbericht (S. 4 und 9) ausdrücklich mit einer Grösse von 0.01 Hz definiert. Die Angaben in der Zuschlagsverfügung beruhen offensichtlich auf einem Versehen, wie die Vergabestelle auch vorbringt. Abgesehen davon, ist nicht ersichtlich, welches Interesse die Beschwerdeführerin mit einer solchen Rüge verfolgt, wenn man bedenkt, dass beide Offerten gemäss Evaluationsbericht die Anforderungen an ein Abschirmfaktor von 0.01 Hz erfüllten. Diese im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung gezogenen Schlussfolgerungen hat die Beschwerdeführerin in ihrer späteren Eingabe übrigens auch nicht beanstandet. Es wird selbstverständlich noch darauf zurückzukommen sein (vgl. nachfolgend E. 6 ff.), inwiefern bzw. ob der Punkteabzug in der Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Unterkriteriums "Schirmfaktor bei 0.01 Hz" beim Zuschlagskriterium 1 aufgrund des offerierten Innenraums zu Recht vorgenommen wurde.

**5.2.8** Der sinngemäss vorgebrachten Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die verlangten Referenzen bei der Bewertung der Offerten aufgrund

der Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt worden seien, ist auch im Endurteil kein Erfolg beschieden. Die Referenzen, auf welche sich die Beschwerdeführerin bezieht, wurden gemäss dem Dokument "Specification Documentation" vom 30. Juni 2014 (S. 4) im Rahmen der Eignungskriterien definiert (1. "Technical competence shown via a list of similar projects successfully conducted, i. e. special adapted magnetically shielded rooms or shields etc. (minimum 2 references)"). Aus dem Beschrieb geht hervor, dass sich die Referenzobjekte auf vergleichbare Projekte zu beziehen und nicht exakt die magnetischen Spezifikationen gemäss Ausschreibungsunterlagen zu erfüllen haben. Nach dem Evaluationsbericht (S. 2) erfüllen beide Anbieterinnen die Eignungskriterien. Die im Spezifikationsdokument auf Englisch festgelegten und gewichteten Zuschlagskriterien sind die folgenden (gemäss deutscher Übersetzung im Evaluationsbericht): Kriterium 1: magnetischer Abschirmfaktor bei 0.01 Hz und 75 Hz, Restfeld innerhalb der Abschirmung, Restfeldgradient innerhalb der Abschirmung (Punkte 30); Kriterium 2: mechanisches Design, Rahmen und Türen, Fixierpunkte und Lasttransfer (Punkte 30); Kriterium 3: alle anderen Spezifikationen (Punkte 10); Kriterium 4: Preis (Punkte 30). Daraus wird ersichtlich, dass die Referenzen bei der Beurteilung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien keine Berücksichtigung fanden und insofern dafür auch keine Punkte vergeben wurden. Diese Ausführungen gemäss dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin in ihrer späteren Eingaben nicht weiter kommentiert. Soweit die Beschwerdeführerin den Punktabzug beim Zuschlagskriterium zum Abschirmfaktor 70'000 beanstandet, wird darauf im Rahmen der Bewertungsrügen noch zurückzukommen sein.

### **5.3**

**5.3.1** Nach dem Transparenzgebot hat die Vergabestelle sämtliche Zuschlagskriterien, die sie bei der Evaluation der Angebote in Betracht zu ziehen beabsichtigt, vorgängig in ihrer Reihenfolge bekannt zu geben und zu gewichten (Art. 21 Abs. 2 BöB sowie Ziff. 6 Anhang 5 zur VöB, Art. 27 Abs. 1 VöB). Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann die Vergabestelle auf die Gewichtung verzichten.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Die technischen Spezifikationen definieren

die Anforderungen an ein Material, Erzeugnis oder eine Lieferung. Sie beziehen sich wie die Zuschlagskriterien auf das Angebot bzw. den Leistungsgegenstand. Da sie den Inhalt des Angebots bestimmen, sind sie wie die Eignungskriterien absoluter Natur; ihre Nichterfüllung kann unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots führen (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 m.H.; HANS RUDOLF TRÜEB, in Giovanni Biagini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Kapitel 25 Beschaffungsrecht, Rz. 25.89; DERSELBE, BöB-Kommentar in: Matthias Oesch/Rudolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB).

### **5.3.2**

**5.3.2.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vergabestelle im Rahmen der Offertbewertung auch nicht publizierte Kriterien berücksichtigt habe. Im Specification Document werde nämlich nicht erwähnt, dass eine Übererfüllung der technischen Spezifikationen zur Erteilung von mehr Punkten führe.

Dem hält die Vergabestelle entgegen, aufgrund der Formulierung der Bewertungskriterien als Mindestkriterien, wie z.B. „grösser als“ bezüglich der Grösse des Innenraums oder des magnetischen Abschirmfaktors, sei klar ersichtlich, dass bei beiden Beispielen ein grösserer Wert eine höhere Punktzahl mit sich bringe.

**5.3.2.2** Die Frage, ob es zulässig sei, eine Übererfüllung der technischen Spezifikationen bei der Prüfung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, lässt sich mit derjenigen zur Zulässigkeit der Berücksichtigung einer Mehreignung beim Zuschlag vergleichen. Eine Heranziehung der Praxis zur Mehreignung erscheint deshalb als gerechtfertigt. Diesbezüglich hat das Bundesgericht erkannt, es sei nicht ersichtlich, weshalb es bei Kriterien, die graduell bewertet werden können, unzulässig sein sollte, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung aber als Zuschlagskriterium zu gewichten; es handle sich bei dieser Vorgehensweise nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 m.H. auf BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, [2004], S. 208 f.; in BGE 140 I 285 E. 5 wurde diese Praxis bestätigt). Die Berücksichtigung der Mehreignung bei

den Zuschlagskriterien soll nicht uneingeschränkt gelten, sondern nur insoweit, als mit einem solchen Miteinbezug eine Aussage zur Qualität des Angebots gemacht und ein Wirtschaftlichkeitsbezug hergestellt und begründet werden kann (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Jean-Baptiste Zufferey, Martin Beyeler, Stefan Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 28 m.w.H.). Für eine Berücksichtigung der Mehreignung im Rahmen der Zuschlagskriterien verlangt das Bundesverwaltungsgericht, dass die zu beurteilenden Aspekte einen Bezug zum Projekt aufweisen und sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken (Urteile des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.1.3 f. sowie B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 8.1 m.H.). Ein hinreichender Wirtschaftlichkeitsbezug wurde hingegen bei banalen Lieferaufträgen sowie bei einem Zertifikat für Umweltmanagement verneint (Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.1.3 i.f. und E. 5.4.2).

Mit Blick auf die technischen Spezifikationen erachtet es BEYELER nicht nur für zweckmässig, sondern durch den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gar für geboten, dass erstens unverzichtbare Anforderungen als unbedingt zu erfüllende technische Spezifikationen auszugestalten sind und dass zweitens die Erfüllung von wichtigeren Anforderungen im Rahmen der Offertbewertung höher gewichtet wird als jene von eher untergeordneten Punkten (vgl. BEYELER, in Das Vergaberecht der Schweiz, Überblick - Erlasse - Rechtsprechung, BR - Beiträge aus dem Institut für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg Band/Nr. 26, S. 564, Rz. 219). Mit einer solchen Vorgehensweise kann zum einen sichergestellt werden, dass die Angebote minimale zwingende Leistungs- und Produktanforderungen erfüllen. Zum anderen können diejenigen Angebote, die bessere als die verlangten minimalen Anforderungen vorweisen, bei den Zuschlagskriterien und bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zusätzlich positiv bewertet werden.

In einem Fall, wo die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen im Zuschlagskriterium der Garantiezeit ausdrücklich eine Minimaldauer festgelegt hatte, erwog das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, dass eine längere, über das verlangte Minimum hinausgehende Garantiezeit bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums zu berücksichtigen sei. Aufgrund dieser Sachlage verwarf das Gericht das Argument der Vergabestelle, wonach die Anbieterinnen nach Treu und Glauben nicht hätten damit rechnen müssen, bei blosser Gewährung der verlangten Garantieleistungen nicht die volle Punktzahl zu erreichen und kam zum Schluss, dass die Offerte

der Beschwerdeführerin, die eine verdoppelte Garantiefrist angeboten hatte, eine bessere Bewertung verdient hätte (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2014.00546 vom 18. Dezember 2014 E. 4.2). Dieses Urteil stiess auch in der Lehre auf Zustimmung. Wenn die blosser Einhaltung zwingender Mindestanforderungen dazu führt, dass ein Angebot zur Bewertung anhand der Zuschlagskriterien zugelassen wird, so müsste eine ausserordentlich gute Erfüllung bzw. eine Übererfüllung erst recht höher bzw. sogar mit der Bestnote honoriert werden. Die Auffassung, wonach schon allein die Einhaltung der zwingenden Mindestvorgaben mit der Bestnote zu bewerten sei, entspricht einem Fehlverständnis der Funktion der Zuschlagskriterien (vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015 Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, in: BR 2016 S. 103-136, Rz. 269 m.H.). Im hier rapportierten Urteil erkannte das angegriffene Kantonsgericht, dass die Dauer der Garantie Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit des Angebots habe. Zugleich bejahte es eine Berücksichtigung der Überschreitung der Minimalgarantie bei der Bewertung der Zuschlagskriterien, weil in der Ausschreibung ausdrücklich auf die Möglichkeit längerer Garantieangebote hingewiesen wurde (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2014.00546 vom 18. Dezember 2014 E. 4.2).

Zusammenfassend ergibt sich unter Heranziehung der zitierten Praxis, dass für die Zulässigkeit der Berücksichtigung der technischen Spezifikationen beim Zuschlag nicht nur ein hinreichender Wirtschaftlichkeitsbezug vorausgesetzt wird sondern auch dass die Vergabestelle aufgrund des Transparenzgebotes die zwingend zu erfüllenden Mindestanforderungen im Voraus mitteilt und sowohl als technische Spezifikation als auch als Zuschlagskriterium definiert.

**5.3.2.3** Vorliegend verhält es sich gemäss der oben ausgeführten Darstellung der Zuschlagskriterien (E. 5.2.8) so, dass mit Ausnahme vom Zuschlagskriterium Preis die drei weiteren Zuschlagskriterien die Erfüllung bestimmter technischer Spezifikationen gemäss dem Spezifikationsdokument (S. 8) zum Gegenstand haben (magnetic shielding factor at 0.01 and 75 Hz, residual field inside the innermost shield after de-magnetisation, and gradient field for the specified mechanical dimensions; mechanical design, frame and doors, mounting points, load-transfer; all other specifications). Beim Kriterium "guaranteed magnetic shielding performance" enthält das Spezifikationsdokument (S. 8) Minimalanforderungen an die technische Spezifikation des Unterkriteriums "Magnetischer Abschirmfaktor" (magnetic shielding factor of > 70'000 under quasi-static field conditions at 0.01

Hz and  $> 1'000'000$  at 75 Hz; zu beachten ist, dass die Spezifikation „Abschirmfaktor grösser als 70'000“ auch in der Ausschreibung enthalten war, vgl. Sachverhalt B.a) sowie des Unterkriteriums "Mechanical Design" hinsichtlich der Raumgrösse: "the innermost accessible room has minimum inside dimensions of 2200 mm X 2200 mm X 2200 mm" (Spezifikationsdokument, S. 8). Hingegen wurden die Anforderungen an Restfeld bzw. Restfeldgradienten als Maximalwerte konzipiert ( $< 0.5$  nT bzw.  $< 0.3$  nT). Daraus ergibt sich, dass die technischen Mindestanforderungen mit Bezug auf den magnetischen Abschirmfaktor und das mechanische Design in den Ausschreibungsunterlagen als technische Spezifikationen und zugleich auch als Zuschlagskriterien bekannt gemacht wurden. Im Evaluationsbericht wird hervorgehoben, dass ein grösserer Abschirmfaktor das Eindringen eines äusseren Magnetfelds reduziert (S. 4) und grössere Dimensionen eine bessere Realisierung des Experiments herbeiführen (vgl. S. 7). Damit ist ein hinreichender Wirtschaftlichkeitsbezug hergestellt. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung all dieser Umstände ist unter Hinweis auf die zitierte Praxis nicht zu beanstanden, dass eine Übererfüllung der verlangten Mindestwerte für den magnetischen Abschirmfaktor und das mechanische Design bei der Bewertung der Zuschlagskriterien Berücksichtigung fand.

Diesem Schluss kann die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, dass das Spezifikationsdokument bei Übererfüllung der Mindestanforderungen die Erteilung von Mehrpunkten nicht ausdrücklich erwähnt, keinen Abbruch tun. Ausschlaggebend ist, dass die Festlegung von zwingend einzuhaltenden Mindestvorgaben gemäss dem Spezifikationsdokument den Anbietern die Möglichkeit einräumt, ein Angebot einzureichen, das entweder die geforderten Minimal Standards bestätigt oder darüber liegt. Der ausdrückliche Hinweis auf eine solche Möglichkeit und die Festlegung der technischen Spezifikationen als Zuschlagskriterien hat zur Folge, dass sich eine bessere Erfüllung oder eine Übererfüllung des Zuschlagskriteriums auch in einer besseren Bewertung niederschlagen kann. Soweit die Beschwerdeführerin generell eine höhere Punktevergabe bei besserer Erfüllung der Mindestanforderungen bei gewissen Zuschlagskriterien beanstandet, kann ihr nach dem Gesagten nicht gefolgt werden.

Ebenso wenig vermag die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge durchzudringen, wonach die Auslegung der technischen Spezifikationen durch die Definition von geringfügigen Mängeln Möglichkeiten eröffnen würde, um mindere Qualität zu liefern. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Vergabestelle im Rahmen der Frageantwort vom 15. Juni 2015 (vgl. Beilage 22 der Vernehmlassung, S. 4) ausdrücklich davor gewarnt hat, die

Definition der Mängel sei keinesfalls als Einladung aufzufassen, nicht gemäss den submissionsrechtlichen Spezifikationen anzubieten, zumal ein solches, den Spezifikationen nicht entsprechendes Angebot dem Risiko eines Ausschlusses vom Vergabeverfahren drohe.

Ob die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Punkteabzüge effektiv gerechtfertigt sind, wird bei der Überprüfung der Bewertungsrügen zu beantworten sein (vgl. E. 6 ff.).

**5.3.3** Schliesslich bleibt noch festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, wonach die technischen Spezifikationen derart eng abgefasst wurden, dass die Beschwerdeführerin ihrer Chance beraubt gewesen wäre, ein Angebot einzureichen.

**5.4** Insgesamt erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin zur mangelnden Transparenz im vorliegenden Vergabeverfahren und zu einer mutmasslichen Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips auch im Hauptverfahren als unbegründet.

Zu dieser Schlussfolgerung konnte das Gericht bereits aufgrund der Akten gelangen. Auf die Abnahme von Beweisen im Sinne der von der Beschwerdeführerin beantragten Zeugeneinvernahmen kann insofern darauf verzichtet werden, als angenommen werden kann, dass die Durchführung des Beweises im Ergebnis nichts ändern wird (BGE 130 II 425 E. 2.1).

## **6.**

In materieller Hinsicht wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle einen Ermessensmissbrauch sowie eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts bei der Bewertung anhand der Zuschlagskriterien vor. Nachfolgend werden die Bewertungsrügen der Beschwerdeführerin im Einzelnen geprüft. Gemäss Evaluationsbericht (S. 12) erhielt die Offerte der Beschwerdeführerin insgesamt 94.07 Punkte und das Angebot der Zuschlagsempfängerin die maximale Anzahl von 100 Punkten.

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2, B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosses technisches Ermessen zu, wobei das Bundesverwaltungsgericht reine Angemessenheitsfragen nicht überprüft (Art. 31 BöB).

Zulässig ist nur die Rüge der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens (Art. 49 lit. a VwVG). Greift das Gericht in den rechtmässig ausgeübten technischen Ermessensspielraum der Vergabebehörde ein, verletzt es das Recht (vgl. BGE 141 II 14 E. 2.3 S. 25 f.). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 und B- 4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 m.H., Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E.2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER a.a.O., Rz. 1388).

**6.1** Kriterium 1 (Punktemaximum: 30), Unterkriterium "Magnetischer Abschirmfaktor bei 0.01 Hz" Spezifikation > 70'000

In Ziffer 10 des Spezifikationsdokuments vom 30. Juni 2014 wird dieses Kriterium wie folgt umschrieben: "*A larger static passive magnetic shielding factor of larger than 70'000 at 0.01 Hz is required*".

Bei der Bewertung dieses Unterkriteriums wurden der Beschwerdeführerin 6.5 und der Zuschlagsempfängerin 7.5 von 7.5 möglichen Punkten erteilt.

**6.1.1** Die Beschwerdeführerin findet den von der Vergabestelle vorgenommenen Abzug von einem Punkt nicht gerechtfertigt und verlangt eine Bewertung mit dem Punktemaximum (7.5). Es könne nicht angehen, dass ihr ein Punkt abgezogen werde, weil die Zuschlagsempfängerin mehr garantiere als verlangt. Die Beschwerdeführerin behauptet ferner, dass im Juni 2015 diese Spezifikation insofern abgeschwächt worden sei, als ein Schirmfaktor von > 35'000 als geringfügiger Mangel gemäss der Definition von schwerwiegenden Mängeln gelte und nachgebessert werden könne. Dies habe der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit gegeben, nicht spezifikationskonform zu liefern.

**6.1.2** Die Vergabestelle begründet die unterschiedliche Punkteverteilung damit, dass die Beschwerdeführerin für den Abschirmfaktor den minimalen Wert und die Zuschlagsempfängerin einen im Vergleich dazu höheren Wert angeboten habe. Letzterer habe zu einer höheren Bewertung geführt. Aus der Umschreibung dieses Kriteriums gemäss Ziffer 10 des Spezifikationsdokuments leitet sie ab, dass die Anbieter aufgefordert worden seien, einen möglichst hohen Abschirmfaktor zu offerieren. Ein höherer als der minimal vorgeschriebene Abschirmfaktor müsse sich in einer höheren Bewertung

niederschlagen. Die Zuschlagsempfängerin habe einen um 14% höheren Wert garantiert, was sich in einer um 14% höheren Punktzahl ausdrücke.

**6.1.3** Diese Argumentation der Vergabestelle stimmt mit den Ausführungen im Evaluationsbericht (Ziff. 3.3.1, S. 4 f.) überein. Im Vergleich zur Beschwerdeführerin, die einen Abschirmfaktor von 70'000 bei 0.01 Hz im Innenraum garantiert, hat die Zuschlagsempfängerin einen Abschirmfaktor bei 0.01 Hz von über 80'000 im Innenraum offeriert und gibt einen berechneten Wert von 120'000 an (vgl. Bewertungstabelle auf Seite 9 des Evaluationsberichts sowie die Antworten der Vergabestelle zu den Fragen der Beschwerdeführerin vom 24. August 2015, Ziff. 2). Laut den Ausführungen auf Seite 4 des Evaluationsberichts erlaube der zusätzlich abgeschirmte Zwischenraum in der Offerte der Zuschlagsempfängerin, grosse Öffnungen im äusseren Schild versetzt zum inneren Schild anzubringen, wodurch das Eindringen eines äusseren Magnetfeldes reduziert werde.

Sowohl aus dem Wortlaut des Spezifikationsdokuments (S. 6 und 8) und des Ausschreibungstexts (Ziff. 2.5) ergibt sich, dass die Grösse des abgeschirmten Raums ausdrücklich als Minimalgrösse („> 70'000“) konzipiert ist und dass der abgeschirmte Raum sowohl als technische Spezifikation als auch als Zuschlagskriterium bezeichnet wurde. Selbst die Beschwerdeführerin ist von diesem Verständnis der Ausschreibungsunterlagen ausgegangen (E-Mail der Beschwerdeführerin vom 11. Juni 2015 an die Vergabestelle, Beilage 32 der Vernehmlassung). Sie war sich über die Bedeutung und Tragweite dieser Spezifikation also im Klaren. Der ausdrückliche Hinweis auf die Mindestvorgabe mit Bezug auf den Schirmfaktor im Spezifikationsdokument und in der Ausschreibung lässt den Anbietern die Wahl, einen Abschirmfaktor mit der minimal vorgeschriebenen oder einer darüber hinausgehenden Grösse zu offerieren. Die Festlegung dieser technischen Spezifikation als Zuschlagskriterium bringt als Konsequenz mit sich, dass die bessere Erfüllung oder die Übererfüllung einer solchen Spezifikation im Sinne einer Überschreitung der Minimalgrösse auch mit einer besseren Bewertung honoriert werden kann (vgl. vorne E. 5.3.2.2 f.). Nach dem Gesagten erscheint der Punktabzug bei der Beschwerdeführerin bzw. die Honorierung der Offerte der Zuschlagsempfängerin mit der Bestnote als sachlich gerechtfertigt. Ebenso wenig ist eine Ermessensüberschreitung seitens der Vergabestelle ersichtlich. Abschliessend ist noch zu beachten, dass der nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung eingereichten Eingabe der Beschwerdeführerin auch keine weiteren relevanten Vorbringen zu entnehmen sind, welche an diesem Ergebnis etwas abändern könnten.

Aus dem Hinweis auf die Definition grober Mängel vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Im Rahmen der Frage-Antwort-Runde hat die Vergabestelle gegenüber den Offerentinnen klar zum Ausdruck gebracht, dass eine solche Definition vertragsrechtlicher Natur sei und erst nach Vertragsabschluss Anwendung finde. Sie sei keine Einladung, im Submissionsverfahren nicht nach den verlangten Spezifikationen anzubieten, da ein solches nicht ausschreibungskonformes Angebot dem Ausschluss drohe (vgl. Beilage 22 zur Vernehmlassung, Z. 4; vgl. vorne E. 5.3.2.3).

**6.2** Kriterium 1, Unterkriterium magnetisches Restfeld "residual field inside the innermost shield after de-magnetisation", Spezifikation  $< 0.5$  nT innerhalb  $1 \text{ m}^3$  (Punktemaximum 7.5) sowie Unterkriterium magnetischer Restfeldgradient "gradient field for the specified mechanical dimensions" Spezifikation  $< 0.3$  nT/m innerhalb  $1 \text{ m}^3$  (Punktemaximum 7.5)

Im Spezifikationsdokument (S . 8) werden diese Anforderungen wie folgt umschrieben: „The innermost central  $1 \text{ m}^3$  has after degaussing a magnetic field smaller than 0.5 nT and magnetic field gradient smaller than 0.3 nT/m“.

Bezüglich beider Unterkriterien erzielten die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin jeweils die höchstmögliche Anzahl Punkte (7.5).

**6.2.1** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Zuschlagsempfängerin erfülle mit ihren Referenzen die verlangten Spezifikationen nicht und dürfte beim Unterkriterium „Restfeld“ entweder keine Punkte erhalten oder mit einem Abzug von mindestens 5 Punkten bestraft werden und beim Unterkriterium „Gradienten vom Restfeld“ maximal 2 Punkte erhalten. In den Publikationen "...“ (Beilage 27 zur Beschwerde) sowie "...“ (Beilage 28 zur Beschwerde) werde das Restfeld im Projekt der Zuschlagsempfängerin mit " $< 1.5$  nT" angegeben. Die Beschwerdeführerin erklärt, sie habe im gemeinsamen Projekt mit der F. \_\_\_\_\_ neue Massstäbe bezüglich des magnetischen Felds gesetzt und die daraus gewonnenen Erkenntnisse seien in das Specification Document eingeflossen. Zudem erfülle die Zuschlagsempfängerin die Anforderung gemäss Spezifikationsdokument nicht, wonach die Öffnungen im Lot zu den Flächen durch alle Schalen gehen müssten.

Die Vergabestelle weist die Vorwürfe der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Nichteinhaltung der Spezifikationen durch die Zuschlagsempfängerin

entschieden zurück. Der von der Zuschlagsempfängerin vor 15 Jahren errichtete Abschirmraum (...) erfülle die Magnetfeld-Spezifikation der jetzigen Ausschreibung. Diese Messergebnisse seien seit 2013 publiziert worden und der Beschwerdeführerin bekannt. Es sei vorliegend ausschlaggebend zu wissen, dass Öffnungen in der Abschirmkabine das magnetische Restfeld beeinflussten. Die Zuschlagsempfängerin berücksichtige in ihrem Design, dass die spezifizierte Abschirmung grosse Öffnungen habe. Indes garantiere die Beschwerdeführerin die verlangten Werte für das Restfeld und den Restfeldgradient, ohne auf diese grossen Öffnungen einzugehen. Deshalb seien beide Angebote trotz der unterschiedlichen Volumina in diesem Punkt als gleichwertig zu betrachten und gleich zu bewerten.

**6.2.2** Bevor die Bewertungsrüge an die Hand genommen werden kann, ist, wie schon im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung erwähnt, darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle bei der ausgeschriebenen Beschaffung das Beschaffungsziel in Form einer mehrlagigen passiven magnetischen Abschirmung angegeben und dabei die wesentlichen technischen Spezifikationen definiert hat. Die Anbieter sollten die geeignetste Lösung offerieren, mit welcher sie die technischen Anforderungen erfüllen können, weshalb zumindest teilweise von einer funktionalen Ausschreibung ausgegangen werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 6.7 m.H.). Diese Schlussfolgerung wurde von der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung auch nicht beanstandet. Vorliegend haben die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin zwei verschiedene Lösungskonzepte erarbeitet und offeriert.

**6.2.3** Gemäss den Angaben im Evaluationsbericht (S. 5) gibt es drei wichtige Faktoren, die sich auf die Grösse des Restfelds und Restfeldgradienten auswirken können:

"Je grösser die Distanz des Messvolumens zu den Wänden des Abschirmraumes ist, umso kleiner (besser) ist das zu erwartende Restfeld und der zu erwartende Restfeldgradient.

Öffnungen in der Abschirmung vergrössern (verschlechtern) das Restfeld und den Restfeldgradienten.

Je sorgfältiger das Abschirmmaterial ausgewählt werden kann, umso kleiner werden Restfeld und Restfeldgradient."

Im Evaluationsbericht wird festgehalten, dass beide Offerten die spezifizierten Werte für Restfeld und Restfeldgradient garantieren würden, aber

nicht im gleichen Volumen. Die Beschwerdeführerin könne die spezifizierten Werte für Restfeld und Restfeldgradient in einem Volumen von 1 m<sup>3</sup> sicherstellen, auch wenn nicht vollkommen möglich sei, die von ihr eingereichte Referenz-Abschirmung mit dem vorliegenden Ausschreibungsobjekt zu vergleichen (Evaluationsbericht S. 5 f.). Indes garantiere die Zuschlagsempfängerin die verlangten Restfeld und Restfeldgradienten im innersten Bereich im Ausmass von 0.5 m<sup>3</sup> (vgl. Bewertungstabelle auf Seite 9 des Evaluationsberichts). Die Messwerte des Referenzprojekts, auf welche die Zuschlagsempfängerin verweise, würden sehr gute Restfeldwerte erreichen (vgl. Evaluationsbericht, S. 6).

Sodann werden im Evaluationsbericht (Verfahrensakten, Beilage 15) drei Vorteile der Lösung der Zuschlagsempfängerin genannt, welche sich aus Sicht der Vergabestelle positiv auf das Erzielen eines geringen Restfelds und Restfeldgradienten im Innen auswirken (abgedeckte Passage, S. 6). Im Ergebnis wird festgehalten, dass beim Konzept der Zuschlagsempfängerin „*wahrscheinlich geringere – d.h. bessere – Werte zu erwarten sind*“ (Evaluationsbericht S. 6-7). Die wichtigsten Vorteile werden in der publizierten Zuschlagsverfügung (vgl. vorne Sachverhalt D.a) aufgezählt und auch von der Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung genannt (S. 41). Erstens, die grössere Dimension des Innenraums und zweitens das Vorliegen eines zusätzlichen abgeschirmten Zwischenraums zwischen innerer und äusserer Kammer, womit ermöglicht werde, die Öffnungen im äusseren Schild versetzt zum inneren Schild anzubringen (Vernehmlassung S. 41; ungeschwärzte Passage im Evaluationsbericht S. 4). Zudem beteuert die Vergabestelle, dass die Zuschlagsempfängerin bei ihrer Konstruktion das Einhalten aller Spezifikationen garantiere, insbesondere könnten alle Öffnungen „*gerade durchgängig und im Lot zu den Flächen ausgeführt werden*“ (Duplik, S. 28). Die Möglichkeit, die Öffnungen versetzt anzubringen, biete einen zusätzlichen Vorteil des Designs der Beschwerdeführerin (Eingabe der Vergabestelle vom 2. Juni 2016, S. 17 f.).

Trotz der Unterschiede in den garantierten Volumina sowie der angeführten Vorteile des Konzepts der Zuschlagsempfängerin wurden die Design-Vorschläge beider Offerentinnen hinsichtlich Restfeld und Restfeldgradient gleich bewertet (Evaluationsbericht S. 6 f.).

Insbesondere wird im Evaluationsbericht auf das Problem hingewiesen, wonach beide Offerentinnen nicht über die technischen Möglichkeiten verfügten, die von ihnen garantierten Magnetfelder und Feldgradienten mit eigenen Messungen zu bestätigen, weshalb die Firmengarantien kritisch zu

betrachten seien. Solche Messungen könnten durch die PSI-Forschergruppe selbst vorgenommen werden. Es wird schliesslich präzisiert, dass es weltweit noch keinen abgeschirmten Raum in den geforderten Dimensionen und Öffnungen gebe, welche die spezifizierten Werte erreichen würde (Evaluationsbericht, S. 6 f., in der Fassung mit Abdeckungsvorschlägen ist die entsprechende Passage nicht geschwärzt).

**6.2.4** In Bezug auf die technischen Spezifikationen Restfeld und Restfeldgradienten als Zuschlagskriterium deklarieren die Offerenten in ihren Angeboten, dass sie die verlangten Werte gewährleisten können, wobei die Zuschlagsempfängerin die Erfüllung dieser Spezifikationen nur in einem kleineren Volumen garantiert. Beim ausgeschriebenen Experiment handelt es sich um ein Projekt mit prototypischem Charakter, da es weltweit noch keinen abgeschirmten Raum in den geforderten Dimensionen – insbesondere hinsichtlich der tiefen Restfelder und Restfeldgradienten – und Öffnungen gibt (vgl. Evaluationsbericht S. 1, Vernehmlassung S. 3). Erst nach Fertigstellung der Abschirmung wird die Forschergruppe der Vergabestelle überprüfen können, ob die deklarierten Firmenwerte effektiv eingehalten werden (vgl. S. 6 und 7 des Evaluationsberichts, Rz. 7 der Vernehmlassung). In diesem Zusammenhang versteht sich, dass die Vergabestelle bei der Verifizierung der Plausibilität der garantierten Spezifikationen – gemäss den Ausführungen im Evaluationsbericht (vgl. E. 6.2.3) – in einem ersten Schritt auf die Ergebnisse abstellt, die im Rahmen der Abmessungen bei den jeweiligen Referenzobjekten, d.h. bei bereits gelieferten magnetischen Abschirmungen, erzielt wurden und in einem zweiten Schritt die angebotenen technischen Lösungsmöglichkeiten darauf prüft, inwiefern diese die geforderten Höchstvorgaben für Restfeld und Restfeldgradienten erwarten lassen und als vergleichbar erachtet werden können. Eine solche Vorgehensweise im Rahmen der Offertbewertung lässt sich aufgrund der Konzeption des vorliegenden Projekts als teilweise funktionale Ausschreibung vertreten.

Vorliegend waren vergleichbare Referenzen für ähnliche Objekte gefordert. Mit ihren Referenzen hatten die Anbieter im Rahmen der Eignungskriterien nur nachweisen müssen, dass sie möglicherweise in der Lage sind, einen magnetischen abgeschirmten Raum mit den erforderlichen technischen Werten und Dimensionen zu planen und zu bauen. Angesichts der Einzigartigkeit und Komplexität des vorliegenden Projekts konnte auch nicht verlangt werden, dass die Referenzen die erhöhten Anforderungen an die technischen Spezifikationen für Restfeld und Gradienten exakt erfüllen.

Aufgrund der beigelegten Publikationen und der Ausführungen im Evaluationsbericht ist immerhin davon auszugehen, dass beide Offerentinnen mit ihren Referenzen die technischen Spezifikationen zu Restmagnetfeld bzw. zu den Restfeldgradienten nicht ganz bzw. vollständig erfüllen (vgl. für die Beschwerdeführerin u.a. die Publikation: „...“, Beilage 29 der Beschwerde: „*The residual static field [...] is < 1nT and has a field gradient of less than 300 pT/m*“, IV. Summary; für die Zuschlagsempfängerin die Publikation „...“, Beilage 37 der Vernehmlassung bzw. Beilage 51 der Duplik: 4. Conclusion: „*The achieved residual field in a volume of 1 m<sup>3</sup> is less than 1.5 nT with a gradient below 2 pT/mm*“; vgl. die Grafik unter Fig. 1, aus welcher hervorgeht, dass die Messwerte für das Restfeld kleiner als die von der Vergabestelle spezifizierten sind, weshalb anzunehmen ist, dass die Zuschlagsempfängerin mit ihrer Referenz diese technische Spezifikation erfüllt). Soweit die Vergabestelle unter Berücksichtigung der Referenzen den Offerentinnen zumutet, dass sie die garantierten Firmenwerte für Restfeld und Gradient möglicherweise erfüllen können, ist ihre Bewertung nicht zu beanstanden.

Die Erklärung der Zuschlagsempfängerin, sie könne die verlangten Werte für Restmagnetfeld und Restfeldgradient in einem Volumen unter 1 m<sup>3</sup> garantieren, steht nicht unbedingt im Widerspruch mit den technischen Spezifikationen. Aus der Formulierung „The innermost central 1 m<sup>3</sup> space has after degaussing a magnetic field smaller than 0.5 nT and magnetic field gradient smaller than 0.3 nT/m“ auf Seite 8 des Specification Document (vgl. auch S. 10) sowie „residual field inside the innermost shield after demagnetisation and gradient field for the specified mechanical dimensions“ (vgl. Zuschlagskriterien auf S. 6 des Specification Document) lässt sich vertretbar herleiten, dass bei der Beurteilung dieser technischen Spezifikation im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht dem Volumen im innersten Bereich, sondern dem Restfeld und den Restfeldgradienten eine grössere Bedeutung zukommt. Im Vergleich zum Volumen sind Restfeld und Restfeldgradienten explizit als Maximalvorgaben festgelegt. Somit dürfte es der Vergabestelle letzten Endes primär darum gehen, die Werte für Restfeld und Gradient möglichst tief zu halten. Vor diesem Hintergrund leuchtet ein, dass die Vorgaben für Restfeld und Restfeldgradient und nicht das Volumen des Innenbereichs die eigentliche Spezifikation darstellen.

Weiter sei darauf hingewiesen, dass die Anbieter gemäss Spezifikationsdokument für den Fall, dass sie die Spezifikationen nicht garantieren, die Möglichkeit hatten, die technische Information mit den Gründen für die Nichterfüllung zu liefern sowie eine alternative Spezifikation vorzuschlagen

(vgl. S. 8: 3. "If bidder cannot guarantee specification"). Demnach liessen die Ausschreibungsunterlagen begründete Abweichungen von technischen Spezifikationen bei gleichzeitigem Vorlegen von Alternativen ausdrücklich zu. Eine solche Möglichkeit ist geeignet, Raum für ein Angebot innovativer Leistungen und Produkte zu lassen, und macht in Anbetracht der Konzeption des vorliegenden Projekts als zum Teil funktionale Ausschreibung auch Sinn. Diesbezüglich hat die Zuschlagsempfängerin gemäss Evaluationsbericht in ihrem Angebot ausgeführt, dass sie die Werte für Restmagnetfeld und Restfeldgradienten wegen den für das Experiment notwendigen grossen Öffnungen nur in einem kleineren Volumen garantieren kann. Vor dem Hintergrund, dass es beim Volumen im Innenbereich um eine technische Spezifikation von eher untergeordneter Natur handelt, kann die explizit vorgesehene Möglichkeit einer begründeten Abweichung von den festgelegten technischen Spezifikationen gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht als vergabewidrig angesehen werden.

Die Vergabestelle hat in nachvollziehbarer Weise aufgezeigt, dass und weshalb der Design-Vorschlag der Zuschlagsempfängerin glaubwürdig ist und wahrscheinlich bessere Werte für Restmagnetfeld und Restfeldgradienten erwarten lässt. Aufgrund der geschilderten Vorteile im Design-Vorschlag der Zuschlagsempfängerin kann damit gerechnet werden, dass sich die geforderten Werte in einem kleineren Volumen eher besser als gemäss der technischen Spezifikation von 1 m<sup>3</sup> erreichen lassen und dem Problem mit den grossen Öffnungen besser gerecht werden. Soweit die Vergabestelle zum Schluss kommt, dass die Design-Vorschläge der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin bezüglich Restfeld und Restfeldgradienten trotz der unterschiedlichen garantierten Volumina gleich zu bewerten seien, hält ihre Argumentation vor Bundesrecht stand und lässt keine Willkür erkennen.

Aus der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Anforderungen gemäss Spezifikationsdokument nicht, wonach die Öffnungen im Lot zu den Flächen durch alle Schalen gehen müssten, lässt sich ebenfalls keine Folgerung zu ihren Gunsten ziehen. Den Ausführungen der Vergabestelle (Duplik, S. 28 und Beschwerdeantwort in der Hauptsache, S. 17) lässt sich in nachvollziehbarer Weise entnehmen, dass bei der Konstruktion der Zuschlagsempfängerin alle Öffnungen gerade durchgängig und im Lot zu den Flächen ausgeführt werden. Zudem besteht dank dem zusätzlich offerierten Zwischenraum die Möglichkeit, grosse Öffnungen im äusseren Schild versetzt zum inneren Schild anzubringen, wodurch das Eindringen eines äusseren Magnetfelds reduziert wird. Es ist

nachvollziehbar, wenn die Vergabestelle hierin einen wesentlichen Vorteil im Design-Vorschlag der Zuschlagsempfängerin erblickt.

**6.2.5** Zusammenfassend ergibt sich auch im Hauptverfahren, dass sich die Rügen der Beschwerdeführerin in diesem Punkt als unbegründet erweisen. Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte bzw. willkürliche Bewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin fehlen und lassen sich auch nicht aus der nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung eingegangenen Eingabe der Beschwerdeführerin erkennen. Die Rügen der Beschwerdeführerin, es seien der Zuschlagsempfängerin keine Punkte zu erteilen oder bis zu 7 Punkten abzuziehen, stossen damit ins Leere.

### 6.3

**6.3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe es unterlassen, die geforderte Spezifikation für das Restfeld von „ $< 5nT$  in einem Abstand von 12 cm ab Innenkante innerste Schale“ im Rahmen der Zuschlagskriterien zu bewerten. Damit bestimme diese willkürlich, welche geforderte Spezifikationen sie bewerte und welche nicht. Die Zuschlagsempfängerin habe keine Referenzen für die Erfüllung dieser technischen Spezifikation beigebracht, was zu einem Punkteabzug führen müsse. Die Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über das notwendige Know-how der Entmagnetisierung.

In der Beschwerdeantwort präzisiert die Vergabestelle ihre Ausführungen in der Vernehmlassung bzw. Duplik dahingehend, dass diese Anforderung im Rahmen des Zuschlagskriteriums 3 "all other specifications" unter "degaussing coils" (Entmagnetisierungsspulen) geprüft worden sei und nicht als selbständiges Zuschlagskriterium, da eine solche Spezifikation direkt mit der Entmagnetisierung verbunden sei, welche von der Vergabestelle selber mittels der installierten Entmagnetisierungsspulen durchgeführt werde. Die Entmagnetisierung liege in der Verantwortung der Vergabestelle.

**6.3.2** Wie die Vergabestelle zurecht daran erinnert, ist nur die Abschirmung und nicht die Entmagnetisierung Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung, was im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin anerkannt wird (vgl. Replik, S. 28). Damit brauchten die Offerenten in dieser Hinsicht kein Know-How aufzuweisen und die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführerin sind zu relativieren. Für die Entmagnetisierung ist die Vergabe-

stelle zuständig (vgl. Specification Documentation, S. 21). Dies kann erklären, warum diese auf die Entmagnetisierung bezogene Spezifikation für die Beurteilung der Offerten nicht als eigenständiges Zuschlagskriterium bezeichnet, sondern nur im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium 3 "other specifications" bei den Entmagnetisierungsspulen berücksichtigt wurde. Gemäss dem Evaluationsbericht erfüllen beide Offerentinnen die verlangte technische Spezifikation hinsichtlich Art, Anbringung und Zahl der Entmagnetisierungsspulen (Evaluationsbericht, S. 8, 3.5.3). Das Bundesverwaltungsgericht konnte verifizieren, dass die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin in ihren Offerten die verlangte Spezifikation garantieren (Angebot der Beschwerdeführerin II. 9.1, Angebot der Zuschlagsempfängerin Ziff. 3.3). Beide wurden deshalb in nachvollziehbarer Weise mit dem Punktemaximum honoriert. Soweit die Beschwerdeführerin von einer unzulässigen Nichtberücksichtigung dieser technischen Spezifikation ausgeht, erweist sich ihre Beschwerde auch im Hauptverfahren als offensichtlich unbegründet. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin gemäss ihrer Eingabe vom 25. April 2017 vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

#### **6.4 Kriterium 2 (Design), Unterkriterium "Mechanical Design", spezifizierte Raumgrösse $\geq 2.20 \times 2.20 \times 2.20 \text{ m}^3$ (Punktemaximum 7.5)**

**6.4.1** Die Beschwerdeführerin hat bei diesem Unterkriterium 3.75 gegen die 7.5 der Zuschlagsempfängerin erhalten. Sie hält den Punkteabzug für nicht korrekt, zumal sie die geforderten Spezifikationen einwandfrei erfülle und die verlangten Abmessungen sogar überschreite. Zudem könne sie die verlangten magnetischen Eigenschaften im Zentrum über ein Volumen von  $1 \text{ m}^3$  einhalten. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin könne aber keine Referenz mit einem vergleichbar tiefen Restfeld vorweisen und sei für sie konkret nicht nachvollziehbar. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellt der von der Vergabestelle hervorgehobene Vorteil vom grösseren Nutzvolumen beim Angebot der Zuschlagsempfängerin bloss einen Vorwand dar, um vom Problem mit dem hohen Restfeld abzulenken. Wenn das grössere Volumen und der zusätzliche Zwischenraum von Bedeutung seien, sollte es entsprechend ausgeschrieben werden. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Die Vergabestelle habe übersehen, dass die Zuschlagsempfängerin die maximalen Aussenabmessungen überschreite und ihr Angebot daher nicht ausschreibungskonform sei. Die Vergabestelle habe daher den Sachverhalt nicht richtig festgestellt und ihre Bewertung aufgrund von falschen Annahmen vorgenommen.

Die Vergabestelle führt aus, soweit die Beschwerdeführerin die magnetischen Eigenschaften ihrer Kammer als besser erachte, sei sie darauf hinzuweisen, dass die magnetischen Eigenschaften nicht im Rahmen des Kriteriums "Mechanical Design" zu prüfen seien. Deren Bewertung sei bereits im Rahmen des Kriteriums 1 "guaranteed magnetic shielding performance" erfolgt. Des Weiteren seien die inneren Abmessungen als Minimalwert definiert worden. Die Beschwerdeführerin habe erkennen müssen, dass es bei diesem Zuschlagskriterium auf das Volumen der inneren Kammern ankomme. Gemäss dem Spezifikationsdokument seien innere und äussere Kammern gefordert worden. Daraus ergebe sich zwangsläufig ein Zwischenraum.

**6.4.2** Auf Seite 18 des Spezifikationsdokuments wird hinsichtlich "Mechanical Design" Folgendes festgehalten:

"The required minimal freely usable inside dimensions for the innermost accessible room where the experimental apparatus will be installed are:

Length = 2200 mm

Width = 2200 mm

Height = 2200 mm

A larger innermost chamber is possible.

The maximum outside dimensions of the fully assembled room are:

Length < 5200 mm

Width < 5200 mm

Height < 5200 mm".

In Ziff. 10.11 des Spezifikationsdokuments wird ferner festgehalten: „The innermost accessible room has minimum inside dimensions of 2200 mm X 2200 mm X 2200 mm“. Die Abmessungen der inneren Kammer werden ebenfalls auf Seite 5 des Spezifikationsdokuments unter der Rubrik „Outline of offer“ an mehreren Stellen als Mindestwerte angegeben.

Wie die Vorinstanz in der Duplik ausführt und aus dem Spezifikationsdokument hervorgeht, waren eine innere und eine äussere Kammer ausgeschrieben, wobei die Grösse der Innenkammer als Mindestmass und diejenige der Aussenkammer als Höchstmass definiert waren. Unter dieser

Prämisse stand es den Anbietenden frei, einen grösseren Innenraum zu offerieren.

**6.4.3** Gemäss Evaluationsbericht hat die Beschwerdeführerin einen Innenraum offeriert, der leicht über der im Spezifikationsdokument festgelegten Mindestgrösse hinausgeht (250 cm X 250 cm X 245 cm). Indes hat die Zuschlagsempfängerin in ihrer Offerte eine Innenraumgrösse von 300 cm X 300 cm X 280 cm vorgesehen. Im Evaluationsbericht wird ausdrücklich festgehalten, dass je grösser der effektiv nutzbare Innenraum des magnetisch abgeschirmten Raums ist, umso besser kann das Experiment realisiert werden. Es lässt sich daher nachvollziehen, dass eine das spezifizierte Mindestmass überschreitende Grösse der Innenkammer zu einer höheren Anzahl Punkte führen kann (vgl. vorne E. 5.3.2.2 f.). In diesem Punkt vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen.

**6.4.4** Das mechanische Design bei der Offerte der Zuschlagsempfängerin zeichnet sich durch einen grösseren Innenraum und durch die zusätzliche Ausführung eines separat abgeschirmten Zwischenraums aus. Gemäss Evaluationsbericht sind Grösse und Design der Lösung der Zuschlagsempfängerin mit weiteren Vorteilen, zusätzlich zu den bereits im Bereich der magnetischen Eigenschaften genannten, verbunden. Einerseits bietet der offerierte Innenraum eine grössere Seitenlänge und ein grösseres nutzbares Volumen. Daraus ergäben sich Vorteile wie grösserer möglicher Vakuumentank, grössere Präzisionskammer, grössere Feldspulen, homogenes Magnetfeld, grössere Anzahl von Magnetfeldsensoren. Andererseits bietet der Zwischenraum Vorteile bei den Montagearbeiten des Experiments, weil dadurch ein Zugang zu den Anschlüssen des Experiments entstehe (vgl. Vernehmlassung S. 52, stimmt mit der abgedeckten Passage im Evaluationsbericht S. 7 überein).

**6.4.5** Die soeben geschilderten Ausführungen im Evaluationsbericht und in der Vernehmlassung lassen in nachvollziehbarer Weise erkennen, dass die Design-Lösung der Zuschlagsempfängerin aufgrund des grösseren Volumens der Innenkammer und eines zusätzlichen Zwischenraums eine ganze Reihe von Vorteilen bietet, die eine bessere Realisierung des Experiments ermöglichen sollen. Es erscheint daher nicht als rechtsfehlerhaft, dass die Vergabestelle der Zuschlagsempfängerin, die eine grössere als die mittels Mindestgrösse spezifizierte Innenraumkammer und einen separat abgeschirmten Zwischenraum offeriert hat, das Punktemaximum zugeteilt hat. Vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin eine leicht über der Mindestgrösse liegende Innenkammer offeriert hat, erscheint die

Punktendifferenz als vertretbar. Insgesamt sind keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung ersichtlich. Soweit die Beschwerdeführerin den Abzug nicht richtig empfindet, weil sie aufgrund ihrer Erfahrungen die verlangten magnetischen Eigenschaften einhalten könne, verkennt sie, dass dieser Aspekt bei der Bewertung des mechanischen Designs keine Rolle spielt, sondern im Rahmen des Kriteriums 1 geprüft wurde (vgl. E. 6.1 ff.). Gleiches gilt ebenfalls für die von ihr geäußerten Zweifel, ob die Offerte der Zuschlagsempfängerin aufgrund der Innen- und Aussenabmessungen sowie des sich daraus ergebenden Wandaufbaus die Spezifikationen bezüglich Restfeld und Gradienten überhaupt erfüllen kann (vgl. E. 6.2 ff.). Ferner bleiben die beschwerdeführerischen Einwendungen, dass mit den Abmessungen der Zuschlagsempfängerin „etwas nicht stimmen“ kann, gänzlich im Spekulativen verhaftet und bedürfen keiner näheren Erörterung.

**6.4.6** Auch mit ihren weiteren Rügen im Zusammenhang mit der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen.

Erstens, unter Berücksichtigung, dass eine innere und äussere Kammer entsprechend dem Spezifikationsdokument vorgesehen waren, leuchtet ein, dass der sich daraus ergebende Zwischenraum vom Pflichtenheft nicht ausgeschlossen war. Es sei nochmals darauf hinzuweisen, dass die Anbieter ein Lösungskonzept zu offerieren hatten. Bei der Erreichung des Beschaffungsziels wurde ihnen eine gewisse Gestaltungsfreiheit zuerkannt, vorausgesetzt freilich, dass sie damit die technischen Spezifikationen erfüllen konnten. Wie bereits angeführt, lässt sich die Bewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin mit der höchsten Note bis hierher aufgrund der Übererfüllung der technischen Spezifikation im Rahmen der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums sowie aufgrund des von ihr offerierten Design-Vorschlags erklären.

In zweiter Linie ist entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin festzuhalten, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin die Anforderungen an die spezifizierte maximale Aussenkammergrösse einhält. Zu diesem Schluss gelangt das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Ziff. 1.3 der Offerte der Zuschlagsempfängerin (Beilage 40 der Vernehmlassung). Zwar besteht, vorbehältlich der Einwilligung der Betroffenen, kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in die Offerte der Konkurrenten. Insofern als die Rechtsmittelinstanz die Begründung der Vergabestelle auch gestützt auf einen Einblick in die Offerte der Zuschlagsempfängerin verifizieren

konnte, ist dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf das rechtliche Gehör Rechnung getragen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a. a. O., Rz. 1364 sowie Urteil des BVGer B-1847/2015 vom 7. September 2015 E. 2.5.7 m.w.H.).

**6.4.7** Zusammenfassend erweist sich die Bewertung der Offerten in diesem Unterkriterium ebenfalls als vertretbar.

**6.5** Kriterium 2, Design, Unterkriterien (frame doors, mounting points, load transfers) (Punktemaximum je 7.5)

Bei diesen drei Unterkriterien haben die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin gleich viele Punkte erhalten (22.5 Punkte, das heisst jeweils das Punktemaximum von 7.5 pro Unterkriterium). Gemäss Evaluationsbericht haben beide die für diese Unterkriterien geforderten Spezifikationen erfüllt.

Die Beschwerdeführerin macht nichts geltend, was die Punktevergabe durch die Vergabestelle bei der Bewertung der genannten Unterkriterien in Zweifel ziehen könnte. Ihre Vorbringen beschränken sich erneut auf die pauschale Kritik, dass die Zuschlagsempfängerin keine Referenz mit einem vergleichbaren tiefen Restwert oder Erfahrungswerte verfüge, was zu einem Punkteabzug führen müsse. Dieser Vorwurf geht an der Sache vorbei, steht dieser doch in keiner Weise im Zusammenhang mit den hier zu beurteilenden Unterkriterien. Was die Beschwerdeführerin unter diesem Titel vorbringen lässt, wurde bereits an anderer Stelle gewürdigt (vgl. hinten E. 6.2.4). Die Beschwerdeführerin substantiiert auch nicht, inwiefern das Produkt der Zuschlagsempfängerin die Vorgaben der Vergabestelle bei diesem Kriterium nicht einhalte bzw. inwiefern die diesbezügliche Bewertung unrichtig durchgeführt worden oder in Verletzung des Vergaberechts erfolgt sei. Auch in den Akten lassen sich keine entsprechenden Hinweise finden. Deshalb erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt als unbegründet. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin gemäss ihrer Eingabe nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung wiederholen nochmals den Vorwurf, wonach das versetzte Anbringen der Öffnungen in der Offerte der Zuschlagsempfängerin gegen die Vorgabe im Spezifikationsdokument verstosse und zu einem Punkteabzug führen müsse. Diesbezüglich kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 6.2.4).

### **6.6 Kriterium 3 (all other specifications) (Punktemaximum 10, 2.5 pro Unterkriterium)**

Bei diesem Kriterium erhielten die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin beide die maximal mögliche Anzahl Punkte. Hierzu ist dem Evaluationsbericht zu entnehmen, dass beide Offerentinnen die verlangten Spezifikationen garantieren.

Die Beschwerdeführerin stösst sich auch hier erneut daran, dass die Zuschlagsempfängerin weder über das notwendige Know-How für die Entmagnetisierung verfüge noch gültige Referenzen vorweisen könne, weshalb die Bewertung ihres Angebots mit der vollen Punktzahl unhaltbar sei.

Wie die Vergabestelle zurecht hervorhebt und von der Beschwerdeführerin in ihrer Replik selber anerkannt, ist nur der Einbau der Entmagnetisierungsspulen und nicht die Entmagnetisierungsmethode selber Bestandteil der Ausschreibung. Soweit die Beschwerdeführerin auch in ihrer Eingabe nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung wiederholt auf die Probleme mit der Entmagnetisierung (beim Referenzobjekt der Zuschlagsempfängerin) verweist, sind ihre im Übrigen nicht weiter substantiierten Ausführungen nicht entscheidend. Auch bei diesem Kriterium bewegt sich die Vergabestelle im Rahmen des ihr zuerkannten Ermessens.

### **6.7 Kriterium 4 (Preis) (30 Punkte)**

Gemäss Evaluationsbericht (S. 12) hat die Zuschlagsempfängerin das Punktemaximum erzielt. Für die um 3.93% teurere Offerte der Beschwerdeführerin wurde ein „linear berechneter“ Abzug von 1.179 Punkten vorgenommen, der zu einer Vergabe von 28.82 Punkten führte.

**6.7.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, beim Preisunterschied gelte es zu bedenken, dass sie gezwungen sei, das Personal nach Schweizer Verhältnissen zu bezahlen (höhere Stundenansätze, Entrichtung von Steuern und Sozialabgaben in der Schweiz). Beim Angebot der Zuschlagsempfängerin finde die Wertschöpfung nicht in der Schweiz statt. Die Beschwerdeführerin bemängelt weiter, dass ihr bezüglich des Angebots der Zuschlagsempfängerin lediglich die Preise für "MSR komplett, Montage und Umzug" bekannt gegeben wurden. Dies ermögliche weder eine detaillierte Prüfung der Montage- und Umzugskosten noch die Überprüfung, ob die Zuschlagsempfängerin die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen gewährleiste. Die ungewissen Kosten betreffend Montage, Umzug, Rohstoffpreise, aber auch ökologische Gründe müssten dazu führen, dass

beide Angebote nicht unterschiedlich zu bewerten seien. Insbesondere seien die Kosten für Aufbau und Umzug bei der Zuschlagsempfängerin höher als bei der Beschwerdeführerin ausgefallen. Sollte ein zusätzlicher Umzug anfallen, wäre der Angebotspreis höher. In der Replik macht die Beschwerdeführerin geltend, das Glühen der Bleche lasse sie in den USA ausführen, da es keine entsprechenden Einrichtungen in Europa und der Schweiz gebe. Ein weiteres Kostenrisiko sei darin zu erblicken, dass die Zuschlagsempfängerin einen "Kit" anbiete, der zu 100% bei Lieferung zu bezahlen sei. Abschliessend führt die Beschwerdeführerin an, dass sich die Differenz bei den Kosten infolge der Abschwächung des Schweizer Frankens verringert habe.

**6.7.2** Die Vergabestelle ist der Ansicht, dass volkswirtschaftliche oder fiskalische Gründe sachfremde Kriterien seien, die im Submissionsrecht nicht berücksichtigt werden dürften. Die Beschwerdeführerin habe die ökologischen Kriterien nicht näher erklärt. Vor dem Hintergrund, dass sie gemäss ihrer Mitteilung an die Vergabestelle zum Ausglühen der hochpermeablen Metalle sämtliche Materialien in die USA verschiffe, sei fraglich, ob ihr Angebot noch ökologische Vorteile habe. Hinsichtlich der Lieferbedingungen, des Aufbaus und der Arbeitsschutzbestimmungen habe die Zuschlagsempfängerin die AGB der ETH anerkannt, weshalb die Argumente der Beschwerdeführerin nicht gehört werden könnten. Die Vergabestelle weist in der Vernehmlassung darauf hin, es sei im jetzigen Zeitpunkt nicht klar, ob die magnetische Abschirmung überhaupt in den nächsten Jahren transportiert werde, weshalb ein Kostenrisiko nicht bestehe. In der Duplik präzisiert sie diese Aussage dahingehend, sie verzichte aufgrund der durch das Beschwerdeverfahren entstandenen Verzögerung des Bestellprozesses auf einen Aufbau der Abschirmkammer im "Probe Areal" und werde den abgeschirmten Raum direkt im Experimentierareal installieren, womit ein Umzug nicht mehr notwendig sei und das Angebot der Zuschlagsempfängerin noch günstiger werde. Schliesslich präzisiert sie, die Beschwerdeführerin habe nicht bemängelt, dass die Vergabestelle auf den objektiven Monatsmittelkurs im Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung abgestellt habe.

**6.7.3** In Ziff. 3.4 der Ausschreibung waren die folgenden Positionen in die Kosten einzubeziehen: 1. Magnetische Abschirmung laut Spezifikation, 2. Magnetische Abschirmung in 2 Teilen laut Spezifikation, 3. Transport und Installation, 4. Transport von Aufstellungsort 1 zu Ort 2. Für Details wurde auf das Pflichtenheft verwiesen. Diese Angaben stimmen weitgehend mit

denjenigen im Spezifikationsdokument überein (S. 5). Im Evaluationsbericht (S. 12) ist der Preis der jeweiligen Offerte in drei Positionen aufgeteilt: MSR komplett, Montage und Umzug.

Die Offerte der Beschwerdeführerin weist im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin tiefere Kosten für Montage und Umzug vor. Die Beschwerdeführerin bringt sinngemäss vor, dass die längeren Montage- und Umzugszeiten bei der Zuschlagsempfängerin ein Kostenrisiko darstellten und eine anderweitige Nutzung der Laborflächen während dieser Zeit verunmöglichten. Dem ist zu entgegnen, dass die Vergabestelle im Spezifikationsdokument festhält, dass die nötige Ausrüstung für den Umzug, wie zum Beispiel Kran, Gabelstapler und Transportwagen, für alle Anbieter vom PSI zur Verfügung gestellt werden (S. 19). In den Antworten zu den Fragen der Beschwerdeführerin vom 24. August 2015 (Beilage 17 der Verfahrensakten) teilt die Vergabestelle mit, dass diese Leistungen nicht Teil des Zuschlagskriteriums Preis bildeten. Die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle gehen im Übrigen übereinstimmend davon aus, dass der Umzug möglicherweise durch die Vergabestelle selbst übernommen wird. Gestützt auf die neuesten, von der Vergabestelle geschilderten Entwicklungen scheint ein zusätzlicher Umzug unwahrscheinlich. Insofern ist das von der Beschwerdeführerin befürchtete Kostenrisiko unbegründet bzw. rein hypothetischer Natur.

Soweit die Beschwerdeführerin ferner auf die Ortsansässigkeit abstellt und sich auf volkswirtschaftliche und fiskalische Gründe beruft wie Steuermotiv und Wertschöpfung in der Schweiz, macht sie effektiv sachfremde Kriterien geltend, die vom Submissionsrecht nicht berücksichtigt werden dürfen (vgl. Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4 m.H. auf BGE 140 I 285 E. 7.2). Gleiches gilt mit Bezug auf sogenannte "ökologische" Gründe, welche darauf abzielen, generell einheimische Anbieter zu bevorzugen, weil sie einen näheren Anfahrtsweg haben. Die Beschwerdeführerin begründet auch nicht, ob und inwiefern die ökologischen Gründe mit Bezug auf den Einzelfall von entscheidender Bedeutung sein könnten und sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken (vgl. JACQUES DUBEY, in: BR 2010 S. 219 ff., S72).

Im Weiteren behauptet die Beschwerdeführerin, infolge der Abschwächung des Schweizer Frankens habe sich die Differenz bei den Kosten verringert, bestreitet aber in keiner Weise, dass die Vergabestelle bei der Preisbewertung auf den durch die Eidgenössische Steuerverwaltung vorgesehenen Monatsmittelkurs von 1.0549 zurzeit der Zuschlagsverfügung abgestellt

hat, um den Kursschwankungen zwischen Euro und Schweizer Franken Rechnung zu tragen (vgl. Evaluationsbericht S. 12). Auch in diesem Fall sind keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Bewertung ersichtlich.

Die Beschwerdeführerin unterstellt der Zuschlagsempfängerin bestimmte Lieferungs- und Zahlungsmodalitäten sowie die Verletzung der Arbeitsschutzbestimmungen, ohne dies näher zu begründen. Diesem Vorwurf hält die Vergabestelle zu Recht entgegen, dass sich die Anbieter im vorliegenden Vergabeverfahren hinsichtlich Einkaufs- und Geschäftsbedingungen verpflichtet haben, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Bereich der Eidg. Technischen Hochschulen (AGB ETH-Bereich) vom 1. Januar 1998, inkl. Ergänzung vom 16. April 2013 einzuhalten (vgl. Ziff. 3.3 und 4.2 der Ausschreibung).

Nach dem Gesagten sind die bereits aufgrund einer prima-facie-Beurteilung gewonnenen Erkenntnisse auch im Hauptverfahren zu bestätigen, zumal sich die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung zu diesem Punkt nicht geäußert hat. Es sind demnach keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis rechtsfehlerhaft vorgenommen worden wäre.

**6.8** Im Sinn eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass sich die von der Vergabestelle vorgenommene Bewertung in den von der Beschwerdeführerin beanstandeten Punkten insgesamt als rechtskonform erweist. Zusammenfassend unterlag die Beschwerdeführerin mit 94.07 Punkten gegenüber den 100 Punkten der Offerte der Zuschlagsempfängerin. Selbst wenn man vorliegend von der Hypothese ausgehen würde, dass die Punktabzüge beim Kriterium 1, Unterkriterium "magnetic shielding factor at 0.1 Hz larger than 70'000" (1 Punktabzug; vgl. vorne E. 6.1.3) sowie beim Kriterium 2, Unterkriterium "Mechanical Design" (Abzug von 3.75 Punkten, vgl. vorne E. 6.4.1 ff.) zu Unrecht erfolgt seien, würde sich am Endergebnis insofern nichts ändern, als die Beschwerdeführerin 98.82 Punkte erzielen würde und immer noch 1.18 Punkte unter der Punkteanzahl der Zuschlagsempfängerin (100) zu liegen käme. Eine solche Hypothese liesse sich aber kaum vertreten, da das Bundesverwaltungsgericht zur Erkenntnis gelangte, dass die Berücksichtigung einer Übererfüllung von technischen Spezifikationen beim Zuschlag vorliegend zulässig ist. Unter dieser Prämisse könnte selbst ein Abzug von maximal fünf Punkten beim Angebot der Zuschlagsempfängerin in den Unterkriterien Restfeld und Restfeldgradient zu keinem für die Beschwerdeführerin besseren Ergebnis führen.

**6.9** Die Überprüfung der Bewertungsrügen und die daraus gezogenen Schlüsse konnten aufgrund der Eingaben der Parteien und der am jeweiligen angeführten Ort genannten Beilagen erfolgen. Es ist nicht zu erwarten, dass weitere Beweiserhebungen wie die von der Beschwerdeführerin beantragten Zeugen- und Parteieinvernahmen bzw. Expertise zu einem gegenteiligen Ergebnis führen könnten (BGE 130 II 425 E. 2.1), weshalb von der Abnahme weiterer Beweise abgesehen werden kann. Entsprechend ist den Anträgen der Beschwerdeführerin keine weitere Folge zu leisten.

## **7.**

**7.1** Für das Verfügungsverfahren nach dem Vergabeverfahren sind die Artikel 22a, 24–28, 30, 30a und 31 VwVG nicht anwendbar (Art. 26 Abs. 2 BöB). Damit wird der Vertraulichkeit der Angaben von Anbietern Rechnung getragen. Es sollen keine Einblicke in Dokumente gewährt werden, welche Geschäftsgeheimnisse und andere Angaben potenzieller Konkurrenten enthalten.

Erst im Beschwerdeverfahren kann sich der Beschwerdeführer auf das Akteneinsichtsrecht berufen. Damit wird in Kauf genommen, dass sich der Beschwerdeführer erst anhand der im Rahmen der Akteneinsicht neu gewonnener Kenntnisse der Begründetheit bzw. Unbegründetheit seiner Beschwerde bewusst wird. Aber auch im Beschwerdeverfahren ist die Akteneinsicht beschränkt; ausgeschlossen ist – die Zustimmung der betroffenen Anbieter vorbehalten – grundsätzlich die Einsicht in Konkurrenzofferten. Auch andere Dokumente können von der Akteneinsicht ausgenommen werden, wenn überwiegende Interessen an der Geheimhaltung der Angaben bestehen (Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3 m.H.; HANS RUDOLF TRÜEB, Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB], in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II [OFK-Wettbewerbsrecht II], Zürich 2011, Art. 23 Rz. 6 f.)

**7.2** Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde beantragt, die Vergabestelle sei zu verpflichten, dem Bundesverwaltungsgericht die vollständigen Akten des Vergabeverfahrens einzureichen und diese Akten seien der Beschwerdeführerin unter Wahrung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin mit angemessener Fristansetzung zur Einsicht und zur Ergänzung der Beschwerde zuzustellen. Es sei zudem ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen. In der Replik verlangt die Beschwerdeführerin die uneingeschränkte Offenlegung der Angebote und der

Korrespondenz der Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin. In der Eingabe vom 25. April 2016 bemängelt die Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle die E-Mail vom 17. Oktober 2013 der Zuschlagsempfängerin an die Vergabestelle nicht vorgelegt habe.

**7.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat der Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 2. Oktober 2015 das Akteneinsichtsrecht einseitig in der von der Vergabestelle eingeschränkten Form gewährt (Beweismittel 1-39 der Vernehmlassung ohne die Offerte der Zuschlagsempfängerin Beilage 40; Verfahrensakten 1-10, 13-14, 16-17 ohne die beiden Offerten Beilagen 11 und 12 sowie Evaluationsbericht in geschwärzter Form Beilage 15). Mit Instruktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 bzw. 28. Oktober 2015 wurde ihr eine weitergehende Akteneinsicht in die Beilagen 41, 44, 45 und 46 der Beschwerdeantwort (in uneingeschränkter Form) und in die Beilage 42 (gemäss Abdeckungsvorschlag der Vergabestelle) gestattet. Mit Verfügung vom 9. Dezember 2015 wurden der Beschwerdeführerin nebst der Duplik und deren Ergänzung auch die Beilagen 47-54 übermittelt. Im Beschwerdeverfahren wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, sich einerseits zur Vernehmlassung, zur Duplik (inkl. deren Ergänzung) und zur Beschwerdeantwort der Vergabestelle und andererseits zu den zugestellten Akten zu äussern. In der Folge reichte die Beschwerdeführerin im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung eine Replik und ein unaufgefordertes Schreiben ein. Im Hauptverfahren konnte sie eine weitere Eingabe einreichen. Grundsätzlich nahm die Beschwerdeführerin zu den ihr zugestellten Akten nicht gross Stellung, mit Ausnahme von der E-Mail der Zuschlagsempfängerin vom 17. Oktober 2013 an die Vergabestelle, von der sie irrtümlicherweise davon ausgeht, diese sei von der Vergabestelle nicht editiert worden. In der Tat entspricht das genannte Dokument der Beilage 53 zur Duplik und wurde der Beschwerdeführerin am 9. Dezember 2015 zugestellt. In die weiteren Verfahrensakten zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin konnte die Beschwerdeführerin ebenfalls Einsicht nehmen.

Die Bewertungstabelle und die Punkteverteilung, welche die Vergabestelle der Beschwerdeführerin im Rahmen der Stellungnahme zu deren Fragen nach erfolgtem Zuschlag mitgeteilt hat (Beschwerdebeilage 17), stimmen überwiegend mit der Darstellung im Evaluationsbericht überein. Die verlangte Einsicht in den Evaluationsbericht ist der Beschwerdeführerin bereits mit Instruktionsverfügung vom 2. Oktober 2015 in zum Teil geschwärzter Form gemäss Wunsch der Vergabestelle gewährt worden. Eine Herausgabe des Evaluationsberichts in ungeschwärzter Form wurde nach

dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung nicht mehr ausdrücklich verlangt und erscheint auch nicht als notwendig. Zum einen konnte das Bundesverwaltungsgericht den Inhalt der geschwärzten Passagen überprüfen und dabei insbesondere verifizieren, dass sich dieser mit den Ausführungen der Vergabestelle in ihren Eingaben bzw. in der Zuschlagsverfügung deckt. Entsprechende Hinweise wurden an den jeweils relevanten Stellen in Klammern hinzugefügt. Zum anderen konnte die Beschwerdeführerin hierzu auch nach dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung Stellung nehmen und ihre Beschwerde ergänzen.

Wie bereits festgehalten, ist eine Einsichtnahme in die Konkurrenzofferten grundsätzlich nicht möglich. Bereits der Zuschlagspublikation sind die Vorzüge der von der Zuschlagsempfängerin offerierten Lösung zu entnehmen. Konkretisierungen hierzu befinden sich in der Antwort der Vergabestelle vom 26. August 2015 zu den Fragen der Beschwerdeführerin vom 24. August 2015 und im Evaluationsbericht. Ausserdem konnte das Bundesverwaltungsgericht die Wahrhaftigkeit der Antwort der Vergabestelle verifizieren, wonach das Angebot der Zuschlagsempfängerin die maximalen Aussenbemessungen von 5.2 m erfüllt. Eine Einsicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerin erweist sich nach dem Gesagten als nicht erforderlich.

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem rechtlichen Gehör der Beschwerdeführerin hinreichend Rechnung getragen wurde.

**7.4** Aus dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs folgt zwar unter anderem der Anspruch auf Abnahme der von einer Partei angebotenen Beweise (BGE 127 I 54 E. 2 b m.H.). Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt aber vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil die antizipierte Beweismittelwürdigung ergibt, dass die Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung an sich abgeht oder die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist und angenommen werden kann, dass die Durchführung des Beweises im Ergebnis nichts ändern wird (statt vieler BGE 130 II 425 E. 2.1).

Wie an anderer Stelle dargelegt, konnte sich die Unbegründetheit der Beschwerde mit Bezug auf die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Punkte (Verletzung der Ausstandsvorschriften und der Beschaffungsgrundsätze sowie Ermessensmissbrauch bei der Offertbewertung) schon aus den Rechtsschriften der Parteien und den dazugehörigen Beilagen ergeben. Demnach konnte auf eine weitere Beweiserhebung verzichtet werden,

ohne dass damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt würde.

**7.5** Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde geltend macht, ihr sei im Vergabeverfahren jedes Akteneinsichtsrecht verweigert worden (vgl. Beschwerde S. 20), ist festzuhalten, dass die Vergabestelle mit ihren Angaben in der Zuschlagspublikation (vgl. Sachverhalt D.a) bzw. im persönlichen Antwortschreiben vom 26. August 2015 an die Beschwerdeführerin den Anforderungen an eine summarische bzw. ergänzende Begründung des Zuschlags gemäss Art. 23 Abs. 1 und 2 BöB genügen dürfte. Die gelieferten Informationen haben der Beschwerdeführerin ermöglicht, die Tragweite der Zuschlagsverfügung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Urteil des BVGer B- 536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1). Von einer Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs dürfte daher keine Rede sein.

## **8.**

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

## **9.**

**9.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die sowohl im Zwischen- als auch im Hauptverfahren unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest.

Das vorliegende Verfahren hat sich als besonders aufwändig herausgestellt. Vor dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung wurde ein mehrfacher Schriftenwechsel mit umfangreichen Rechtsschriften sowie zahlreichen Beilagen und Verfahrensakten durchgeführt. Im Hinblick auf das Endurteil im Hauptverfahren hat nur ein einfacher Schriftenwechsel stattgefunden, wobei die Verfahrensbeteiligten im Vergleich zu ihren bishe-

rigen Eingaben nichts grundlegend Neues vorgebracht haben. In Berücksichtigung, dass sich im Zwischen- und Hauptverfahren die gleichen Rechtsfragen gestellt haben und von einer Erweiterung der Akteneinsicht sowie Erhebung von Beweisen im Hauptverfahren abgesehen werden konnte, erscheint als gerechtfertigt, die Verfahrenskosten insgesamt auf Fr. 7'000.– festzusetzen. Dieser Betrag wird den bezahlten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 8'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**9.2** Die Zusprechung einer Parteientschädigung im Rechtsmittelverfahren nach dem VwVG setzt voraus, dass die Partei ganz oder teilweise obsiegt hat. Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin daher keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG) und ihrem Begehren nach Zusprechung einer Entschädigung für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ausarbeitung und Änderung ihrer Offerte, mit der Vorbereitung einer Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags und im vorliegenden Beschwerdeverfahren kann nicht stattgegeben werden.

Diesbezüglich ist hinzuzufügen, dass Offerenten grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Vergütung für die Ausarbeitung des Angebots haben. Im Vergabeverfahren kann nur ein Anbietender den Zuschlag erhalten und alle anderen Konkurrenten, die nicht berücksichtigt wurden, haben die Aufwendungen für die Ausarbeitung der Offerte grundsätzlich selber zu tragen. Sofern in der Ausschreibung nicht anders geregelt, ist eine Entschädigung für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offertausarbeitung normalerweise nur im Rahmen des sekundären Rechtsschutzes in Vergabesachen vorstellbar (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1418). Schadenersatz kann gemäss Art. 34 Abs. 1 BöB aber nur verlangen, wer durch eine widerrechtliche Verfügung einen Schaden erlitten hat, vorausgesetzt dass das Bundesverwaltungsgericht die Widerrechtlichkeit der Verfügung vorgängig festgestellt hat. Aufgrund des Verfahrensausgangs kann diese Voraussetzung vorliegend nicht eintreten.

**9.3** Die Vergabestelle als Bundesamt hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**9.4** Der Zuschlagsempfängerin, welche mit Fax-Eingabe vom 22. September 2015 erklärt hat, am Verfahren nicht teilnehmen zu wollen, sind weder

Verfahrenskosten aufzuerlegen noch eine Parteienschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 8'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular);
- die Vergabestelle (Gerichtsurkunde);
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise; Einschreiben).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 28. Juni 2018