



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-6594/2017**  
flr/rit/lse

## **Zwischenentscheid vom 27. April 2018**

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richter Hans Urech, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Thomas Ritter.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Jasmin Brechbühler, Fürsprecherin,  
Brechbühler Rechtsanwälte,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Rüstung armasuisse,**  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "Fahrzeugblachen",  
SIMAP-Meldungsnummer 992523,  
SIMAP-Projekt-ID 143673,

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

**A.a** Am 2. Mai 2017 schrieb das Bundesamt für Rüstung armasuisse (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugblachen für verschiedene Fahrzeugtypen der Schweizer Armee aus. Die Ausschreibung erfolgte im selektiven Verfahren mit zwei Verfahrensstufen (1. Stufe: Antrag zur Teilnahme; 2. Stufe: Einladung zur Angebotsabgabe).

**A.b** In der Folge gingen drei Teilnahmeanträge ein, darunter derjenige der X. \_\_\_\_\_ AG und der Y. \_\_\_\_\_ AG. Alle drei Antragsstellerinnen wurden daraufhin eingeladen, ein Angebot einzureichen und darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe (Angebotsabgabe) auf der Internetplattform SIMAP einsehbar seien. Die drei Angebote wurden fristgerecht eingereicht.

**A.c** Am 1. November 2017 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 992523), dass sie den Zuschlag an Y. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) erteilt habe.

**B.**

Gegen diese Verfügung erhebt die X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 21. November 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt sinngemäss die Aufhebung des Zuschlags. Als Begründung führt sie an, es sei nicht korrekt, dass alle zehn ausgeschriebenen Typen von Fahrzeugblachen in die gleiche Ausschreibung aufgenommen und nur drei Muster verlangt worden seien. Die zur Verfügung gestellten technischen Spezifikationen seien zudem ungenügend. Weiter sei zu bezweifeln, dass die Zuschlagsempfängerin die Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt habe. Ausserdem werde der Preis gegenüber der Qualität zu stark gewichtet.

**C.**

Mit Instruktionsverfügung vom 22. November 2017 stellte das Gericht fest, dass die Beschwerde keinen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung enthielt. Zugleich wurde die Vergabestelle ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren sowie eine Vernehmlassung einzureichen. Ebenfalls wurde der Zuschlagsempfängerin mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, eine Stellungnahme einzureichen.

**D.**

Die Zuschlagsempfängerin hat sich innert der angesetzten Frist nicht als Partei des vorliegenden Verfahrens konstituiert.

**E.**

Mit Vernehmlassung vom 11. Dezember 2017 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin habe lediglich den dritten Rang erreicht und bliebe, selbst wenn ihren Rügen gefolgt würde, mit Blick auf den Zuschlag chancenlos.

Mit Instruktionsverfügung vom 13. Dezember 2017 wurde der Beschwerdeführerin die Gelegenheit eingeräumt, eine Replik bis am 22. Januar 2018 einzureichen. In der Folge beauftragte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsvertreterin und beantragte eine Erstreckung der angesetzten Frist.

**F.**

Mit Replik vom 12. Februar 2018 beantragt die Beschwerdeführerin, den Zuschlag aufzuheben (Begehren Ziff. 1). Ebenfalls stellt sie das Begehren (Ziff. 2), die ursprüngliche Ausschreibung der Fahrzeugblachen aufzuheben, die Ausschreibungsunterlagen neu zu erstellen und den Auftrag neu auszuschreiben.

Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, die vor ihr rangierten Anbieterinnen seien hinsichtlich der qualitativen Zuschlagskriterien – Wiederbeschaffungszeit, Lieferfrist Expressbestellung und insbesondere Passgenauigkeit – unrichtig bewertet worden, wogegen ihr im Bereich "Wiederbeschaffungszeit" eine fälschlicherweise reduzierte Punktzahl verliehen worden sei. Ausserdem hätten die anderen Anbieterinnen die technischen Spezifikationen nicht eingehalten. Diese seien zudem ungenügend bekannt gegeben worden. Die Angebote seien aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung nicht vergleichbar. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, der Preis werde gegenüber der Qualität zu stark gewichtet.

In prozessualer Hinsicht ersuchte die Beschwerdeführerin neu darum, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

**G.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 13. Februar 2018 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den (noch nicht erfolgten) Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

Ebenfalls wurde die Vergabestelle aufgefordert, in Ergänzung zur Vernehmlassung insbesondere zu den Verfahrensanträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

#### **H.**

Mit Stellungnahme vom 5. März 2018 hält die Vergabestelle an ihrem Hauptantrag, auf die Beschwerde nicht einzutreten, fest. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Beschwerdeführerin einstweilen keine Akteneinsicht zu gewähren und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

#### **I.**

Mit Instruktionsverfügung vom 27. März 2018 wurde der Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in die Beilage 1.0 (Gesamtauswertung) zum Evaluationsbericht vom 19. September 2017 gemäss gerichtlichem Abdeckungsvorschlag gewährt.

Mit Eingabe vom 10. April 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme ein.

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

#### **1.**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**1.1** Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

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

**1.3** 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. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

**1.3.1** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

Wie die Vergabestelle in Ziffer 2.1 der Ausschreibung vom 2. Mai 2017 zutreffend festhält, handelt es sich hinsichtlich des betroffenen Beschaffungsobjekts (Fahrzeugblachen) um einen Lieferauftrag über die Beschaffung beweglicher Güter im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB. Der Zuschlag vom 25. Oktober 2017 wurde für den Preis von Fr. 8'692'680.– vergeben. Gemäss Ziff. 3.2 der Publikation liegt die Preisspanne der eingegangenen Angebote zwischen Fr. 8'564'760.– und Fr. 11'988'360.–. Der für Lieferungen massgebende Schwellenwert in der Höhe von Fr. 230'000.– wurde damit klar überschritten (Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 vom 23. November 2015 [AS 2015 4743]).

Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

**1.3.2** Die angefochtene Zuschlagsverfügung fällt demgemäss prima facie in den Anwendungsbereich des BöB. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache und auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig.

**1.4** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m.H.; vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ

MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1340, m.H.).

## **2.**

**2.1** Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Republik ein entsprechendes Begehren.

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

**2.3** Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung

der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

### **3.**

**3.1** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1; Zwischenverfügung des BVGer B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 m.H.). Ist dies der Fall, erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.1 m.H.).

Im vorliegenden Fall bestreitet die Vergabestelle die Legitimation der Beschwerdeführerin und beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

**3.1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, m.H.). Dies gilt auch, soweit im Rahmen der Beurteilung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu prüfen ist, ob auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden könne.

**3.1.2** Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**3.2** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde nicht der Beschwerdeführerin, sondern einer anderen Anbieterin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Diese formelle Beschwer und das besondere Berührtsein sind zwar in der Regel notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen der Legitimation. Umstritten und zu prüfen ist vielmehr, ob die Beschwerdeführerin auch das zusätzlich erforderliche schutzwürdige Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung besitzt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (BGE 141 II 14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 3).

**3.2.1** Die Beschwerdeführerin hat in der Klassierung der Anbieterinnen nur den dritten Rang erreicht. Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien erhielt die Beschwerdeführerin 4203 von insgesamt 10'000 möglichen Punkten, während die Zuschlagsempfängerin 9321 Punkte und die zweitplatzierte Anbieterin 9000 Punkte erlangten.

Der Punkteabstand resultierte in erster Linie aus der Bewertung der zu 60 % gewichteten Zuschlagskriterien 1 (Wirtschaftlichkeit), da der finale Angebotspreis der Beschwerdeführerin um Fr. 3'295'680.– über demjenigen der Zuschlagsempfängerin und um Fr. 3'423'600.– über demjenigen der Zweitklassierten lag. Bei den zu 40 % gewichteten qualitativen Zuschlagskriterien 2 (Wiederbeschaffungszeit, Passgenauigkeit der Blachen und Lieferfrist Expressbestellung) erzielte die Beschwerdeführerin wie die Zweitplatzierte 3000, die Zuschlagsempfängerin jedoch 3500 Punkte. Lediglich in Bezug auf die "Passgenauigkeit" der Fahrzeugblachen hat die Beschwerdeführerin die höchste und maximale Punktzahl (1500) erlangt und die Zuschlagsempfängerin (1000 Punkte) sowie die Zweitplatzierte (500 Punkte) übertroffen.

**3.2.2** Die Vergabestelle führt aus, für die Beschwerdeführerin sei nichts gewonnen, wenn der Zuschlag aufgehoben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werde. Selbst wenn sich der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin rückgemäss als unrechtmässig herausstellen sollte, käme automatisch die zweitplatzierte Anbieterin zum Zug und bliebe die Beschwerdeführerin chancenlos, weil sie angesichts ihres grossen Punkterückstands nicht die höchste Punktzahl erreichen könne (Vernehmlassung, S. 2; Stellungnahme, S. 2 f.).

**3.3** Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.) genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht im zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (vgl. Urteile des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1, B-6337/2015 vom 26. April 2016 E. 2.6.1).

**3.3.1** Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären oder

aber, dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse (Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, kann sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sein (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("rende vraisemblable", vgl. Urteil des BGer 2C\_134/2013 vom 6. Juni 2014 E. 2.3), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht ein vor ihm platzierter Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H.; vgl. Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

**3.3.2** In einem Vergabeverfahren wird einem nicht berücksichtigten Anbieter in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt, bevor er in seiner Beschwerde seine Legitimation dargelegt hat (vgl. Art. 26 BöB, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags dem nicht berücksichtigten Anbieter zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen des berücksichtigten Anbieters sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von dessen Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieter abgibt. Entsprechend ist es der unterlegenen Anbieter nur eingeschränkt möglich, eine unrechtmässige Bewertung gegenüber diesen anderen Anbietern nachzuweisen. Diese Beweiserschweren ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind (Urteil des BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 4.8).

**3.4** Die Beschwerdeführerin beantragt in der Replik zum einen, den Zuschlag aufzuheben (Begehren Ziff. 1) und begründet ihre Legitimation damit, dass eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz mit konkreten Weisungen des Gerichts hinsichtlich der Anwendung der Zuschlagskriterien und der Angebotsbereinigung erfolgen würde. Somit müssten die Angebote gemäss den Weisungen geprüft werden, weshalb nicht automatisch die zweitplatzierte Anbieterin den Zuschlag erhalte und sie selbst eine konkrete reelle Chance auf den Zuschlag hätte (Replik, Ziff. II.5). Ihre Rü-

gen hinsichtlich der Spezifikationen, der Passgenauigkeit und der Wiederbeschaffungszeit betreffen die Angebote beider vor ihr rangierten Konkurrentinnen. Die Vergabestelle gehe daher zu Unrecht davon aus, dass im Fall der Aufhebung des Zuschlags automatisch die nächstrangierte Anbieterin den Zuschlag erhalte (Stellungnahme vom 10. April 2018, S. 2).

Zum andern beantragt sie, die Ausschreibung aufzuheben, die Ausschreibungsunterlagen neu zu erstellen und den Auftrag neu auszuschreiben (Begehren Ziff. 2). Im Wesentlichen führt sie dazu aus, dass die Angebote aufgrund der ursprünglich mangelhaften Ausschreibung nicht vergleichbar seien (Replik, S. 5 a.E.).

**3.4.1** Soweit die Beschwerdeführerin eine Rückweisung und Neubeurteilung der Angebote verlangt, ist ihre Legitimation als Drittrangierte – unter dem Aspekt ihres erheblichen Punkteabstands auf die Zweitklassierte (E. 3.2.1) – auf den ersten Blick fraglich. Wenngleich sie nicht nur die unrichtige Anwendung der qualitativen Zuschlagskriterien in Bezug auf beide vor ihr liegenden Anbieterinnen rügt, sondern darüber hinaus auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien (Wirtschaftlichkeit: 60 %; Qualitätskriterien: 40 %) beanstandet, dürften – in dieser Hinsicht – keine reelle Chancen auf den Zuschlag bestehen.

Indessen rügt die Beschwerdeführerin vorliegend in ausreichend substantiierter Weise, dass beide vor ihr rangierten Anbieterinnen die technischen Spezifikationen nicht eingehalten hätten. Insbesondere hätten sie das falsche Material für Blachen und Zubehör verwendet (detailliert Replik, insb. S. 4). Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 m.H. "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2). Trifft die Rüge in Bezug auf beide vorne klassierten Anbieterinnen zu, hat die Beschwerdeführerin reelle Chancen auf den Zuschlag.

Liest man zudem die beiden Rechtsbegehren (Ziff. 1 und 2) der Beschwerdeführerin gemeinsam, macht sie sinngemäss Mängel in den Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit der Anfechtung des Zuschlags geltend (zur Frage der Rechtzeitigkeit dieser Rügen: E. 4). Soweit sie mithin die Neuausschreibung verlangt, beanstandet sie implizit einen Verfahrensfehler und ist ihr schutzwürdiges Interesse insofern zu bejahen, als bei

Gutheissung des (sinngemässen) Begehrens die Ausschreibung wiederholt werden müsste. Alsdann blieben ihre Chancen auf den Zuschlag ebenfalls intakt (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 5.4.4.2), soweit die entsprechenden Rügen nicht verspätet sind (E. 4).

**3.4.2** Demgemäss ist die Beschwerdeführerin prima facie zur Beschwerde legitimiert.

**3.4.3** Die Beschwerde wurde zudem frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**3.5** Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle lässt sich somit nicht festhalten, auf die Beschwerde könne aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden.

#### **4.**

Hinsichtlich der Einwände gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen ist weiter zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin diese nicht umgehend im Rahmen der Ausschreibung hätte vorbringen müssen und sie daher mit der vorliegenden Anfechtung des Zuschlags verspätet sind.

**4.1** Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 m.H.; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38 E. 2c/aa m.H.; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 m.H.). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des BVGer

B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 m.H.; siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER, in: Baurecht 1/2014, S. 35 f.; Urteil des BVGer B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 5.1 m.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 und B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3, je m.H.; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38 E. 3c/cc).

Dabei entspricht die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> Bst. a IVöB), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3 m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1255). Auch ergibt sich nicht bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge – unabhängig von ihrer Art – offensichtlich verwirkt wäre (BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.2 m.H.).

Anders kann es sich möglicherweise verhalten, wenn in der Ausschreibung auf bestimmte Passagen der gleichzeitig mit der Ausschreibung zugänglichen Unterlagen besonders verwiesen würde und Inhalt, Bedeutung und Tragweite der Anforderungen, auf die in der Ausschreibung verwiesen wird, umgehend erkennbar wären (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6594/2017 vom 4. November 2016 E. 6.2; Urteil des BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 ff. und dazu MARTIN BEYELER, in: Baurecht 1/2014, S. 35 f; vgl. auch BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 5.9).

**4.2** Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, es sei nicht korrekt, dass sämtliche zehn verschiedenen Leistungen (Blachentypen) in die gleiche Ausschreibung aufgenommen seien (Beschwerde, Rz. 1, Replik, Art. 7).

Indessen wurde in Ziff. 2.7 der Ausschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass keine Aufteilung in Lose erfolge. Die in der Ausschreibung (Vergabeakten, Register 4) aufgelisteten Muss-Kriterien enthalten zudem explizit eine Bestätigung des Bewerbers, dass er bei einer Bestellung sämtlicher der "in Beilage 2.0 genannten Losgrößen" eine maximale Lieferfrist einhalten könne (Ziff. 3.8 E1.8), und des Weiteren eine Bestätigung, wonach er die geforderten Mengen sowie "das ausgeschriebene Sortiment"

liefern könne (Ziff. 3.8 E1.9). Im Pflichtenheft 1, auf das die Beschwerdeführerin selbst verweist (Beschwerde-Beilage 1), und in der Beilage 2.0 (Register 2) sind sodann sämtliche zehn ausgeschriebenen Fahrzeugblachen und -planen unmissverständlich und unübersehbar aufgelistet.

Angesichts dieses klar formulierten Beschaffungsumfangs hätte die Beschwerdeführerin ihre Rüge somit bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens oder allenfalls in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen. Die Tragweite der Anordnung war ohne Weiteres erkennbar. Insofern erweist sich die Rüge als prima facie offensichtlich verspätet.

**4.3** Dasselbe trifft zu für den Einwand, dass nur für drei der zehn ausgeschriebenen Fahrzeugblachen ein Muster verlangt worden sei, was keinen korrekten Vergleich erlaube (Beschwerde, Rz. 2, Replik, Art. 7). Die Ausschreibung hält ausdrücklich und in ihrer Tragweite klar erkennbar fest, dass der Anbieter, im Fall der Qualifikation für die 2. Stufe des Verfahrens, "3 Musterblachen" mit dem Angebot einzureichen habe (Ziff. 3.8 E1.14). Auch diese Rüge erweist sich somit als prima facie eindeutig verspätet.

**4.4** Nicht offensichtlich verspätet sind prima facie grundsätzlich die weiteren gegen die Ausschreibungsunterlagen vorgebrachten Rügen.

## **5.**

So beanstandet die Beschwerdeführerin weiter, die technischen Spezifikationen seien hinsichtlich Material und Zubehör ungenügend bekannt gegeben worden.

**5.1** Diesbezüglich macht sie geltend, die Vergabestelle verfüge für neun der zehn beschafften Blachentypen bereits über Materiallisten, technische Zeichnungen und Spezifikationen aus früheren Jahren. Sie habe diese jedoch den Anbietern nicht ausgehändigt, was sie hätte tun müssen, damit alle vom gleichen Produkt ausgegangen wären (Beschwerde, Ziff. 3). Ein Teil der Vorgaben sei für die anderen Anbieter nicht erkennbar gewesen, zum Beispiel das relativ teure Innenmaterial des Blachensaums. Daher hätten nicht alle Anbieter dasselbe Blachenmaterial verwendet. Auch habe die Vergabestelle bisher etwa beim Material vorausgesetzt, dass bei bestimmten Artikeln ein spezieller Drehverschluss verwendet und vernickelt werden müsse. Die Zubehörmaterialien habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin über Jahre zur Verfügung gestellt. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Ausschreibung hätten die Anbieter das Zubehörmaterial

terial jedoch selbst organisieren und anhand der Vorlagenmuster definieren müssen, ohne dass ihnen die Spezifikationen genannt worden seien. Anhand der Muster seien nicht alle erforderlichen Spezifikationen erkennbar, etwa, dass Gurte verwendet werden müssten, die langfristig keine chemische Reaktion mit den Blachen auslösten, oder dass die Haken galvanisch verzinkt werden müssten. Mangels Klarheit über das Material und die Anfertigungsart seien die Angebote nicht vergleichbar (Replik, S. 4 f.).

**5.2** Damit kritisiert die Beschwerdeführerin als langjährige Herstellerin der Blachen in erster Linie, dass aus ihrer Sicht die Vergabestelle zu tiefe Anforderungen an Material und Zubehör gestellt hat, welche von den bisher gelieferten Fahrzeugblachen abweichen.

Zwar hat die Beschwerdeführerin seit mehreren Jahrzehnten für die Schweizer Armee Fahrzeugblachen angefertigt und verfügt zweifellos über sehr viel Wissen und Erfahrung in diesem Bereich. Einen Rechtsanspruch der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle zu verpflichten, auch künftig die ihrer Ansicht nach "richtigen" Produkte gemäss den bisherigen Lieferungen zu beschaffen, sieht das Vergaberecht jedoch offensichtlich nicht vor. Vielmehr steht es der öffentlichen Vergabebehörde zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität und Anfertigung stellt, was also im einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission bildet (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 3.2 m.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2, Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB]* 66.38, E. 5a). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der gerügten technischen Spezifikationen (vgl. Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 2.2, Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. m.H.) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (vgl. Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3, mit Hinweis auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.1999 vom 2. März 2000, in: *Baurecht* 2001, S. 65; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3).

Die Vergabestelle war mithin nicht verpflichtet, an den bislang aus dem Betrieb der Beschwerdeführerin beschafften Materialien und Anfertigungen festzuhalten, sondern durfte andere und auch weniger weitgehende Anforderungen formulieren, die allenfalls zu tieferen Preisen erfüllbar sind.

**5.3** Indessen hat die Vergabestelle gemäss Art. 16a VöB die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu beschreiben (Abs. 1) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Abs. 3; vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen").

**5.3.1** Aus den Ausschreibungsunterlagen geht allerdings prima facie hervor, dass die Vergabestelle den Anbieterinnen ein klares Leistungsverzeichnis und abschliessende Spezifikationen vorgegeben hat. Die technischen Spezifikationen sind in Beilage 2.0 (Leistungsbeschreibung) und Beilage 2.1 Anhang I (Spezifikationen des Blachenmaterials) zum Pflichtenheft 1 beschrieben (Vergabeakten, Register 2). Darin werden sämtliche der zehn Typen von Fahrzeugblachen genau bezeichnet, mittels Bildern abgebildet und durch Zeichnungen näher illustriert. Sie werden in den Kategorien Dimension (detaillierte Grössenangabe), Blache (Gewebebeschichtung), Riemen (Lage, Stückzahl), Ösen (Stückzahl je Seite), Klettverschluss beschrieben und, je nach Blachentyp, insbesondere betreffend Ringe, Hacken und Laschen sowie das Vorhandensein von Fenstern, mit weiteren Angaben (wie Stückzahl und Lage) definiert. Weitere Anforderungen an die Beschaffenheit der Blachen werden in Beilage 2.1 umschrieben in Bezug auf die Eigenschaften Trägergewebe, Beschichtung, Gewicht, Farbe, Lichtechtheit, IRR-Werte, Haftfestigkeit von Beschichtungen, Zugfestigkeit, Weiterreisskraft, Brennverhalten und Temperaturbeständigkeit. Überdies wird ein Prüfbericht zur Beschaffenheit gemäss dieser Spezifikation verlangt.

Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin führt nicht aus, aus welchen Gründen diesen Spezifikationen die nötige Klarheit und Ausführlichkeit vermissen liessen und die Angebote in diesem Rahmen nicht hinreichend vergleichbar wären. Wie erwähnt stört sie sich insbesondere an den aus ihrer Sicht unzureichenden qualitativen, aber im Ermessen liegenden Vorgaben der Vergabestelle (E. 5.2). Mithin verlangt sie zusätzliche qualitative Anforderungen – so hinsichtlich der Qualität der Gurte, des Innenmaterials des Saums, der Verzinkung der Haken oder des Einsatzes eines besonderen Drehverschlusses. Sie legt aber nicht nachvollziehbar dar, inwieweit die *effektiv ausgeschriebenen* Spezifikationen unklar seien bzw.

den notwendigen Detaillierungsgrad gemäss Art. 12 BöB i.V.m. Art. 16a Abs. 1 VöB nicht erfüllen würden.

**5.3.2** Einzig trifft zu, dass beim "System Puch" für die "Blache vorne" ein Kunststofffenster abgebildet ist (Beilage 2.0, S. 6), im Beschrieb jedoch explizit keines verlangt ist (S. 7). Allerdings handelt sich dabei prima facie um einen solch klaren und offensichtlichen Widerspruch, dass ihn eine Offertin, erst recht die Beschwerdeführerin als erfahrene Anbieterin und bisherige Lieferantin, umgehend erkennt bzw. erkennen muss. Eine einfache Nachfrage bei der Vergabestelle wäre ohne Weiteres möglich und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch schon vor Offertstellung geboten gewesen. Mit ihm steht im Widerspruch, dass es die Beschwerdeführerin es unterliess, sich in diesem Punkt durch Rückfrage ins Bild zu setzen und sie sich erst jetzt auf einen Mangel beruft. In einer klaren Konstellation wie der vorliegenden wird eine Fragepflicht, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei unklaren Ausschreibungsunterlagen besteht, auch von der Lehre getragen (vgl. Urteil des BGer 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004 E. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 387-388; Zwischenentscheide des BVer B-369/2014 vom 10. Juli 2014 E. 6.2.2 u. B-82/2017 E. 11.8.6; Urteil des BVer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.8 a.E.). Somit ist die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge nicht mehr zu hören.

**5.3.3** Soweit die Beschwerdeführerin also sinngemäss eine Verletzung des Transparenzgebotes durch Ausgestaltung der Spezifikationen rügt, kommen der Beschwerde prima facie ebenfalls keinerlei Erfolgsaussichten zu.

## **6.**

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die vor ihr rangierten Anbieterinnen die technischen Spezifikationen hinsichtlich Material und Zubehör nicht eingehalten hätten. Sie dagegen habe die bisher gültigen Qualitätsnormen angewandt, was zu bedeutend höheren Kosten geführt habe.

**6.1** Die Vergabestelle hat die technischen Spezifikationen indessen als erfüllt eingestuft. Die Einhaltung der technischen Spezifikationen wurde von den Anbieterinnen mittels Selbstdeklaration als Zusicherung verlangt, welche die Zuschlagsempfängerin und die Zweitklassierte aktenkundig abgegeben haben (Vergabeakten, Register 15 f.). Hinsichtlich der Beschaffenheit der Blachen hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen einen Prüfbericht verlangt (Register 2, Beilage 2.1, S. 2), welcher von allen Anbieterinnen eingereicht wurde. Gestützt auf eine Prüfung der Berichte

kommt sie zum Schluss, dass die in den technischen Spezifikationen geforderten Werte eingehalten sind (vgl. Vergabeakten, Register 10, Beilage 2.0, S. 16). Ebenfalls führt sie aus, dass ihr das verwendete Material und die Hersteller bekannt seien.

**6.2** Was vorne für die Auswahl der technischen Spezifikationen ausgeführt wurde, trifft in folgender Hinsicht auch für deren Einhaltung zu: Die Beschwerdeführerin kritisiert im Wesentlichen, dass die anderen Anbieterinnen die bisher verlangten und aus ihrer Sicht erforderlichen Qualitätsanforderungen nicht eingehalten haben. Sie bezieht sich etwa auf die Qualität des Materials der Gurte, die Fertigungsart der Haken, das Innenmaterial des Saums und darauf, dass der Saum beim Duro nicht geschweisst, sondern genäht werden müsse. Dabei handelt es sich jedoch offensichtlich nicht um gemäss Ausschreibung verlangte Anforderungen. Inwieweit die Zuschlagsempfängerin aber die gemäss Ausschreibungsunterlagen tatsächlich aufgestellten Spezifikationen (Register 2, Beilagen 2.0 [Leistungsbeschreibung] und Beilage 2.1 Anhang I [Blachenmaterial] zum Pflichtenheft 1) verfehlt hätte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise auf und ist auch in keiner Weise ersichtlich.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit - sofern der Vertrag zustande kommt - verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 10.3; Urteil des BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3).

**6.3** Somit besteht mit Blick auf Rügen der Beschwerdeführerin kein Anlass daran zu zweifeln, dass die Zuschlagsempfängerin die gemäss Ausschreibungsunterlagen verlangten technischen Spezifikationen erfüllt hat. Auch in dieser Hinsicht erweist sich somit die Beschwerde als prima facie offensichtlich unbegründet.

## **7.**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien, die Vergabestelle habe den Preis gegenüber der Qualität zu stark gewichtet. Wenn ein Produkt mit einem anderen in Verbindung gebracht werden solle,

so müsse die Qualität höher als der Preis – vorliegend zumindest zu 60 % – gewichtet werden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Qualität, insbesondere die Passgenauigkeit der Blachen, derart tief gewichtet werde (Beschwerde, Rz. 5, Replik, Art. 6).

**7.1** Wie erwähnt verfügt die Vergabebehörde hinsichtlich der einzelnen Vergabekriterien über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vorne, E. 5.2). Dies gilt auch bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien (vgl. Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2, B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 956), und ebenfalls hinsichtlich der Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5; vgl. auch Art. 31 BöB).

**7.2** Die Vergabestelle hat vorliegend mit der Einladung zur Angebotsabgabe die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Preis: 60 %; Qualität: 40 %) bekannt gegeben (Vergabeakten, Register 3, S. 3, Beilage 1.0). Die Passgenauigkeit der Blachen hat sie – mit maximal 1500 von insgesamt möglichen 10'000 Punkten – zu 15 % gewichtet und sie nicht als Muss-Kriterium definiert. Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin legt auch nicht näher dar, aus welchen Gründen diese Gewichtung rechtsfehlerhaft ausgefallen sein sollte. Jedenfalls liegt es vorliegend im Spielraum der Behörde, die Wirtschaftlichkeit um 20 % stärker als die Qualität zu gewichten. Prima facie erscheint demnach offensichtlich, dass die Vergabestelle bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Rahmen ihres Ermessensspielraum gehandelt hat.

**7.3** Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die Angebote effektiv nur noch anhand des Preises unabhängig von der Qualität verglichen würden, was nicht dem Sinne des Beschaffungsrechts entspreche.

Soweit die Beschwerdeführern damit sinngemäss rügen mag, dass die gewählte Bewertungsmethode die publizierte Gewichtung des Preises verfälsche bzw. die effektive von der bekannt gegebenen Gewichtung des Preises im Ergebnis abweiche, so überzeugt dieses Vorbringen ebenfalls nicht. Zwar erweist sich das Vorgehen einer Vergabestelle dann als unzulässig, wenn den Zuschlagskriterien durch die verwendete Bewertungsskala nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde. Trägt die gewählte Preisbewertungsmethode der publizierten Gewichtung nicht genügend Rechnung, liegt ein rechtswidriger Verstoss gegen das Transparenzgebot

vor. Das für die Preisbewertung geltenden Verbot einer „effektiven Gewichtung“ durch die Bewertungsmethode, welche die bekannt gegebene Gewichtung verwässert, gilt auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird (zum Ganzen detailliert Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 7.3 f. m.H.). Vorliegend liegt indes eindeutig kein Fall einer entsprechenden Verwässerung vor:

Zunächst hat die Vergabestelle für die Zuschlagskriterien der Wirtschaftlichkeit (60 %) und der Qualität (40 %) je Maximalpunktzahlen gewählt, welche dem Verhältnis der publizierten Gewichtung exakt entsprechen. So konnten für den Preis 6000 Punkte und für die qualitativen Kriterien insgesamt 4000 Punkte erreicht werden. Sowohl hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit als auch der Qualität hat sie die ganze Bandbreite der erzielbaren Punkte angewandt, und in diesem Rahmen den Preis- und Qualitätsunterschieden durch die Punkteabstufung ohne rechtsfehlerhafte Verzerrung Rechnung getragen. In Bezug auf die Preiskurve hat sie in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben, dass das günstigste Angebot die maximal möglichen Punkte erhält, und Preise, welche 1.5 Mal teurer sind, null Punkte erlangen. Dazwischen verläuft die Verteilung linear. Die Vergabestelle ist damit von einer theoretischen Preisspanne von 50 % ausgegangen, ohne dadurch ihren Ermessensspielraum zu überschreiten. Diese liegt rund 10 % über der tatsächlichen Preisspanne von 39.97 %, wie sie zwischen der tiefsten Preisofferte der Zweitklassierten und dem höchsten Angebot der Beschwerdeführerin liegt. Hätte die Vergabestelle im Übrigen auf die effektive Preisspanne abgestellt, hätte sich dies punktemässig sogar zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt. Eine mangelnde oder zu starke Differenzierung zwischen den Angeboten ist in keiner Hinsicht auszumachen. Die grosse Preisdifferenz zur Beschwerdeführerin drückt sich in der tiefen Bewertung ihres Preisangebots (1203 Punkte) rechtsfehlerfrei aus. Dass es zudem den Anbieterinnen möglich war, aufgrund der qualitativen Bewertung des Angebots den Vorzug vor einem preislich günstigeren Angebot zu erhalten, zeigt sich auch darin, dass sich die Zuschlagsempfängerin einzig aufgrund der besseren Passgenauigkeit der Blachen gegenüber der zweitrangierten Anbieterin durchgesetzt hat – obgleich sie einen höheren Preis offerierte.

Demnach hat die Vergabestelle prima facie ohne Zweifel im Rahmen ihres Ermessensspielraums gehandelt und nicht gegen das Transparenzgebot verstossen. Es besteht keine rechtswidrige Diskrepanz zwischen der angegebenen Gewichtung der Kriterien und ihrer effektiven Bewertung. Die

Beschwerdeführerin hat vielmehr aufgrund des deutlich höheren Angebotspreises lediglich den dritten Rang erreicht.

#### **8.**

Auch soweit die Beschwerdeführerin eine falsche Anwendung der qualitativen Zuschlagskriterien, insbesondere betreffend die Passgenauigkeit, in Bezug auf die vor ihr rangierten Anbieterinnen rügt, dringt sie mit ihren Rügen offensichtlich nicht durch.

Der Vergabestelle verfügt zunächst auch im Rahmen der Offertbewertung über einen grossen Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktegebung kommt daher wiederum 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 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 m.H. "GIS-Software für Rail Geo System"; Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Zwar ist sie an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten, und ausserdem den Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung berücksichtigen (Urteile des BVGer B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2, B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 7.3 m.H.). Auch in dieser Hinsicht ist jedoch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die von der Vorinstanz getroffene Bewertung der Angebote rechtsfehlerhaft wäre und demzufolge der Beschwerdeführerin mehr bzw. den anderen Anbieterinnen in entscheidendem Umfang weniger Punkte verliehen werden sollten. Sie bringt keine Rügen vor, die angesichts ihres Punkterückstands dazu führen könnten, dass sich ihr Angebot im Rahmen einer Neubeurteilung als das wirtschaftlich günstigste erweise und in der Folge den Zuschlag erhalte (Art. 21 Abs. 1 BöB).

#### **9.**

Im Eventualbegehren verlangt die Beschwerdeführerin schliesslich, es sei gestützt auf ein Gutachten eine Angebotsbereinigung und Nachverhandlung durchzuführen.

Indessen besteht keine Rechtsgrundlage, welche der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Konstellation ein Recht auf eine Angebotsbereinigung sowie weitere Verhandlungen und der Vergabestelle entsprechende Pflichten einräumt (vgl. Art. 20 BöB; Art. 25 f. VöB; vgl. zur Angebotsbereinigung

auch BVGE 2007/13 E. 3.4; Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.3, E. 5.7.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 683 ff.). So verlangt die Beschwerdeführerin mit der Angebotsbereinigung im gerügten Sinn (neue Anfertigungsart der Blachen bzw. Anpassung des Materials) offensichtlich eine wesentliche und unzulässige Änderung des bereits den Anforderungen entsprechenden Angebotes, und nicht nur eine Bereinigung in technischer oder rechnerischer Hinsicht. Wie zudem bereits ausgeführt, wurden die Spezifikationen hinreichend bekannt gegeben (E. 5) und sind die Offerten anhand der tatsächlich gestellten Anforderungen objektiv vergleichbar. Hinsichtlich der beantragten Verhandlungen halten die Ausschreibungsunterlagen beider Verfahrensstufen fest, dass keine solchen stattfinden (Pflichtenheft 1, S. 8 [Register 2], Pflichtenheft 2, S. 6 [Register 3]). Dass sich die Vergabestelle Nachverhandlungen vor dem Zuschlag vorbehielt (Pflichtenheft 2, S. 5), begründet vorliegend keinen Anspruch solche durchzusetzen. Somit erscheint das Eventualbegehren als prima facie aussichtslos.

#### **10.**

Unbegründet ist im Übrigen auch der Einwand, die Vergabestelle habe die verschiedenen Leistungen in einer unzulässigen Weise zum Beschaffungsgegenstand zusammengefasst, wodurch sie, was Art. 7 BöB im Umkehrschluss verbiete, bewusst die Anwendbarkeit des BöB bewirkt habe (Stellungnahme vom 10. April 2018, S. 2).

#### **11.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde prima facie als offensichtlich unbegründet erscheint.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich wäre.

#### **12.**

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass dem umfassenden Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin teilweise entsprochen wurde. Mit Verfügung vom 23. Januar 2018 erhielt sie Einsicht in das Aktenverzeichnis und teilweise Einsicht in die abgedeckte Version des Ordners der Vergabeakten (Register 1 bis 11, 17 u. 20). Zudem wurde ihr mit Verfügung vom 27. März 2018 Einsicht in die Gesamtauswertung (Beilage 1.0 zum Evaluationsbericht vom 19. September 2017) gemäss dem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag gewährt.

Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. Zwischenverfügungen des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 7.2 und B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 7). Soweit es sich für das Endurteil in der Hauptsache als rechtserheblich erweisen sollte, behält sich das Gericht vor, zusätzliche Einsicht zu gewähren. Allfällige Anordnungen betreffend eine weitergehende Akteneinsicht und die Beweisanträge werden vorbehalten.

**13.**

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

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Die Akteneinsichtsbegehren und Beweisanträge der Beschwerdeführerin werden, soweit ihnen nicht bereits entsprochen worden ist, einstweilen abgewiesen.

**3.**

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

**4.**

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 143673; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin Y.\_\_\_\_\_ AG,  
(auszugsweise [Dispositiv]; Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Thomas Ritter

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 3. Mai 2018