



Abteilung II
B-6646/2014

Zwischenverfügung vom 14. Januar 2015

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner.

Parteien

B._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Daniel Emch
und Dr. Christoph Jäger,
Kellerhals Anwälte,
Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst,
Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb,
Dr. Pandora Notter und Kim Leuch,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen; Projekt (1405) 609
Field-Support Partner - SIMAP Meldungsnummer 840715
(Projekt-ID: 118360).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) mit Publikation vom 22. Oktober 2014 auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) im offenen Verfahren einen Dienstleistungsauftrag ausschrieb mit dem Titel "(1405) 609 Field-Support Partner" (SIMAP Meldungsnummer 840715, Projekt-ID118360), wobei die Vergabestelle gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung insgesamt über 12'000 Netzwerkkomponenten betreibt und die zukünftigen Field Support Partner (zwei Zuschlagsempfängerinnen) direkt an den Kundenstandorten der Bedarfsstelle Einsätze leisten sollen, welche namentlich darin bestehen, bei Störungen Ersatzmaterial zu konfigurieren und zu installieren, sowie Installationen, Rückbauten und Umzüge von aktiven Geräten im Einsatz vorzunehmen,

dass gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung als Eignungskriterium 20 (EK 20) eine Bestätigung des Anbieters verlangt wird, wonach er und alle Subunternehmer sich zur Mehrheit in Schweizer Eigentum befinden; der Nachweis sei durch eine Bestätigung des obersten Leitungsorgans des Anbieters unter Beilage eines geeigneten Nachweises zu erbringen,

dass die A. _____ AG (ab [SHAB-Datum]: B. _____ AG; im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 11. November 2014 gegen die Ausschreibung vom 22. Oktober 2014, umfassend das Los 1 und das Los 2, Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhob und namentlich beantragt, es sei die Ausschreibung vom 22. Oktober 2014 aufzuheben und die Sache zur neuen Ausschreibung des Projekts unter Verzicht auf das Eignungskriterium 20 an die Vergabestelle zurückzuweisen,

dass die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht beantragte, der Beschwerde sei, zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv, die aufschiebende Wirkung zu gewähren; nach Eventualantrag 5 sei ihr im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu gestatten, sich trotz des Eignungskriteriums 20 am Vergabeverfahren zu beteiligen, wobei der Vergabestelle gleichzeitig vorsorglich zu untersagen sei, irgendwelche Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des Verfahrens präjudizieren könnten, vorzunehmen, namentlich den Zuschlag zu erteilen und/oder den Vertrag abzuschliessen,

dass der Vergabestelle mit Verfügung vom 17. November 2014 einstweilen untersagt wurde, die Offerten zu öffnen und ihr eine Frist gesetzt wurde, sich vorab zu den superprovisorisch gestellten Begehren und alsdann zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin zu äussern sowie die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren

einzureichen und dabei die ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Aktenstücke zu bezeichnen,

dass mit Verfügung vom 20. November 2014 festgestellt wurde, dass sich die Vergabestelle dem superprovisorisch verfügten Offertöffnungsverbot nicht widersetzt und derzeit keine weiteren Anordnungen zum Eventualantrag 5 der Beschwerdeführerin zu treffen seien,

dass die Beschwerdeführerin am 4. Dezember 2014 mitteilte, sie habe im strittigen Beschaffungsverfahren fristgerecht eine Offerte eingereicht,

dass die Vergabestelle am 10. Dezember 2014 innert einmalig erstreckter Frist beantragte, es sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen; der Eventualantrag, sich am Verfahren zu beteiligen, sei insoweit gutzuheissen, als der Vergabestelle zu gestatten sei, die Offerte zu öffnen und die Evaluation unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin durchzuführen; subeventualiter sei ihr zu gestatten, die Offerte der Beschwerdeführerin zu öffnen und formell zu prüfen,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. Dezember 2014 namentlich am Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung festhielt und eventualiter beantragte, den Eventualantrag der Vergabestelle, wonach ihr zu gestatten sei, die Offerte der Beschwerdeführerin zu öffnen und formell zu prüfen, gutzuheissen; soweit weitergehend seien die Anträge der Vergabestelle zur aufschiebenden Wirkung abzuweisen,

dass das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle mit Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014 unter Abweisung der weiter gehenden Anträge, namentlich jener der Beschwerdeführerin, gestattet hat, die Offerte der Beschwerdeführerin zu öffnen und formell zu prüfen,

dass die Beschwerdeführerin mit unaufgefordert eingereicherter Eingabe vom 8. Januar 2015 namentlich den Antrag stellt, der Vergabestelle sei zu untersagen, den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren zu verfügen oder andere selbständig anfechtbare Verfügungen zu erlassen, insbesondere betreffend den Zuschlag oder den Verfahrensabbruch, bis das Bundesverwaltungsgericht über die Beschwerde entschieden hat,

dass die Vergabestelle am 9. Januar 2015 anzeigte, sie habe die Offerte der Beschwerdeführerin geöffnet und formell geprüft,

dass die Vergabestelle gleichzeitig beantragt, ihr sei es in Abänderung von Ziff. 1.1 der Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014 zu gestatten, die weiteren Offerten zu öffnen und zu prüfen sowie bei allen eingegangenen Offerten eine materielle Prüfung vorzunehmen (Antrag 1), wobei das bestehende Vollzugsverbot dahingehend aufrecht zu halten sei, dass der Vergabestelle ein Zuschlag weiterhin untersagt sei (Antrag 2); die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin gemäss Eingabe vom 8. Januar 2015 seien abzuweisen,

dass der Vergabestelle mit Verfügung vom 9. Januar 2015 gemäss Antrag der Beschwerdeführerin vom 8. Januar 2015 Frist bis zum 30. Januar 2015 gesetzt wurde, um im Hauptverfahren eine Beschwerdeantwort zu erstatten,

dass die Beschwerdeführerin am 13. Januar 2015 Stellung zur Eingabe der Vergabestelle vom 9. Januar 2015 nahm und beantragt, der Verfahrensantrag 1 der Vergabestelle sei gutzuheissen und der Verfahrensantrag 2 sei insoweit gutzuheissen, als der Vergabestelle darüber hinausgehend ein umfassendes Vollzugsverbot aufzuerlegen sei, welches nicht nur den Zuschlag, sondern auch den Ausschluss der Beschwerdeführerin und den Verfahrensabbruch untersage,

dass sich das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) bestimmt, soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 172.056.1) nichts anderes bestimmen,

dass mit Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014 zur aufschiebenden Wirkung bereits festgehalten wurde, dass der strittige Beschaffungsgegenstand prima facie vom BöB erfasst wird und nicht gesagt werden kann, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden könne (vgl. Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014, S. 4 f.),

dass der Instruktionsrichter für den Entscheid über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung zuständig ist (Art. 39 Abs. 1 VGG; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 1.2 mit Hinweisen),

dass Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung lediglich das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. die Anträge auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind (vgl. zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2),

dass gemäss Art. 28 Abs. 1 BöB der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, was aber nicht bedeutet, dass der Gesetzgeber den Suspensiveffekt nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen), wobei dasselbe auch für vorsorgliche Anordnungen gilt (vgl. dazu die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2014 vom 13. August 2013 E. 2.1 mit Hinweisen),

dass das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann (Art. 28 Abs. 2 BöB), wobei in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.2 mit Hinweisen),

dass in einem zweiten Schritt aufgrund einer Interessenabwägung über das Gesuch zu befinden ist, wenn der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt werden oder darüber Zweifel bestehen (vgl. zum Ganzen etwa den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 2.2 unter ausführlicher Darlegung der zu berücksichtigenden Interessen),

dass vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, um den Effekt einer Anordnung betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einzelfallgerecht zu differenzieren (vgl. REGINA KIENER in: Auer/Müller/ Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 3 zu Art. 56 VwVG), weshalb es auch in Vergabesachen, namentlich im Fall einer Anfechtung der Ausschreibung, vorkommen kann, dass vorsorgliche Massnahmen und Anordnungen betreffend die aufschiebende Wirkung ineinander übergehen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 13. August 2013 E. 3.3; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf, Rz. 1342 mit Fn. 3120),

dass mit Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014 zur aufschiebenden Wirkung bereits festgestellt wurde, dass die Vergabestelle nicht geltend macht, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet (vgl. Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014, S. 5),

dass der Umstand, dass ein gewisses Missbrauchspotential bei der Evaluation der Offerten besteht, indessen im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung nicht dazu führen darf, dass die aufschiebende Wirkung regelmässig erteilt und damit die Fortführung des Vergabeverfahrens gänzlich verhindert wird,

dass vielmehr die schrittweise Fortsetzung des Vergabeverfahrens mittels vorsorglicher Anordnungen geprüft wird (vgl. dazu etwa die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 6; Zwischenverfügung B-6646/2014 vom 19. Dezember 2014 S. 6),

dass, nachdem die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin geöffnet und formell geprüft hat, über die Öffnung der übrigen Offerten sowie die materielle Evaluation aller Angebote zu befinden ist,

dass die Beschwerdeführerin keine Einwände gegen die Anträge der Vergabestelle betreffend die Öffnung und Evaluation der übrigen Offerten erhebt, sondern einzig vorbringt, es sei der Vergabestelle nicht nur die Erteilung eines Zuschlags zu verbieten, sondern ihr zusätzlich einstweilen zu untersagen, die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren auszuschliessen oder das Verfahren abubrechen,

dass der Vergabestelle nach dem Gesagten zu erlauben ist, die übrigen Offerten zu öffnen und formell zu prüfen sowie alle Angebote materiell zu evaluieren, wobei sie andere nicht geeignete Anbieter aus dem Verfahren ausschliessen kann,

dass sie zu verpflichten ist, dem Gericht einen entsprechenden Antrag zu stellen, sollte sie den Zuschlag, den Ausschluss der Beschwerdeführerin oder den Verfahrensabbruch in Erwägung ziehen, woraus sich folglich ergibt, dass es der Vergabestelle einstweilen untersagt ist, den Zuschlag zu erteilen, die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren auszuschliessen oder das Verfahren abubrechen,

dass über die Kostenfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Zustellung der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Januar 2015 an die Vergabestelle.

2.

2.1. Der Vergabestelle wird in Abänderung von Ziffer 1.1. der Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014 gestattet, die weiteren Offerten zu öffnen und formell zu prüfen sowie eine materielle Prüfung aller eingegangenen Offerten vorzunehmen.

2.2. Die Vergabestelle wird ersucht, den Abschluss des in Ziffer 2.1 hiavor erlaubten Prüfschritts dem Gericht anzuzeigen und Anträge zum weiteren Vorgehen zu stellen.

3.

Über die Kostenfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Diese Zwischenverfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 118360; Rechtsvertreter; Beilage: gemäss Ziffer 1 hiavor; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Rohner

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: 14. Januar 2015