



Abteilung II
B-7062/2017

Zwischenentscheid vom 27. März 2018

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und Dr. Martin Zobl
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt (17061) 704 ASALfutur,
SIMAP-Meldungsnummer 996173,
SIMAP-Projekt-ID 157918.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die X. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 14. Dezember 2017 gegen den am 24. November 2017 auf SIMAP publizierten Zuschlag an die Y. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) betreffend das Projekt "(17061) 704 ASALfutur" erhoben und insbesondere beantragt hat, der Zuschlag sei aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin sei vom Beschaffungsverfahren auszuschliessen, die Sache sei an das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) zur Neuurteilung zurückzuweisen, eventualiter sei das Beschaffungsverfahren abzurechnen und in rechtskonformer Weise neu auszuschreiben, subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen,

dass die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht unter anderem beantragt hat, der vorliegenden Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu gewähren und die aufschiebende Wirkung sei superprovisorisch zu verfügen,

dass die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 23. Januar 2018 Gelegenheit gegeben hat, allenfalls bis zum 8. Februar 2018 die Begründung ihrer Beschwerde zu ergänzen,

dass die Beschwerdeführerin mit Gesuch vom 31. Januar 2018 beantragt hat, diese Frist um 10 Tage zu erstrecken,

dass die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin am 1. Februar 2018 telefonisch rechtliches Gehör in Bezug auf eine allfällige Abweisung dieses Fristverlängerungsgesuchs gewährt hat,

dass A. _____, der einzige Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, anlässlich dieses Telefongesprächs geltend gemacht hat, er benötige diese Fristverlängerung, weil er sich bis Ende Woche 6 im Ausland befinde,

dass die Instruktionsrichterin in der Folge der Beschwerdeführerin die Frist zur Beschwerdeergänzung bis zum 13. Februar 2018 erstreckt hat, mit der mündlichen Auflage, die Rechtsschrift vorab elektronisch einzureichen,

dass die Beschwerdeführerin diese Auflage gleichentags elektronisch bestätigt hat,

dass bis zum 16. Februar 2018 beim Bundesverwaltungsgericht keine Eingabe der Beschwerdeführerin eingetroffen ist, weder per Post noch elektronisch,

dass das Bundesverwaltungsgericht in der Folge mit Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hat,

dass dieser Zwischenentscheid am 19. Februar 2018 versandt worden ist,

dass am 22. Februar 2018 beim Bundesverwaltungsgericht eine von der Beschwerdeführerin am 13. Februar 2018 bei der Schweizerischen Botschaft für die Ukraine und Moldova in Kiew persönlich abgegebene Beschwerdeergänzung eingetroffen ist,

dass die Beschwerdeführerin mit elektronischer Eingabe vom 27. Februar 2018 eine erweiterte (finale) Fassung dieser Beschwerdeergänzung, datiert vom 17. Februar 2018, eingereicht hat, welche anstelle des Dokumentes vom 13. Februar 2018 zu beachten sei,

dass sie in dieser Eingabe ein Ausstandsgesuch gegen die Instruktionsrichterin gestellt hat,

dass die Beschwerdeführerin den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 mit Eingabe vom 28. Februar 2018 beim Bundesgericht angefochten hat (Verfahren 2C_197/2018),

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 1. März 2018 beantragt, der Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 sei per sofort aufzuheben und die aufschiebende Wirkung sei rückwirkend wieder in Kraft zu setzen,

dass die Beschwerdeführerin mit gleicher Eingabe Ausstandsgesuche gegen die beiden anderen Richter des Spruchkörpers sowie gegen die Gerichtsschreiberin gestellt hat,

dass das Bundesgericht mit Verfügung vom 2. März 2018 das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung abgewiesen hat,

dass am 2. März 2018 die finale Fassung der Beschwerdeergänzung der Beschwerdeführerin, datiert vom 14. Februar 2018, inklusive Beilagen

(USB-Stick) auf dem Postweg beim Bundesverwaltungsgericht eingetroffen ist,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 7. März 2018 mitgeteilt hat, dass der Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen worden sei,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-1493/2018, B-1369/2018 und B-1202/2018 vom 15. März 2018 die von der Beschwerdeführerin gestellten Ausstandsbegehren in den Verfahren B-7062/2017, B-1202/2018, B-1369/2018 und B-1493/2018 abgewiesen hat, soweit es darauf eingetreten ist und sie nicht gegenstandslos geworden sind,

dass das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung des sinngemässen Gesuchs der Beschwerdeführerin um Wiedererwägung beziehungsweise Abänderung des Zwischenentscheids vom 16. Februar 2018 zuständig ist,

dass Zwischenentscheide über die aufschiebende Wirkung wie andere vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Verfahrens jederzeit von Amtes wegen oder auf Antrag hin geändert werden können, wenn sich dies aufgrund geänderter Umstände oder Prozessaussichten aufdrängt (REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 55 N. 22; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 56 N. 56),

dass im vorliegenden Fall offen bleiben kann, ob das vorliegend zu behandelnde Gesuch um Wiedererwägung beziehungsweise Abänderung des Zwischenentscheids vom 16. Februar 2018 bereits wegen des in der Zwischenzeit erfolgten Vertragsabschlusses gegenstandslos geworden ist,

dass es nach der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zwar nicht in jedem Fall ausgeschlossen ist, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, welche die Vollstreckung eines Zuschlags hemmen, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen worden ist (Urteil des BGer 2C_811/2011 vom 5. Januar 2012 E. 1.3 mit Hinweisen; BVGE 2009/19 E. 7.2),

dass im vorliegenden Fall fraglich erscheint, ob die Voraussetzungen dafür gegeben wären, was aber letztlich offen gelassen werden kann,

dass ebenfalls offen gelassen werden kann, ob die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdeergänzung rechtzeitig eingereicht hat, indem sie diese am letzten Tag der Frist bei der Schweizerischen Botschaft für die Ukraine und Moldova in Kiew abgegeben hat, dabei aber die mit dem Bundesverwaltungsgericht vereinbarte elektronische Vorabzustellung unterlassen und auch das Bundesverwaltungsgericht nicht darüber informiert hat, dass sie die Eingabe im Ausland aufgeben werde,

dass das Bundesverwaltungsgericht auch verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz der Verspätung berücksichtigen kann (Art. 32 Abs. 2 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 aufgrund einer prima facie-Würdigung der damals vorliegenden Akten und Rechtsschriften der Parteien zum Schluss gekommen ist, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet,

dass das Bundesverwaltungsgericht dabei insbesondere davon ausgegangen ist, dass diejenigen Rügen der Beschwerdeführerin, die sich gegen die Ausschreibung selbst beziehungsweise gegen Eignungskriterien und technische Spezifikationen, die unzweideutig bereits in der Ausschreibung enthalten seien, richteten, nicht mehr gehört werden könnten, nachdem die Ausschreibung in Rechtskraft erwachsen sei,

dass es weiter davon ausgegangen ist, dass der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht zu beanstanden sei, weil diese diverse Eignungskriterien nicht erfüllt habe, was zumindest in Bezug auf einige Eignungskriterien durch die Beschwerdeführerin nicht bestritten worden sei,

dass das Bundesverwaltungsgericht weiter aufgrund einer prima facie-Würdigung der damals vorliegenden Akten davon ausgegangen ist, dass die Argumente, mit denen die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Ausschluss der Offerte der Zuschlagsempfängerin begründe, offensichtlich unbehelflich seien,

dass es ausgeführt hat, dass bei diesem Zwischenergebnis die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin, die lediglich Punkte betrafen, die sich auf die Bewertung der Offerten auswirken könnten, nicht relevant seien,

dass die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 13. Februar 2018 keine neuen, relevanten Vorbringen zur Frage der Erfüllung der Eignungskriterien durch sie oder durch die Zuschlagsempfängerin enthält,

dass die Beschwerdeführerin erstmals in der finalen Fassung der Beschwerdeergänzung ausdrücklich oder sinngemäss bestreitet, die EK05, EK06, EK07, EK10, EK11, EK15, EK19, EK28, EK29, EK30, EK31, EK32, EK33, EK34, EK44, EK45, EK46 und EK47 nicht zu erfüllen,

dass sie sich dabei indessen nicht mit der Begründung der Vergabestelle im Evaluationsbericht auseinandersetzt und diese widerlegt,

dass sie insbesondere in Bezug auf mehrere dieser Eignungskriterien gar nicht behauptet, sie habe die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen verlangten Nachweise erbracht, sondern lediglich argumentiert, sie würde im Falle eines Zuschlags die erforderlichen Mitarbeiter mit den entsprechenden Qualifikationen über eine Stellenvermittlungsfirma beschaffen,

dass sie in Bezug auf verschiedene weitere Eignungskriterien, deren Nichterfüllung ihr die Vergabestelle vorgeworfen hat, weiterhin lediglich kritisiert, dass die Vergabestelle die Erfüllung dieser Kriterien gefordert hat, ohne aber zu bestreiten, dass sie sie nicht erfüllt oder dass die Eignungskriterien sich bereits unzweideutig aus der Ausschreibung ergeben,

dass damit auch unter Berücksichtigung der weiteren Eingaben der Beschwerdeführerin davon auszugehen ist, dass der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht zu beanstanden ist, weil sie unbestrittenermassen diverse Eignungskriterien, die sich bereits aus der Ausschreibung ergeben, nicht erfüllt hat,

dass die Beschwerdeführerin keine neuen Argumente anführt, welche gegen eine Erfüllung des EK23 durch die Zuschlagsempfängerin sprechen würden, nachdem das Bundesverwaltungsgericht ihr gegenüber offen gelegt hat, dass die Zuschlagsempfängerin die C. _____ AG als Subunternehmerin in ihr Angebot eingebunden hat,

dass die Beschwerdeführerin sinngemäss weiterhin behauptet, die Zuschlagsempfängerin sei in die Vorbereitung der Ausschreibung, insbesondere auch bei der Entwicklung der Prototypen involviert gewesen, dafür aber keine neuen Belege oder Anhaltspunkte liefert,

dass daher auch die erst nach dem Versand des Zwischenentscheids vom 16. Februar 2018 eingegangenen Beschwerdeergänzungen vom 13., 14. beziehungsweise 17. Februar 2018 keinen Anlass für eine andere Prozessprognose geben,

dass über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids im Rahmen des Endentscheids zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 1. März 2018 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird und es nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden werden.

3.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde an Zustelldomizil)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 157918; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 28. März 2018