



Urteil vom 25. November 2019

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH,
Abteilung Immobilien,
Kreuzplatz 5, KPL,
8092 Zürich ETH-Zentrum,
vertreten durch Christoph Isler, Rechtsanwalt,
epartners Rechtsanwälte AG,
Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen
HIF, Sanierung und Erweiterung,
BKP 244 Lüftungs- und Klimaanlage
(SIMAP-Meldungsnummer 1077683; Projekt-ID 180832).

Sachverhalt:**A.**

Am 21. Dezember 2018 schrieb die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (nachfolgend: ETH Zürich oder Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "3005.0183.AA/DA, HIF, Sanierung und Erweiterung, BKP 244 Lüftungs- und Klimaanlage" (vgl. Ziffer 2.2 der Ausschreibung) einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1053713; Projekt-ID 180832). Der detaillierte Aufgabenbeschrieb lautete (Ziffer 2.6 der Ausschreibung):

"Die Aufgabe umfasst die grosszyklische Sanierung des HIF-Gebäudes mit der gesamten Haustechnik sowie die Erweiterung des Labortraktes und Mittelzone."

B.

Innert der gesetzten Frist bis zum 15. Februar 2019 zur Einreichung der Angebote gingen total drei Offerten bei der Vergabestelle ein, worunter diejenigen der A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und der B. _____ (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin).

Im Rahmen einer Angebotsbereinigungs- bzw. Abgebotsrunde reichte die Beschwerdeführerin am 17. April 2019 ihr finales Angebot sowie eine Stellungnahme ein. Darin hielt sie unter anderem fest, dass sie für das Kühldeckensystem ihr eigenes Produkt "C. _____" eingesetzt habe.

Am 20. Mai 2019 publizierte die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 16. Mai 2019 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1077683) unter Bekanntgabe der Zuschlagsempfängerin.

Mit Verfügung vom 20. Mai 2019 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihre im Rahmen der Angebotsbereinigung am 17. April 2019 eingereichte Unternehmensvariante vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, da diese einzelne in der Ausschreibung verlangte technische Anforderungen nicht erfülle.

Das ursprüngliche Angebot der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2019 schloss die Vergabestelle demgegenüber nicht vom Verfahren aus und bezog es in die Bewertung ein.

C.

Am 3. Juni 2019 erhob die A. _____ AG Beschwerde gegen den am 20. Mai 2019 publizierten Zuschlag bzw. gegen den gleichentags verfügten Ausschluss ihrer Unternehmervariante. Sie stellte in materieller Hinsicht die Begehren auf Aufhebung des Zuschlagsentscheids und auf Erteilung des Zuschlags an sich selber. In formeller Hinsicht ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die Vergabestelle habe ihr Eigenprodukt als nicht gleichwertig beurteilt, obwohl ein entsprechender Nachweis vorliege. Entsprechend sei die Begründung der Vergabestelle nicht nachvollziehbar. Da sie bei korrekter Bewertung ihrer Referenzen zusammen mit dem offerierten Preis das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe, sei der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen.

D.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 4. Juni 2019 ordnete der Instruktionsrichter an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2019 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin auf, einen Kostenvorschuss zu leisten. Gleichzeitig ersuchte er die Vergabestelle, eine Vernehmlassung sowie die Vorakten einzureichen. Zudem wurde die Zuschlagsempfängerin angefragt, ob sie sich als Partei konstituieren wolle.

E.

Die Vergabestelle beantragte in der Vernehmlassung vom 26. Juni 2019 die Abweisung der Beschwerde als auch des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. In der Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, die fehlende Gleichwertigkeit des Eigenprodukts der Beschwerdeführerin, welche zum Ausschluss der Unternehmervariante geführt habe, sei durch spezialisierte Ingenieurbüros festgestellt worden. Zur selben Auffassung sei – im Rahmen der Einholung einer Zweitmeinung – auch ein nicht im Projekt involviertes Ingenieurbüro gelangt. Die Vergabestelle führte weiter aus, dass der Zuschlag aufgrund einer fiktiven Auswertung der Zuschlagskriterien selbst dann nicht der Beschwerdeführerin erteilt worden wäre,

wenn deren Unternehmervariante als gleichwertig angesehen worden wäre. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin die Unternehmervariante verspätet eingereicht, weshalb sich ein Ausschluss auch aus formalen Gründen und ohne Prüfung der Gleichwertigkeit ergebe.

Die Zuschlagsempfängerin konstituierte sich innert der gesetzten Frist nicht als Gegenpartei.

F.

Mit Replik vom 19. Juli 2019 hielt die Beschwerdeführerin an ihren in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Sie machte insbesondere geltend, dass das von ihr offerierte System nachweisbar sämtliche in der Ausschreibung beschriebenen Anforderungen erfülle.

G.

Mit Eingabe vom 8. August 2019 hielt die Vergabestelle ihrerseits an den in der Vernehmlassung vom 26. Juni 2019 gestellten Anträgen fest.

H.

Mit Verfügung vom 23. September 2019 wurden die Verfahrensbeteiligten informiert, dass das Verfahren auf Richter Christian Winiger übertragen worden ist. Gleichzeitig teilte der Instruktionsrichter mit, es sei beabsichtigt, auf einen separaten Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung zu verzichten und direkt den Entscheid in der Hauptsache zu fällen, da der Schriftenwechsel zur Hauptsache bereits durchgeführt worden sei, und die Vergabestelle überdies keine Dringlichkeit geltend gemacht habe.

I.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich und rechtserheblich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4 E. 1.1 m.H. "Publi-com").

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 Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

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. "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.

2.1 Die Vergabestelle ist in Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB ausdrücklich als Vergabestelle genannt und untersteht somit trotz eigener Rechtspersönlichkeit dem BöB (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 2.2).

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 21. Dezember 2018 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Die ausgeschriebenen Leistungen im Zusammenhang mit der Sanierung und Erweiterung des Gebäudes HIF beinhalten die Arbeiten für das Gewerk BKP Lüftungs- und Klimaanlage. Es handelt sich demnach offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag (provCPC-Klassifikation 51610), der gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB fällt.

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei Fr. 12'190'000.- (exkl. MWSt.) und übersteigt damit zweifelsfrei den Schwellenwert für Bauwerke von 8.7 Mio. Franken gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12).

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden zuständig.

2.3 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG).

2.3.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

2.3.2 Die Beschwerdeführerin beantragt, der Zuschlag sei aufzuheben und an sie zu vergeben.

Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten, so hätte die Beschwerdeführerin als mit ihrem ursprünglichen Angebot an zweiter Stelle rangierte Anbieterin eine Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H., Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2).

2.4 Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG).

Die Eintretensvoraussetzungen sind daher im vorliegenden Fall erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

3.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin insbesondere geltend, sie habe die Offerte rechtzeitig und vollständig eingereicht. Zudem sei der Nachweis der Gleichwertigkeit ihres Eigenprodukts erbracht worden. Da sie insgesamt das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe, sei der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin rechtswidrig.

Die Vergabestelle führt demgegenüber aus, das in der Unternehmervariante von der Beschwerdeführerin angebotene Eigenprodukt für die Kühldeckensysteme sei nicht gleichwertig mit dem in der Ausschreibung vorgesehenen Fabrikat der Firma D. _____ AG. Diese Einschätzung werde auch durch eine externe Expertise bestätigt. Schliesslich hätte die Unternehmervariante auch aufgrund der verspäteten Einreichung vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

3.1 Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Unternehmervariante von der Vergabestelle zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen wurde.

3.1.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produkthanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (BVGE 2017/IV/3 E. 4.3.2 m.H. "Mobile Warnanlagen"; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

3.1.2 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 technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März

2010 E. 4.2 f. m.H. "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" m.H. auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65; vgl. zum Ganzen BVGE 2017/IV/3 E. 4.3.3).

3.1.3 Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 m.H. "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409).

Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1 m.H.). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteile B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.4.5; B-4958/2013 E. 2.6.1 m.H. "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

3.1.4 Mit der vorliegenden Submission vergibt die Vergabestelle im Zusammenhang mit der Sanierung des Gebäudes HIF der ETH Zürich die Arbeiten für die Lüftungs- und Klimaanlageanlagen. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Arbeiten sind die Kühldeckensysteme, mit welchen die Klimatisierung der Büro- und Laborräume zu gewährleisten sind. Gemäss Ausschreibungsun-

terlagen (vgl. Leistungsverzeichnis) fragte die Vergabestelle (...) -Kühldecken gemäss dem Planungsfabrikat "D. _____ AG" nach. Angebote waren bis am 15. Februar 2019 einzureichen (Ziff. 1.4 der Ausschreibung).

3.1.5 Gemäss Art. 22a Abs. 1 VöB steht es den Anbietern frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen, sofern die Auftraggeberin diese Möglichkeit nicht beschränkt oder ausgeschlossen hat. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Leistung (Amtslösung; Amtsvorschlag) abweicht. Wird nur eine Variante ohne Amtslösung eingereicht, so gilt die Offerte als unvollständig und ist auszuschliessen. Die sich aus Art. 22a Abs. 1 VöB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird einerseits damit begründet, dass es Aufgabe der Vergabestelle ist, alle Offerten vergleichbar zu machen, andererseits aber auch damit, dass auf diese Weise sichergestellt werden soll, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt (Urteil B-5608/2017 E. 3.4.1 m.H.).

Die Vergabestelle kann nach freiem Ermessen darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Varianten zulassen oder verbieten will (vgl. Urteil B-5608/2017 E. 3.4.1; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2009 u. 2011).

3.1.6 Obwohl die Vergabestelle in der Ausschreibung Varianten grundsätzlich nicht zugelassen hat (Ziff. 2.11 der Ausschreibung), wurde in den Ausschreibungsunterlagen (7. Leistungsverzeichnis, Teil 1/2, S. A11) unter "Varianten" im Gegensatz dazu Folgendes festgehalten:

"Mehr- und Minderpreis gegenüber ausgeschriebenen Fabrikaten:

Die ausgeschriebenen Fabrikate, Produkte und Systeme im Leistungsverzeichnis gelten als verbindliche Grundlage für die Berechnung der Unternehmerofferte. In der Spezifikation dürfen keine Änderungen angebracht werden. Allfällige alternative Fabrikate, Produkte und Systeme als Vorschlag des Offertierenden sind nachstehend separat aufzuführen. Spezifikationen zu diesen Produkten sind zwingend als Beilage einzureichen. Ebenso sind Unternehmervarianten, welche ganze Systeme oder Bauteile betreffen separat einzureichen.

Die vom Unternehmer als alternativ vorgeschlagenen Produkte müssen mit den ausgeschriebenen Erzeugnissen gleichwertig sein. Das heisst, die Preise verstehen sich bei gleicher Materialqualität, den gleichwertigen technischen Daten und Eigenschaften, der Gewährleistung aller Funktionen (gemäss

Funktionsbeschreibung) und räumlichen Abmessungen, sowie dem gleichwertigen Leistungsumfang (Montage inkl. Planungsanpassungen etc.) gegenüber den ausgeschriebenen Produkten. Der allfällig nötige Mehr- oder Minderaufwand anderer Gewerke (Planung, bauliche und gebäudetechnische Anpassungen usw.) müssen benannt werden, oder können separat ausgewiesen werden.

Ferner ist gegenüber dem spezifischen Auslegungsfabrikat (Ausschreibungsprodukt) unaufgefordert ein entsprechender Referenz-Leistungsnachweis mit objektbezogenem, umfassenden Laborbericht sowie Systemgarantie aller spezifizierten Daten durch den Anbieter zu erbringen. (...)

Die Gleichwertigkeit der Qualität, der technischen oder weiteren Eigenschaften der Systeme, Materialien oder Lieferungen, müssen durch die Offerierenden, spätestens vor der Vergabe, auf unser Verlangen hin detailliert und schriftlich, mittels einer mit der Projektleitung abgesprochenen Vergleichstabelle, nachgewiesen werden."

Auch wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung (...) -Kühldecken nach dem Planungsfabrikat "D. _____ AG" nachgefragt hat, hätte demnach die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin mit dem angebotenen Eigenprodukt für die Kühldeckensysteme gemäss den aufgezeigten Ausführungen im Leistungsverzeichnis grundsätzlich in die Evaluation einbezogen werden müssen, wenn der Nachweis der Gleichwertigkeit mit dem nachgefragten Produkt gelungen und die Offerte auch rechtzeitig eingereicht worden wäre.

3.1.7 Die Vergabestelle erachtete das Eigenprodukt der Beschwerdeführerin nach Einholung einer Expertise als nicht gleichwertig und schloss diese Offerte vom Verfahren aus. Ob der Beschwerdeführerin der Nachweis der Gleichwertigkeit gelungen ist, kann indes aus folgenden Gründen offen gelassen werden:

Varianten sind der Vergabebehörde, wie andere Offerten auch, bis zum Eingabetermin vorzulegen. Wie das Grundangebot können sie nur bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden, weshalb nachträglich eingebrachte Varianten vom Verfahren auszuschliessen sind. Denn nach Ablauf des Eingabetermins besteht der Grundsatz der Unveränderlichkeit der Angebote. Diese können nur noch via Erläuterungen und Berichtigungen allenfalls eine Änderung erfahren (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 739 u. 741 m.H.).

Die Beschwerdeführerin hat am 14. Februar 2019 ihr Grundangebot und am 17. April 2019 im Rahmen einer Offertbereinigung eine Unternehmervariante eingereicht. Gemäss Ausschreibung (Ziff. 1.4) waren die Angebote bis spätestens am 15. Februar 2019, 16:00 Uhr, einzureichen. Da die Unternehmervariante verspätet eingereicht wurde, kann diese in der Evaluation nicht berücksichtigt werden und ist - auch ohne Prüfung der Gleichwertigkeit - von der Vergabestelle im Ergebnis zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden.

Richtigerweise geht die Vergabestelle damit davon aus, dass für die Bewertung nur das Grundangebot der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2019 relevant ist.

3.2 Die hauptsächlichen Rügen brachte die Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit der Gleichwertigkeit ihrer Unternehmervariante vor. Erst in der Stellungnahme vom 19. Juli 2019 bemängelte sie die Bewertung ihres zweiten Referenzobjektes unter dem Zuschlagskriterium 2 (ZK 2).

3.2.1 Gemäss Ausschreibung waren unter ZK 2 Referenzen Anbieter mit einem Gewicht von 30% (ZK 1 Preis: 70%) zwei mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbare Projekte in den letzten fünf Jahren zu bewerten. Die Vergabestelle bewertete die Vergleichbarkeit der Referenzen mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang (Termin, Kosten, Nutzungsart), Gebäude- und Objktanforderungen und bautechnischer Projektkomplexität. Die Bewertung von beurteilbaren Referenzen erfolgte mit 5 Punkten (sehr gute Erfüllung) bis 1 Punkt (sehr schlechte Erfüllung), wobei für eine durchschnittliche, den Anforderungen der Ausschreibung gerade noch entsprechende Erfüllung 3 Punkte vergeben wurden.

Für das Referenzprojekt 1 (...) erhielt die Beschwerdeführerin das Punktemaximum von 5 Punkten und für das Referenzprojekt 2 (...) lediglich 2.8 Punkte. Die tiefere Bewertung begründet die Vergabestelle mit dem Umstand, dass dieses Projekt aus vier Bürogebäuden bestanden habe und folglich keine Labors auszurüsten waren. Die Sanierung und Erweiterung des Laborgebäudes sei jedoch ein wesentlicher Bestandteil der vorliegenden Beschaffung.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, es handle sich bei diesem Objekt "... " um die neuen Arbeitsräume der E. _____ AG. Dies seien ca. (...) Mitarbeitende mit hohen Anforderungen an den Klimakomfort und die

Kühlleistung. In diesen Räumen gebe es auch Testzonen und Laboratorien. Die E._____ AG sei ein anspruchsvoller Bauherr, der in Bezug auf die Projektleitung und die Ausführungsqualität sehr hohe Anforderungen stelle.

3.2.2 Wie bereits in E. 3.1.2 hiervor dargelegt, verfügt die Vergabebehörde bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteile des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 5.6.1, B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post"; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 m.H.).

Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteile des BVGer B-5601/2018 E. 5.6.2 und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 m.H. "Kontrollsystem LSV").

3.2.3 Die Vergabestelle nahm Abzüge bei der Bewertung des zweiten Referenzobjekts der Beschwerdeführerin vor, da es sich dabei um vier reine Bürogebäude, ohne Labor- und Forschungseinrichtungen, gehandelt habe. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2019 nun geltend, dass es in diesen Räumen auch Testzonen und Laboratorien gebe.

Die Beschwerdeführerin gibt in der Offerte vom 14. Februar 2019 selber an, dass es sich beim Referenzobjekt 2 um den Bau von vier sechsgeschossigen Bürogebäuden für rund (...) Mitarbeitende des Bereichs Informatik der Firma E._____ AG gehandelt habe. Bezüglich der Arbeiten gab sie an, dass sie die Lüftungs- und Klimaanlage inklusive Montage und Werkplanung ausgeführt habe. Entsprechend ist es unwahrscheinlich und aktenmässig auch nicht belegt, dass in Gebäuden, in denen die Informatikabteilung der E._____ AG mit (...) Mitarbeitenden untergebracht ist, auch noch Laborräume auszurüsten waren.

Da die Vergabestelle in der Ausschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die Vergleichbarkeit der Referenzen mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang, Gebäude- und Objktanforderungen und bautechnischer Projektkomplexität bewerten werden, ist der Punkteabzug für das zweite Referenzobjekt (...) mit Blick auf den der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielraum nicht zu beanstanden.

4.

Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle einen qualifizierten Ermessensfehler begangen hätte, indem sie die Unternehmervariante vom Verfahren ausschloss und das zweite Referenzobjekt der Beschwerdeführerin mit einem Punkteabzug bewertete.

Da die Zuschlagsempfängerin alsdann die höchste Punktzahl erreichte, verstösst auch der Zuschlag an sie nicht gegen Bundesrecht.

5.

Da das Ergebnis der Evaluation ansonsten nicht weiter bestritten und auch sonst kein Grund ersichtlich ist, weitere Akteneinsicht zu gewähren, erscheint die Sache, zumal bereits ein Schriftenwechsel zur Hauptsache stattgefunden hat, als liquid, weshalb es nicht erforderlich ist, zuerst gesondert über den Antrag auf aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Vielmehr kann das Verfahren bereits jetzt mit einem Endurteil abgeschlossen werden, weshalb das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden ist.

6.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. 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^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall auf Fr. 9'000.– festgesetzt.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang ist der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle hat als dem Gesetz unterstehende Auftraggeberin ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 9'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 180832; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post; Auszug)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 25. November 2019