



## Urteil vom 8. Februar 2018

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Reto Finger.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Christoph Jäger und/oder Thomas Geiger,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Konzerneinkauf Verbrauchsgüter,  
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Beschaffungswesen - Ausschreibung - Lieferauftrag für  
Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von  
Schienenfahrzeugen und Immobilien –  
SIMAP Meldungsnummer 973607 (Projekt-ID: 157205).

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

Am 18. Juli 2017 schrieb die Schweizerische Bundesbahn SBB, Konzern Einkauf Verbrauchsgüter (nachfolgend: Vergabestelle) einen Lieferauftrag mit dem Projekttitel „Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von Schienenfahrzeugen und Immobilien“ im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 973607; Projekt-ID 157205). Die Ausschreibung sah vor, dass bis zum 18. August 2017 schriftliche Fragen gestellt und bis zum 8. September 2017 Angebote eingereicht werden konnten.

**B.**

Mit Eingabe vom 7. August 2017 reichte die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde ein und beantragte, die Ausschreibung vom 18. Juli 2017 sei aufzuheben und nach Vornahme der notwendigen Verbesserungen erneut zu publizieren. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, zentrale Angaben zu den Eigenschaften der ausgeschriebenen Produkte würden fehlen, die Mengenangaben seien falsch und die Verpackungsanforderungen ungenügend beschrieben. Komme dazu, dass das Auswahlverfahren unklar sei und deshalb die Qualität nicht im umschriebenen Umfang berücksichtigt werde. Das Verfahren berge die Gefahr, dass nach Vertragsschluss zu Lasten des Anbieters korrigiert werde. Im Übrigen seien auch die Angaben zu den Applikationshilfen und Dosieranlagen unzureichend. Eine sachgerechte Offertstellung sei nicht möglich.

**C.**

Mit Instruktionsverfügung vom 8. August 2017 wurde die Vergabestelle ersucht, zu den prozessualen Anträgen innert Frist Stellung zu nehmen. Das Gesuch zur aufschiebenden Wirkung wurde einstweilen abgewiesen.

**D.**

Am 18. August 2017 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen ein und beantragte deren definitive Abweisung. Der Vorwurf der unzureichenden technischen Spezifikation sei nicht nachvollziehbar. Die Ausschreibung und die damit verbundene Gewichtung der Qualität seien klar dargelegt. Offene Fragen hätten zwischenzeitlich im Fragenforum geklärt werden können. Die Beschwerde sei in allen vorgebrachten Punkten zum Vornherein aussichtslos.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 23. August 2017 wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt, die zu erwartenden Offerten nach Eingang zu öffnen. Im Übrigen wurde der Antrag auf aufschiebende Wirkung definitiv abgewiesen und Frist zur materiellen Stellungnahme gestellt.

**F.**

Am 8. September 2017 gingen bei der Vergabestelle insgesamt neun Angebote ein, unter anderem ein Angebot der Beschwerdeführerin.

**G.**

In ihrer materiellen Stellungnahme vom 12. September 2017 ergänzte die Vergabestelle ihr Rechtsbegehren wie folgt:

„Rechtsbegehren:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Prozessuale Anträge:

2. Die in den Akten zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts (Mappe 1) speziell gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen.
3. Der Vergabestelle sei im Falle einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin die Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Stellungnahmen und Rechtsbegehren einzuräumen.
4. Es sei der Vergabestelle zu erlauben, die im vorliegenden Vergabeverfahren frist- und formgerecht eingereichten Offerten zu öffnen und das Vergabeverfahren weiterzuführen.

Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.“

Die zwischenzeitlich eingegangenen Angebote hätten gezeigt, dass es – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – möglich gewesen sei, aufgrund der Ausschreibung Angebote auszuarbeiten. Die Offertöffnung und der Start zur Evaluation seien gutzuheissen, auch weil sie nicht zu einem Nachteil für die Beschwerdeführerin führten.

**H.**

Mit Replik vom 3. Oktober 2017 passte die Beschwerdeführerin ihr Rechtsbegehren wie folgt an:

## „Rechtsbegehren:

1. Die Ausschreibung vom 18. Juli 2017 und die Ausschreibungsunterlagen seien aufzuheben und zur Verbesserung gemäss den in der Beschwerde vom 7. August 2017 sowie in der Replik vom 3. Oktober 2017 gemachten Ausführungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.
2. Die verbesserte Ausschreibung und die verbesserten Ausschreibungsunterlagen seien anschliessend nochmals zu publizieren und das Beschaffungsverfahren „Lieferauftrag für Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von Schienenfahrzeugen und Immobilien“ erneut durchzuführen.
3. Verfahrensantrag betreffend Offertöffnung und Weiterführung des Vergabeverfahrens: Ziff. 4 der von der Vergabestelle mit Stellungnahme vom 12. September 2017 gestellten prozessualen Anträge sei vollumfänglich abzuweisen und es sei der Vergabestelle bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen, die Offerten zu öffnen und das Vergabeverfahren fortzuführen. Die Vergabestelle sei vorsorglich gerichtlich anzuweisen, die eingereichten Offerten und Sendungen von Produktmustern, wie erhalten, verschlossen und unverzüglich und bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens an die Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA) zur Aufbewahrung zu senden. Weiter sei es der Vergabestelle bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen, irgendwelche Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, vorzunehmen, insbesondere den Zuschlag zu erteilen und/oder den Vertrag für den Lieferauftrag für Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von Schienenfahrzeugen und Immobilien (SIMAP Nr. 973607 / Projekt-ID: 157205) abzuschliessen und/oder die Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen.
4. Eventualantrag zu Ziff. 3 hiervor: Sollte der Vergabestelle die in Ziff. 4 ihrer Stellungnahme vom 12. September 2017 beantragte Öffnung der Offerten und Weiterführung des Vergabeverfahrens gerichtlich erlaubt werden, so sei ihr bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen, irgendwelche weitere Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, vorzunehmen, insbesondere den Zuschlag zu erteilen und/oder den Vertrag für den Lieferauftrag für Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von Schienenfahrzeugen und Immobilien (SIMAP Nr. 973607 / Projekt-ID: 157205) abzuschliessen und/oder die Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen.
5. Verfahrensantrag betreffend Akteneinsicht: Die Vergabestelle sei gerichtlich aufzufordern, der Beschwerdeführerin das vollständige Beweismittelverzeichnis offen zu legen und die Gründe für die in Ziff. 2

der Stellungnahme vom 12. September 2017 beantrage Entfernung darzulegen.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle.“

Zur Erläuterung verwies die Beschwerdeführerin auf ihre Beschwerde vom 7. August 2017. Auch die zwischenzeitlich erfolgte Beantwortung der meisten im SIMAP-Forum gestellten Fragen habe zu keiner Klärung geführt.

Zentrale Angaben zur Qualität bzw. zu den Produkthanforderungen fehlten. Es gehe nicht an, für die preiswerte Beschaffung bewusst keine Mindestanforderungen an die Produkte zu publizieren, um allenfalls nachträglich und wohl vor allem zu Lasten der Anbieter kostenintensive Anpassungen vorzunehmen.

Gestützt auf ihre langjährige Erfahrung als Hauptlieferantin halte sie, die Beschwerdeführerin, viele der Mengenangaben für falsch. So würden unter anderem die Angaben für Glasreiniger (sieben Mal höhere Menge als bisher), Seife flüssig (sechs Mal höhere Menge als bisher) und für Sanitärreiniger (zehn Mal höhere Menge als bisher) noch immer deutlich von den Erfahrungswerten der Beschwerdeführerin abweichen.

Die Angabe der Vergabestelle, wonach zwischen 0.01 – 10 Liter/Gebinde „alles“ zulässig sei, verfälsche die Angebote zusätzlich, weil Grossverpackungen preisgünstiger offeriert werden könnten, auch wenn sie nicht praxistauglich seien.

Weiter würden auch Angaben zu den Verträglichkeitsanforderungen mit Bioreaktoren fehlen. Eine fachmännische Anwendung der Produkte ohne entsprechende Applikationshilfen sei nicht möglich. Solange keine weiteren Angaben zu den Bestellvolumen und Bestellrhythmen vorliegen würden, könne auch nicht betreffend Transport- und Kommissionierungskosten kalkuliert werden.

Insgesamt werde dadurch eine sachgerechte Offertstellung unmöglich, was zu nachfolgenden Rügen führe:

**H.a Zuschlags- und Bewertungskriterien:** Das Qualitätskriterium werde in der Ausschreibung „verwässert“, indem die verlangte Qualität und Eignung weder in den Ausschreibungsunterlagen ausreichend definiert, noch in der Evaluationsphase angemessen überprüft werde. Die in der Ausschreibung

vorgesehene Gewichtung mit 25 % erscheine vor diesem Hintergrund irreführend und stehe auch im Widerspruch zum Transparenzgebot.

**H.b** Vergaberechtlich unzureichender Leistungsbeschreibung: Die Vergabestelle sei verpflichtet, die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technische Spezifikation, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu beschreiben (Festlegung der Merkmale des Beschaffungsgegenstandes wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessung oder Produktionsverfahren sowie Regelung zur Kennzeichnung und Verpackung). Es sei vergaberechtlich unzulässig, die technische Spezifikation „bewusst weniger detailliert“ zu beschreiben, zumal die beabsichtigte Standardisierung der Reinigungs- und Pflegeprodukte wegen der technischen Besonderheiten einzelner Eisenbahnkomponenten unweigerlich an Grenzen stossen werde.

**H.c** Fragepflicht bei unklaren Ausschreibungsunterlagen: Die Beschwerdeführerin sei ihrer Pflicht zur Nachfrage bei unklaren Ausschreibungsunterlagen nachgekommen. Die im SIMAP-Frageforum gestellten Fragen würden die Lücken und Fehler der Ausschreibung deutlich machen. Im Gegensatz zu ihren Ausführungen sei es der Vergabestelle bis heute nicht gelungen, durch die Beantwortung der Fragen diese Lücken zu schliessen und die Fehler zu beheben. Auch könne die Vergabestelle aus der Tatsache, dass zwischenzeitlich Offerten eingereicht worden seien, nichts für sich ableiten. Eine realistische Einschätzung der Produkthanforderungen und der Menge seien schlicht nicht möglich gewesen. Alle Anbieter hätten in erheblichem Masse eigene Annahmen treffen müssen. Der Vorwurf der Vergabestelle, die Beschwerdeführerin versuche das Verfahren mit allen Mitteln zu verzögern, sei zurückzuweisen.

**H.d** Verstoss gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot sowie Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes: Auch das Fragerecht habe die Unklarheiten und Unvollständigkeiten nicht beheben können. Die Ausschreibung verstosse insgesamt gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot und verletze den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Ein allfälliger Versuch der Vergabestelle, die auf einem ungenügend genauen Leistungsbeschreibung beruhenden nicht (genügend) vergleichbaren Angebote im Rahmen der Offertbereinigung nachträglich vergleichbar zu machen, sei unzulässig. Der Leistungsbeschreibung gemäss Ausschreibung müsse die direkte Grundlage für den mit dem erfolgreichen Anbieter abzuschliessenden Vertrag bilden. Der Wett-

bewerb unter den Lieferanten werde letztendlich verzerrt, weil die Vergabestelle als Folge der fehlenden Qualitäts- und Mengenvorgaben „Äpfel mit Birnen“ vergleiche. Komme dazu, dass kurz vor Fristende mit der Frage 135 im SIMAP-Forum die Ausschreibung abgeändert worden sei (Verzicht auf RID-Daten [Gefahrgutangaben für den Internationalen Eisenbahntransport], Sicherheitsdatenblatt reicht aus).

**I.** Mit Duplik vom 23. Oktober 2017 hielt die Vergabestelle an ihren Anträgen fest. Es stehe ihr, der Vergabestelle, grundsätzlich frei, welche Mittel sie in welcher Qualität zu welchem Zweck beschaffen wolle. Ihre strategische Entscheidung, die Reinigungsmittel von Innenräumen von 500 Spezialprodukten auf 33 Standardprodukte zu reduzieren, sei mit dem Vergaberecht vereinbar. Bei der Beschaffung von Standardprodukten liege es in der Natur der Sache, dass die technische Spezifikation weniger detailliert ausfalle. Zudem würden sich durch die Reduktion der Produkte die einzelnen Bestellmengen erhöhen, was sie Beschwerdeführerin bisher nicht berücksichtigt habe.

**J.** Mit Instruktionsverfügung vom 26. Oktober 2017 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle, auch zu den prozessualen Anträgen Ziff. 1 3 Satz 2 und Ziff. 1.5 der Replik der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2017 Stellung zu nehmen.

**K.** Am 3. November 2017 legte die Vergabestelle das Beweismittelverzeichnis gegenüber der Beschwerdeführerin offen und ersuchte um Abweisung des Gesuches, die eingegangenen Offerten und Muster an dritter Stelle aufzubewahren.

**L.** Mit Instruktionsverfügung vom 27. November 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Vergabestelle ab, die frist- und formgerecht eingereichten Offerten zu öffnen und ebenso den Antrag der Beschwerdeführerin, die eingegangenen Offerten und Muster an dritter Stelle aufzubewahren.

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

#### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und/oder ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.H.).

**1.1** Gegen Verfügungen über die Ausschreibung steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 lit. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). 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 (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen; 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 mit Hinweisen). Dagegen sind behauptete Mängel gegen die Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E.4.4 mit Hinweisen, Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 25. November 2008, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2008 S. 183 ff.). In casu rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, das in der Ausschreibung publizierte Zuschlagskriterium der Qualität werde durch die Ausschreibungsunterlagen „verwässert“ (vgl. Ziff. 7 hiernach). Dabei handelt es sich zweifelsfrei um einen zentralen Punkt des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb die Rüge auch gegen die Ausschreibungsunterlagen zu hören ist.

**1.2** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert



des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff „unmittelbar“ dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung der Reinigungs- und Pflegeprodukte für die Reinigung von Immobilien, RailClean und Personenverkehr, Zugvorbereitung sowie die Leihgabe inkl. Wartung der Dosieranlagen funktional mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen.

Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung und Ziff. 1.3 der Ausschreibungsunterlagen wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA).

Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 lit. b und Abs. 4 VöB in Verbindung mit Art. 1 lit. d Ziffer 1 der Verordnung

des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.3** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 ([VwVG, SR 172.021])).

Das Erfordernis der formellen Beschwerde spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat (BVGE 2009/17, E. 3 mit Hinweisen, Urteil des BGer 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016, E. 1.3.2 mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin ist seit über 30 Jahren Hauptlieferantin der Reinigungsmittel an die Vergabestelle. Sie hat zwischenzeitlich auch ein Angebot eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **2.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, 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 dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### 3.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen würden gegen die Verpflichtung der Vergabestelle verstossen, die ausgeschriebene Leistung klar und ausführlich zu beschreiben. Die von der Vergabestelle bewusst „weniger detaillierte“ Ausschreibung sei nach Massgabe von Art. 16a Abs. 1 VöB vergaberechtlich unzulässig. Eine sachgerechte Offertstellung sei nicht möglich, weil es die Vergabestelle rechtsfehlerhaft versäumt habe, die technischen Lieferbedingungen und chemischen Beschreibungen der angeforderten Produkte zu benennen. So würden beispielsweise keine oder nur ungenügende Angaben gemacht zur Viskosität oder zu diversen pH-Werten. Auch würden Angaben zu den jeweiligen Beschichtungen der zu reinigenden Unterlagen fehlen. Die Vergabestelle habe beispielsweise auch nicht zwischen „Schaumseife“ und „Crèmeseife“ unterschieden, weshalb es zu Verklebungen und Verstopfungen der Membrane des Schaumgenerators kommen könne. Besonders störend seien die fehlenden Angaben zu den Anforderungen hinsichtlich der Bioreaktoren-Tauglichkeit. Hier würde die Vergabestelle bewusst Schäden in Kauf nehmen, was mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht zu vereinbaren sei. Mit dem Verzicht der Beschaffung von Applikationshilfen werde überdies eine fachmännische Anwendung der Reinigungsmittel in Frage gestellt. Es gehe nicht an, dass die Vergabestelle bewusst keine Mindestanforderungen publiziere, um nachträglich und zu Lasten des Anbieters Anpassungen vorzunehmen. Ganz allgemein sei festzuhalten, dass eine Standardisierung der Reinigungs- und Pflegeprodukte im technisch sensiblen und hoch frequentierten Eisenbahnpersonenverkehr ungeeignet erscheine.

**3.1** Die Vergabestelle hält dem entgegen, sie sei bei der Beschaffung im Rahmen ihrer Aufgaben frei, in welcher Qualität und zu welchem Zweck sie Reinigungsmittel beschaffen wolle. Bereits in der Ausschreibung habe sie ihrer Strategieänderung – die Standardisierung der Produkte sowie eine Reduktion des Sortiments von heute ca. 500 Pflegeprodukte auf 33 – kommuniziert. Sie habe sich bewusst dafür entschieden, künftig auch handelsübliche Standardprodukte für die Reinigung und Pflege zu verwenden. Dementsprechend läge es in der Natur der Sache, dass die Spezifikation für die einzelnen Produkte weniger detailliert ausfalle. Im Rahmen der Spezifikation mache sie Ausführungen pro Produkt zu Oberflächen/Materialien,

Verschmutzungen, Reinigungsmethoden/Anwendungen, allfällige Prüfkriterien und spezifischen Eigenschaften (Anhang 6.4). Zusätzlich werde in den technischen Lieferbedingungen auf die Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen und Verordnungen sowie auf mehrere Listen verbotener Inhaltsstoffe verwiesen (Ziff. 2, 3, 7.1, 7.2, 7.3 der technischen Lieferbedingungen für Reinigungs- und Pflegeprodukte, Anhang 6.5). Damit habe sie, die Vergabestelle, die Anforderungen an eine ausreichende Leistungsbeschreibung der Produkte im Rahmen der technischen Spezifikation erfüllt. Im Übrigen verkenne die Beschwerdeführerin ihre Rolle: Es sei nicht ihre Aufgabe, die Kompatibilität von zwei verschiedenen Beschaffungsgegenständen (Biorektoren-Tauglichkeit) oder die Notwendigkeit der Beschaffung von Applikationshilfen zu beurteilen.

**3.2** Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt (Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010, Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38, E. 5a, BGer 2P.282/1999). Daraus folgt, dass die Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Spezifikationen der zu beschaffenden Ware ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift. Stöckli spricht insoweit von "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3, HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

Für den vorliegenden Fall ist weiter entscheidend, dass die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB, auf welche sich die Beschwerdeführerin sinngemäss beruft, dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf gibt, die Beschaffung des – aus seiner Sicht – "richtigen" Produkts zu erstreiten (Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010).

Entschliesst sich die Vergabestelle für die Beschaffung einer Ware, so hat sie diese im Rahmen der Leistungsbeschreibung nach Massgabe von Art. 16a VöB in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu umschreiben, wobei der Präzisierungs- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstextes jeweils von der Art des zu vergebenden Auftrages abhängt (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2, vgl. auch GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 384 ff.)

**3.3** Der strategische Entscheid der Vergabestelle, das Reinigungs- und Pflegesortiment zu standardisieren und zu reduzieren, ist aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt auch für die Entscheidung, derzeit keine Applikationshilfen zu beschaffen. Rahmenverträge als zusammengefasste Vielzahl von Einzelbestellungen sind zulässig (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014, E. 4.2 mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin ist seit über 30 Jahren Hauptlieferantin von Reinigungs- und Pflegemittel. Sie hat in dieser Zeit erfolgreich eine Vielzahl hochwertiger Produkte für die Vergabestelle entwickelt, die einzelnen Produkte aufeinander abgestimmt und deren Anwendung begleitet. Sie verfügt ohne Zweifel über sehr viel Knowhow betreffend die fachmännische, nachhaltige und „richtige“ Anwendung der bisherigen Produkte. Einen Rechtsanspruch der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle zu verpflichten, auch künftig die ihrer Ansicht nach „richtigen“ Produkte zu beschaffen, besteht jedoch nicht.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, eine sachgerechte Offertstellung sei wegen der fehlenden Produktspezifikation bzw. Leistungsbeschreibung nicht möglich, ist es ihr nicht gelungen, dies auch hinreichend zu begründen. In den Ausschreibungsunterlagen sind die Spezifikationen „Reinigungs- und Pflegeprodukte“ aufgelistet (Anhang 6.4). Darin werden sämtliche 33 Produkte in den Kategorien Oberflächen/Material, Verschmutzungen, Reinigungsmethoden/Anwendung, Prüfkriterien und spezifische Eigenschaften umschrieben (Anhang 6.5). Weitere Anforderungen an sämtliche Produkte werden durch die technischen Lieferbedingungen für Reinigungs- und Pflegeprodukte definiert (Anhang 6.5). Darin werden in Ziff. 2 auf mitgeltende Unterlagen (u.a. Kennzeichnungsvorschriften), in Ziff. 3 auf weiterführende Dokumente (u.a. Bundesgesetz über den Schutz von gefährlichen Stoffen und Zubereitung, Chemikalien-Risikoreduktionsverordnung, Biozidprodukteverordnung, Pflanzenschutzmittelverordnung, Verordnung über die Beförderung gefährlicher Güter, Luftreinhalteverordnung, Gewässerschutzverordnung, Abfallverordnung etc.) und in Ziff. 7 auf weitere Anforderungen (Silikonverbot, nicht zugelassene Inhaltsstoffe gemäss (EG) Nr. 1272/2008, Stoffe mit Eigenschaften gemäss Art. 56 und Anhang XIII der REACH-Verordnung, Produktdokumentation mit den Qualitätsparameter Brechungsindex nD20, Dichte, Leitfähigkeit einer 50%igen wässrigen Lösung) verwiesen. Zudem muss der Anbieter gemäss Ziff. 2.8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Muss-Zu-

schlagskriterien die Gesetzeskonformität für die Herstellung, Kennzeichnung und Lieferung bestätigen: Die Vorschriften und Gesetze sind einzuhalten (Arbeitsschutz, Gewässer- und Umweltschutz, REACH etc.) und die Produkte sind im BAG-Register bis spätestens zur Vertragsunterzeichnung zu registrieren.

**3.4** Der notwendige Präzisierungs- und Detaillierungsgrad nach Massgabe von Art. 12 BöB in Verbindung mit Art. 16a Abs. 1 VöB ist damit erfüllt. Eine zusätzliche und weiterführende chemische und/oder physikalische Umschreibung der 33 Reinigungs- und Pflegemittel ist aus vergaberechtlicher Sicht nicht notwendig. Eine Verletzung des Transparenzgebotes ist vor diesem Hintergrund nicht zu erkennen.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die ausgeschriebenen Mengen seien mutmasslich falsch, was zu einer verzerrten Ausschreibung führe. Die angeforderten Mengen seien gemäss ihrer Schätzung deutlich höher als die bisherigen Jahresbezüge:

- Glasreiniger Faktor sieben (40'240 Liter ausgeschrieben, ca. 5'490 Liter bisheriger Jahresbedarf);
- Scheuermilch Faktor acht (3'360 Liter ausgeschrieben, ca. 420 Liter bisheriger Jahresbedarf);
- Saurer Schaumreiniger Faktor zwei (3'250 Liter ausgeschrieben, ca. 1'870 Liter bisher);
- Beim Raumduft sei die Stückzahl mit Frage 52 im SIMAP-Frageforum von 25'000 auf 2'500 korrigiert worden;
- Schaumstopp Faktor zwei (4'250 Liter ausgeschrieben, ca. 1'910 Liter bisheriger Jahresbedarf);
- „Seife flüssig“ Faktor sechs (91'680 Liter ausgeschrieben, ca. 15'930 Liter bisheriger Jahresbedarf);
- Bei „Seife gelartig“ sei die ausgeschriebene Menge von 3'900 Litern für den ausgeschriebenen Zweck unrealistisch;
- Bindemittel Erbrochenes Faktor drei (2'790 Liter ausgeschrieben, ca. 999 Liter bisheriger Jahresbedarf);

- Sanitärreiniger Faktor zehn (67'880 Liter ausgeschrieben, ca. 6'600 Liter bisheriger Jahresbedarf).

Die Vergabestelle habe sich mit den Kalkulationen nie auseinandergesetzt, sondern jeweils pauschal auf interne Berechnungen verwiesen, welche angeblich „nach bestem Wissen und Gewissen“ erfolgt seien.

**4.1** Die Vergabestelle führt dazu aus, der Offertvergleich richte sich nach der ausgeschrieben Menge und sei für alle Anbieter gleich. Eine Verzerrung der Angebote könne deshalb von vornherein ausgeschlossen werden. Komme dazu, dass die Beschwerdeführerin nicht das ganze Bestellvolumen der Vergabestelle kenne. So erwerbe die Vergabestelle bereits zum jetzigen Zeitpunkt nicht alle Seifen bei der Beschwerdeführerin. Zudem verkenne die Beschwerdeführerin, dass sich mit der Reduktion von 500 auf 33 Reinigungs- und Pflegeprodukte die Bestellmenge pro ausgeschriebenes Reinigungsprodukt nun stark erhöhe.

**4.2** Die Vergabestelle ist zu einer genauen Bedürfnisabklärung verpflichtet, dient diese doch, im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes, dem optimalen Einsatz der öffentlichen Mittel (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 382). Allerdings bleibt ihr, auch bezüglich der zu beschaffenden Menge, ein erheblicher Ermessensspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010). Anders wäre die Umsetzung ihrer Strategie, sämtliche Reinigungsarbeiten neu mit 33 statt 500 Reinigungsmittel zu bewerkstelligen, mutmasslich nicht umzusetzen. Für die höheren Bestellmengen liefert sie im Übrigen eine plausible Erklärung: Durch die Reduktion des Gesamtsortimentes steigt die Bestellmenge der übrig gebliebenen Produkte. Im Übrigen wirken die ausgeschrieben Mengen für alle Angebote gleich.

**4.3** Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände vermögen nicht rechtsgenügend zu belegen, warum die Vergabestelle bei den Bestellmengen ihren Handlungsspielraum überschritten haben soll. Eine Verletzung des Transparenzgebotes ist nicht zu erkennen.

## **5.**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe hinsichtlich der Verpackung alle handelsüblichen Grössen (Standardgebilde) zwischen 0.01 – 10 Liter/Gebinde für zulässig erklärt, was im Übrigen im Verlauf der Ausschreibung von ursprünglich 1 – 10 Liter/Gebinde abgeändert worden

sei. Durch eine solche Bandbreite würden die Angebote verfälscht, weil offerierte preisgünstige Grossverpackungen aufgrund ihrer fehlenden Praxistauglichkeit nicht zum Einsatz kommen könnten. So sei beispielsweise eine Zugreinigung unter Einsatz von 10 Liter-Gebinden mit Fertigprodukten jeglicher Art (Raumduft, Kältespray usw.) in unverdünnter Anwendung unrealistisch.

**5.1** Die Vergabestelle hält dagegen, die Angaben und Änderungen zu den Verpackungsanforderungen seien in der Ausschreibung und in Antwort 18 des SIMAP-Frageforums ausreichend und transparent kommuniziert worden. Für die Preisbewertung würden die Vorgaben der Ausschreibung und der Preisliste gelten. Eine Verfälschung der Preise durch die Bandbreite der Gebindegrösse sei ausgeschlossen, da der Preis gemäss Preisliste in Franken/Liter bzw. Franken/Kilo anzugeben sei. Das von der Beschwerdeführerin erwähnte Praxisbeispiel sei abenteuerlich und entspreche nicht einer handelsüblichen Verpackung.

**5.2** Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen den Beschaffungsgegenstand und die Angaben zu den Verpackungsanforderungen klar und vollständig zu umschreiben (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 383). Soweit die Ausschreibungsunterlagen nach der Publikation der Ausschreibung und vor Ablauf der Eingabefrist präzisiert werden müssen, sind darüber sämtliche Interessierte zu unterrichten (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O. Rz. 393, 806).

**5.3** In der Preisliste (Anhang 3) werden als mögliche Liefergrössen „Standardgebinde zw. 0.01 – 10 Liter/Gebinde“ genannt. Der Anforderungskatalog an die Dosierstationen sieht vor, dass Reinigungsmittel vor Ort ggf. in kleinere Eimer, Flaschen oder Maschinen umgefüllt werden (Ziff. 2.1 von Anhang 6.6). Die Preisbewertung ist im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen publiziert. Die nachträgliche Änderung der zulässigen Gebindegrössen von 1 – 10 Liter/Gebinde auf 0.01 – 0 Liter/Gebinde wurde am 19. August 2017, also zwei Wochen vor Ablauf der Abgabefrist, im SIMAP-Frageforum allen Interessierten bekannt gegeben. Das von der Beschwerdeführerin erwähnte Beispiel für fehlende Praxistauglichkeit, ein 10-Liter/Gebinde mit Raumduft oder Kältespray, welches sich nicht verdünnen lässt, wird, sofern es überhaupt existiert, auch am Kriterium der Handelsüblichkeit scheitern.

**5.4** Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Klarheit und der Gleichbehandlung liegt nicht vor.



## 6.

Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, das in Kapitel 2.8 der Ausschreibungsunterlagen formulierte Verfahren zur Bewertung der Angebote (Evaluationsverfahren) sei nicht transparent und bleibe unklar.

**6.1** Die Vergabestelle widerspricht dieser Darstellung. Die Ausschreibung sei mit ihren „Muss-Kriterien“, den genauen Abläufen der „Klein- und Grossversuche“ und der „Beurteilungsmatrix“ vorgängig bekannt gegeben worden. Die „Ausschreibungsbedingungen“ (Ausschreibungsunterlagen) seien klar und vollständig. Aus ihnen gehe im Übrigen auch hervor, dass die gesamte Produktpalette einer Anbieterin die Kleinversuche bestehen müsse.

**6.2** Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 VöB im Voraus bekannt zu geben. Dazu gehört auch die Bekanntgabe von Subkriterien, soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011, E.3.2). Die Formulierung von sogenannten „Muss-Kriterien“ ist grundsätzlich zulässig, entspricht aber nicht dem Konzept der relativen Natur von Zuschlagskriterien (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 mit Hinweis; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.4; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 12 zu Art. 21 BöB mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 863). Soweit in der Evaluierung Versuche mit Mustern zur Qualitätsüberprüfung vorgenommen werden, sind auch diese Abläufe vorgängig bekannt zu geben (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O Rz. 383). Ausserdem dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (BVGE 2017 IV/3 E. 4.5, vgl. auch RECHSTEINER, IN BAURECHT 2001, S. 60).

**6.3** Das Verfahren zur Bewertung der Angebote ist in Kapitel 2.8 in Verbindung mit Kapitel 2.4 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Nach Kapitel 2.8.3.1 muss der Anbieter zusichern, dass sämtliche Produkte die „**Muss-Zuschlagskriterien**“ erfüllen (Gesetzeskonformität, Einhaltung der technischen Lieferbedingungen, Anforderungen an die Dosierstationen und Wartung). Zudem muss er die Sicherheits- und Produktdatenblätter sämtlicher Produkte vorlegen. Nur wenn der jeweilige Anbieter die Eignungskriterien und die Produkte die Muss-Kriterien erfüllen, werden die Produkte zu den Kleinversuchen zugelassen.

**6.3.1** Sofern die Produkte die „Muss-Zuschlagskriterien“ erfüllen, werden die Muster der **Kleinversuche** untersucht/plausibilisiert. Gemäss Kapitel 2.8.3.1 in Verbindung mit Kapitel 2.4 der Ausschreibungsunterlagen handelt es sich bei den Mustern der Kleinversuche um insgesamt 11 der 33 ausgeschriebenen Produkte: Glasreiniger, Bodenreiniger, Textilreiniger, Entkalker, Rolltreppenreiniger, Steinboden Produkt, Scheuermilch, Saurer Schaumreiniger, Glas- und Oberflächenreinniger, Bodenreiniger und Sanitärreiniger. Dabei wird die Identitätsprüfung der Produkte (Dokumentenkontrolle auf Plausibilität, ggf. Überprüfung im Zweifelsfall), die Analyse der Prüfsertifikate (Dokumentenkontrolle) und die Plausibilisierung der Spezifikation gemäss Anhang 6.4 und 6.5 (Dokumentenkontrolle) vorgenommen. Darüber hinaus werden gemäss Kapitel 2.8.3.1 die Sicherheits- und Produktdatenblätter aller anzubietenden Produkte auf ihre Plausibilität und Vollständigkeit überprüft. Produktetests hinsichtlich der Reinigungswirkung sind zu diesem Zeitpunkt keine vorgesehen.

**6.3.2** Sofern mehr als drei Anbieter die Kleinversuche bestehen, behält sich die Vergabestelle die Möglichkeit vor, in einem **separaten Beschränkungsverfahren** die Zahl der zu den Grossversuchen zugelassenen Anbieter auf drei zu reduzieren. Dabei werden die Produkte, welche in den Kleinversuchen in einem ersten Schritt beurteilt wurden, in einem Zwischenschritt anhand der Zuschlagskriterien ZK1 Preis (70 %) und ZK3 Nachhaltigkeit/Umweltschutz (5 %), das heisst ohne Berücksichtigung des mit 25 % gewichteten ZK 2 Qualität/Grossversuche, bewertet, analog zu dem in Ziff. 2.8.3.2 der Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Vorgehen in Bezug auf die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien. Für die Grossversuche zugelassen werden die drei Anbieter, welche bei dieser Bewertung die höchste Punktzahl erreicht haben.

**6.3.3** In den darauf folgenden **Grossversuchen** werden gemäss Kapitel 2.8.3.1 in Verbindung mit Kapitel 2.4 insgesamt 15 der 33 Produkte (Glasreiniger, Bodenreiniger, Textilreiniger, Entkalker, Steinboden-Produkt, Scheuermilch, saurer Schaumreiniger, Sprayemulsion, Beschichtung, Klebeentferner, Ablaufreiniger, chemischer Kaugummilöser, Glas- und Oberflächenreinniger, Bodenreiniger und Sanitärreiniger) an verschiedenen Standorten während jeweils zwei Tagen intensiv getestet. Dabei soll die Reinigungswirkung nach Vorgabe der Spezifikationen „Reinigungs- und Pflegeprodukte“ (Anhang 6.4) bewertet werden. Jedes Produkt wird dabei anhand von „Spezifikationskriterien“ (Subkriterien zum Zuschlagskriterium Qualität) bewertet und erhält dabei eine Note von 1 bis 5. Die Noten aller

getesteten Produkte eines Anbieters werden am Schluss mittels des „Evaluationsbogens der Grossversuche“ (Ziff. 2.8.3.2 der Ausschreibungsunterlagen) zusammengezählt. Der beste Durchschnittswert erhält dabei für das mit 25 % gewichtete Zuschlagskriterium ZK2 Qualität /Grossversuche 5 Punkte, der zweitbeste 4 Punkte und der schlechteste 3 Punkte (Ziff. 2.8.3.2.1 der Ausschreibungsunterlagen).

**6.4** Gemäss Kapitel 2.8.3.1, Absatz 4, der Ausschreibungsunterlagen werden während der Kleinversuche auch die „Muss-Kriterien“ Sicherheits- und Produktdatenblätter (nachfolgend SDB/PDB) sämtlicher Produkte auf ihre Plausibilität und Vollständigkeit überprüft. Die eigentlichen Kleinversuche finden hingegen gemäss Ausschreibung nur mit den nach Kapitel 2.4 eingereichten 11 Mustern statt.

**6.5** Soweit sich die Vergabestelle auf den Standpunkt stellt, mit dem Verweis im zweitletzten Absatz des Kapitels 2.8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen, würde auf die gesamte Musterpalette verwiesen, wäre dieser Sichtweise zu widersprechen. Aus dem Titel „Ablauf Kleinversuche“ im Kapitel 2.8.3.1 und der Aufteilung des Kapitels 2.4 (Erster Teil mit Überschrift „Muster für Kleinversuche“, zweiter Teil mit Überschrift „Muster für Grossversuche“) kann und darf geschlossen werden, dass für die Kleinversuche nur die genannten 11 von 33 Produkte der „Muster für Kleinversuche“ geprüft werden. Dieser Punkt erweist sich indessen mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen als nicht fallentscheidend.

## **7.**

In der Hauptsache rügt die Beschwerdeführerin, nachdem sie vorab die hohe Gewichtung des Preises mit 70 % beanstandet hat, durch das Verfahren zur Bewertung der Angebote werde das mit 25 % gewichtete Zuschlagskriterium ZK2 Qualität/Grossversuche insgesamt verwässert. Das ergebe sich namentlich aus dem Konzept der Vergabestelle betreffend die Bewertung der Grossversuche (vgl. E. 6.3.3 hiervor). Nach diesem würden die im Rennen verbleibenden Angebote so bewertet, dass „selbst qualitativ unbrauchbare Produkte“ noch 3 von 5 Punkten erhalten. Das sei irreführend und stehe im Widerspruch zum Transparenzgebot.

**7.1** Die Vergabestelle führt dazu aus, im Grossversuch würden die Produkte von maximal drei Anbietern auf ihre Qualität überprüft, wobei die beste Qualität die höchste Punktzahl (5 Punkte) und die niedrigste Qualität die geringste Punktzahl (3 Punkte) erhalte. Die Zuschlagskriterien seien

dargelegt und mit der Ausschreibung bekanntgegeben worden. Das sei nicht irreführend und auch ausreichend transparent.

**7.2** Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 BöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik und technischer Wert. Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert; diese sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Die Vergabestellen verfügen bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen erheblichen Spielraum (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen).

**7.3** Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung genügt bei der Bewertung der Angebote anhand des Zuschlagkriteriums „Preis“ die blosser Bekanntgabe der Gewichtung noch nicht, um sicherzustellen, dass die Angebotspreise im Verhältnis zu den anderen Zuschlagskriterien in vergaberechtskonformer Weise bewertet werden. Je nachdem wie hoch die Bewertungsabzüge für höhere Angebotspreise im Verhältnis zum billigsten erfolgen, kann die gewählte Bewertungsmethode im Ergebnis die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verfälschen. Mit anderen Worten kann durch die Art der Bewertung der Offerten bzw. die Preiskurve ein tatsächliches Gewicht bzw. eine „effektive Gewichtung“ resultieren, welche nicht der publizierten Gewichtung des Zuschlagkriteriums Preis entspricht (BGE 130 I 241 E. 6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 884; vgl. zum Zusammenhang zwischen der Gefahr der Verzerrung der Gewichtung und der Frage nach der vorherigen Bekanntgabe der Preiskurve etwa TRÜEB, BöB-Kommentar, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 21 BöB mit Hinweisen). Trägt die gewählte Preisbewertungsmethode der publizierten Gewichtung nicht genügend Rechnung, beispielsweise weil entgegen der bekannt gegebenen (gleich hohen) Gewichtung zweier Zuschlagskriterien beim Preis im Vergleich zum wichtigsten qualitativen Kriterium sehr unterschiedliche Maximalpunktzahlen erreicht werden können, liegt ein rechtswidriger Verstoss

gegen das Transparenzgebot vor (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015 E. 4; vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3.1 mit Hinweisen).

**7.4** Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen bekannt gegebener Gewichtung und „effektiver Gewichtung“ aufgrund der gewählten Bewertungsmethode kann sich nicht nur in Bezug auf das Zuschlagskriterium „Preis“ ergeben. Vielmehr erweist sich das Vorgehen der Vergabestelle generell dann als unzulässig, wenn den Zuschlagskriterien durch die verwendete Bewertungsskala nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde (Zwischenentscheid des BVGer 7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 mit Hinweisen; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff., S. 237). Die Bewertungsmatrix soll ausserdem dazu dienen, die Qualität differenziert zu beurteilen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/116 vom 24. November 2016 E. 5.2). Das für die Preisbewertung geltende Verbot einer „effektiven Gewichtung“ durch die Bewertungsmethode, welche der bekannt gegebenen Gewichtung im Ergebnis widerspricht bzw. diese verwässert, gilt somit auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird (CHRISTOPH JÄGER, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: BR 2017, Ziff. 2c, S. 233, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 914). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von einer solchen Verwässerung der Gewichtung des ZK 2 auszugehen ist.

## **7.5**

**7.5.1** Die in Ziff. 2.8.3.2 der Ausschreibungsunterlagen beschriebene Punktevergabe, wonach die drei selektierten Anbieterinnen unter dem ZK 2 Qualität/Grossversuche 3, 4 und 5 Punkte erhalten, führt dazu, dass jeder der drei zum Grossversuch zugelassenen Anbieter gewichtet unabhängig von der offerierten Qualität mindestens 75 von 125 Punkten erhält. Davon profitiert – worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist – eine Anbieterin mit einem qualitativ unbefriedigenden Angebot, das zwar realistisch unter dem ZK2 mit 2 oder weniger Punkten bewertet werden müsste, aber aufgrund der Vorgaben der Vergabestelle mindestens 3 Punkte erhält. Andererseits kann auch in Bezug auf drei besonders nahe beieinander liegende sehr gute Anbieterinnen, welche in Bezug auf die

Qualität Notendurchschnitte von 4.7, 4.8 und 4.9 erreicht haben, durch die Vorgabe der Vergabestelle eine nicht sachgerechte Differenzierung entstehen, weil der Anbieter mit dem Durchschnitt von 4.7 aufgrund der Vorgaben der Vergabestelle lediglich mit 3 Punkten bewertet wird. So oder anders kann die vorgegebene Spannbreite der Punktevergabe zu einer in der Sache allenfalls nicht sachgerechten mangelnden oder übersteigerten Differenzierung zwischen den Angeboten in Bezug auf die Bewertung der Qualität führen.

**7.5.2** Kommt dazu, dass auch das in Kapitel 2.8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen erwähnte Verfahren zur Beschränkung der Teilnehmerzahl das Zuschlagskriterium ZK2 Qualität/Grossversuche wesentlich tangiert: Die Vergabestelle behält sich vor, nach den Kleinversuchen die Anbieter für die Grossversuche auf drei zu beschränken. Dabei sollen für sämtliche Anbieter, welche die Kleinversuche bestanden haben, in einem Zwischenschritt die Produkte der Kleinversuche anhand von ZK1 Preis (75 %) und ZK3 Nachhaltigkeit (5 %) analog zu Kapitel 2.8.3.2, aber eben ohne Berücksichtigung der Qualität, bewertet werden (vgl. E. 6.3.2 hiervor).

**7.5.3** Die Vergabestelle führt dazu aus, das besagte Beschränkungsverfahren sei zulässig; immerhin würde es ihr, der Vergabestelle, auch zustehen, den Preis mit 100 % zu gewichten, da es sich bei den Reinigungs- und Pflegeprodukten um Standardprodukte handle. Diese könnten bekanntlich nach Art. 21 Abs. 3 BÖB ausschliesslich zum niedrigsten Preis beschafft werden.

**7.5.4** Ob die Voraussetzungen für einen standardisierten Einkauf gegeben sind, ist eine Rechtsfrage. Die Behörden haben jedoch, weil es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, einen Beurteilungsspielraum (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00116 vom 11. September 2003 E. 3c; vgl. zum Ganzen MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., S. 167). Dabei kommt es bei der Frage der Zulässigkeit der Vergabe aufgrund des niedrigsten Preises nicht auf die nachgefragte Leistung selbst, sondern auf die Möglichkeit ihrer Standardisierung an (Urteil des Verwaltungsgericht Aargau vom 6. Juli 2005, publiziert in: AGVE 2005 Nr. 50 S. 245 ff., E. 2.3).

**7.5.5** In casu kann offen gelassen werden, ob es sich um standardisierte Produkte handelt. Die Vergabestelle hat sich im Rahmen ihres Ermessens gegen die Beschaffung allein nach dem Kriterium des niedrigsten Preises

im Sinne von Art. 21 Abs. 3 BÖB entschieden: ZK2 Qualität/Grossversuche und ZK3 Nachhaltigkeit werden mit 25 % bzw. 5 % berücksichtigt. Damit hilft ihr der Umstand, dass sie allenfalls allein nach dem Preis hätte beschaffen können, jedenfalls nicht.

**7.6** Somit ist festzuhalten, dass das erwähnte Verfahren zur Beschränkung der Teilnehmerzahl auf drei Anbieterinnen (vgl. E. 6.3.2 und E. 7.5.2 hier vor) eine Selektion ohne Berücksichtigung der Qualität vorsieht, ohne dass dies übrigens in der Ausschreibung, welche ohne weitere Angaben von einem „offenen Verfahren“ und den beschriebenen Zuschlagskriterien unter Einschluss der Qualität ausgeht, entnommen werden könnte. Die Kombination einer derart knappen Beschreibung im Rahmen der Ausschreibung verbunden mit dem beschriebenen Selektionsverfahren wird damit sui generis der Zielsetzung des Transparenzgebots nicht gerecht. Zugleich ist aber eine reelle Bewertung der Qualität in der letzten Phase umso wichtiger, womit die Vergabestelle ihr Ermessen im vorliegenden Fall jedenfalls überschreitet, wenn sie – wie in Erwägung 7.5.1 hiavor ausgeführt – fest schreibt, dass die letzten drei im Rennen verbliebenen Anbieterinnen mit 3, 4 und 5 Punkten bewertet werden. Demnach erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin als begründet. Dabei handelt es sich, wie die Vergabestelle im Ergebnis zutreffend ausführt, jedenfalls insoweit nicht um ein Transparenzproblem, als die Ausschreibungsunterlagen den Anbietenden gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestanden haben.

## **8.**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Ausschreibung mache keine Angaben zu den einzelnen Bestellvolumen und Bezugsrhythmen. Dadurch werde die Kalkulation der Transport- und Kommissionierungskosten unmöglich, was eine ordnungsgemässe Offertstellung verhindere.

**8.1** Auf entsprechende Nachfragen im Forum antwortete die Vergabestelle zusammenfassend, die Anzahl der Bestellungen sei schwer zu definieren, da das Produktsortiment reduziert werde, weshalb sich die entsprechenden Zahlen ändern würden. Die Vergabestelle wolle bewusst keine Angaben zu den Mindestbestellmengen machen. Aus diesem Grund sei mit vielen Bestellungen und entsprechend kleinen Mengen pro Bestellung zu rechnen. Ein Gefahrstoffdienstleister, welcher Grossmengen an Langer nehme und danach stückweise an die Standorte weitersende, sei nicht geplant (Antwort auf die Fragen 110, 140, 141 und 158). In der Duplik weist

die Vergabestelle zusätzlich darauf hin, dass die Anbieter nicht davon ausgehen dürften, „palettenweise“ liefern zu können.

**8.2** In der Ausschreibung selbst werden zu den Bestellvolumen und Bezugsrhythmen keine Angaben gemacht. Der überarbeiteten Preisliste Reinigungs- und Pflegeprodukte (Anhang 3) ist zu entnehmen, dass der jeweiligen Offerte pro Gebinde eine Übersicht über die Zusammenstellung der Kosten betreffend fixe Kosten, Lohn-Kosten, Materialkosten und Transportkosten beizulegen ist und dass die Lieferung DDP (Schweiz) gemäss den Incoterms 2010 zu erfolgen habe.

**8.3** Die Vergabestelle macht auch keine ungefähren Angaben, wie sie es beispielsweise in Kapitel 2.2 der Anforderungen an die Dosierstationen (Anhang 6.6) macht: „Kombinationsmöglichkeiten von 1 bis 6 Stationen/Produkt pro Standort sollten machbar sein, durchschnittlich ist mit 4 Produkten pro Station zu rechnen“.

**8.4** Bei einer ausgeschriebenen Gesamtmenge von über 350'000 Liter Reinigungs- und Pflegemittel, welche nicht „palettenweise“, sondern in kleinen Bestellungen geliefert werden sollen, ist davon auszugehen, dass die Transport- und Kommissionierungskosten einen signifikanten Faktor darstellen. Dementsprechend kann er auch nicht im Sinne eines Nebenpunktes nach dem Zuschlag verhandelt werden (BGE 134 II 297 E. 4.2, vgl. auch BEYELER, der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Schulthess 2012, S. 900 Rz. 1718). Kommt dazu, dass die Lieferorte in der ganzen Schweiz verteilt zu liegen scheinen und auch hier mindestens prozentuale Angaben über die Verteilung an die verschiedenen Lieferorte oder andere geeignete Kennzahlen fehlen (siehe Ziff. 11.3 des Rahmenvertrages, Anhang 2 des Rahmenvertrages, Anhang 6.8 der Ausschreibung).

**8.5** Die Ausschreibung ist diesbezüglich unklar und unvollständig. Eine ordnungsgemässe Offertstellung betreffend die Transport- und Kommissionierungskosten ist deshalb nicht möglich (GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 401). Damit liegt ein Verstoss gegen das Klarheits- und Transparenzgebot vor, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt gutzuheissen ist.

## **9.**

Schlussendlich kritisiert die Beschwerdeführerin, die Ausschreibung gebe der Vergabestelle die Möglichkeit, preiswert zu beschaffen, um dann nach



dem Zuschlag vor allem zu Lasten der Anbieterin kostenintensive Anpassungen vorzunehmen. Das gehe aus Ziff. 7.4 Abs. 2 der technischen Lieferbedingungen (Anhang 6.5) hervor. Demnach behalte sich die Vergabestelle vor, notwendige Produktweiterentwicklungen innerhalb von drei Monaten zu verlangen.

**9.1** Die Vergabestelle hält dem entgegen, bei der vorliegenden Beschaffung sei es nicht auszuschliessen, dass ein einzelnes Produkt Verbesserungspotential aufweise. Für diesen Fall sehe die Vergabestelle eine Weiterentwicklung vor. Die Beschwerdeführerin selbst habe in der Vergangenheit bewiesen, dass solche Produktanpassungen innerhalb von wenigen Tagen möglich seien.

**9.2** Der Vergabestelle ist es sowohl während den Detailverhandlungen wie auch nach dem privatrechtlichen Vertragsabschluss verboten, in erheblicher Weise von der im Vergabeentscheid genannten Beschaffung abzuweichen, selbst wenn die angestrebten Vertragsänderungen einvernehmlich vorgenommen würden. Unerhebliche oder in der Ausschreibung bereits angekündigte Änderungen sind hingegen erlaubt (MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 1585 ff., N 2900, 2903, 2904).

**9.3** Die in Ziff. 7.4 Abs. 2 der technischen Lieferbedingungen unter dem Titel „Rezepturstabilität“ erwähnten und gegebenenfalls auch nach dem Zuschlag bzw. während laufender Vertragsdauer vorzunehmenden Produktweiterentwicklung beziehen sich auf Überarbeitungsvorgänge bestehender Rezepturen, wie dies gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien auch bereits heute zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle praktiziert wird.

**9.4** Immerhin bleibt anzumerken, dass die Vergabestelle gemäss eigenen Angaben für bisherige Weiterentwicklungen mit den Lieferanten jeweils nur wenige Tage benötigte, sich neu aber drei Monate Zeit ausbedingt, ohne dies zusätzlich zu begründen. Damit steigt grundsätzlich auch das Risiko künftiger, unzulässiger Vertragsänderungen.

**9.5** Kommt dazu, dass sich die Pflicht des Zuschlagempfängers, sämtliche Produkte bei Bedarf weiterzuentwickeln, entgegen der Ausschreibung nur auf diejenigen Produkte beziehen kann, welche der Zuschlagsempfänger nicht dazu gekauft hat (was ihm immerhin gemäss Ausschreibung bei

17 der 33 Produkte ausdrücklich erlaubt ist). Inwiefern eine solche Regelung unter diesen Umständen auch künftig dem Gleichbehandlungsgebot sämtlicher Anbieter genügen kann, bleibt offen.

#### 10.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde gutzuheissen und im Sinne der Erwägungen zwecks Verbesserung und erneuter Publikation an die Vergabestelle zurückzuweisen ist. Die eingegangenen Offerten sind ungeöffnet an die jeweiligen Anbieter zurückzuschicken.

#### 11.

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. VGKE); der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat sowohl beim Entscheid in der Hauptsache als auch beim Entscheid zu den vorsorglichen Massnahmen grösstenteils obsiegt. Ihr sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da von ihrer Seite keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Mit heutigem Urteil ergeht ein Entscheid im Hauptverfahren. Die Rechtsvertreterin wurde von der Beschwerdeführerin jedoch erst nach Einreichung der Beschwerde mit Duplik vom 3. Oktober 2017 bestellt. Es erscheint deshalb eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'000.– als angemessen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen; die Ausschreibung vom 18. Juli 2017 wird aufgehoben und zur Verbesserung und erneuten Publikation im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

**2.**

Die Vergabestelle wird verpflichtet, die in diesem Verfahren eingegangenen Offerten ungeöffnet an die jeweiligen Anbieter zurückzuschicken.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Beilage  
Rückerstattungsformular, Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 157205;  
Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Reto Finger

**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: 13. Februar 2018