



## **Urteil vom 8. März 2021**

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Reto Finger.

---

Parteien

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

gegen

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

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschreibung -  
Lieferauftrag Aussenreiniger Personenzüge -  
SIMAP Meldungsnummer 1074015 (Projekt-ID: 187052).

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

Am 28. Januar 2020 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Konzerneinkauf Verbrauchsgüter (nachfolgend: Vergabestelle) einen Lieferauftrag für die Dauer von fünf Jahren mit dem Projekttitel "Aussenreinigung für Personenzüge" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1074015, Projekt-ID 187052). Die Frist für schriftliche Fragen wurde auf den 14. April 2020 (Ziff. 1.3 der Ausschreibung) und die Frist für die Einreichung der Angebote auf den 26. Mai 2020 festgesetzt (Ziff. 1.4 der Ausschreibung).

**B.**

Die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhob am 17. Februar 2020 Beschwerde gegen die Ausschreibung mit nachfolgenden Rechtsbegehren:

1. Die Ausschreibung vom 28. Januar 2020 (inkl. Ausschreibungsunterlagen) muss aufgehoben und zur Verbesserung gemäss den untenstehenden Ausführungen an die SBB AG zurückgewiesen werden.
2. Die verbesserte Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen müssen anschliessend nochmals publiziert und das Beschaffungsverfahren erneut durchgeführt werden.
3. Der Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zumindest ist es der SBB AG bis zum rechtskräftigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu verbieten, den Zuschlag zu erteilen.
4. Die Kosten sind der SBB zu überwälzen.

Zur Begründung ihrer Anträge führte die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, die uneinheitlichen Bewertungsskalen der Zuschlagskriterien führten zu einer rechtswidrigen Diskrepanz zwischen der bekanntgegebenen und der "effektiven" Gewichtung der Qualität, was die Verletzung des Klarheits- und Transparenzgebotes zur Folge habe. Zudem würden die Ausschreibungsunterlagen nur in deutscher Sprache vorliegen, was nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen entspreche.

**C.**

Mit Verfügung vom 18. Februar 2020 ersuchte der Instruktionsrichter die Vergabestelle, zu den prozessualen Anträgen Stellung zu nehmen. Gleich-

zeitig wies er das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen ab. Schliesslich wurde der Vergabestelle vorläufig untersagt, die zu erwartenden Offerten nach Eingang zu öffnen.

**D.**

Am 27. Februar 2020 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zum Gesuch auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ein und beantragte dessen Abweisung, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Zur Begründung führte sie aus, die unterschiedlichen Notenskalen für Preis sowie für Qualität und Logistik/Service seien in den Ausschreibungsunterlagen beschrieben und mit einem Rechenbeispiel ergänzt, weshalb dem Klarheits- und Transparenzgebot genüge getan worden sei. Die Vergabestelle verlange, dass die Produkte für Qualität und Logistik/Service eine gewisse Mindestanforderung – mehr als eine Note 1 oder 2 – erfüllten. Im Rahmen des Zuschlages werde sodann nur noch die "Überperformance" bewertet, mit Noten von 3 bis 5.

Auch sei der Vorwurf unzutreffend, die Vergabestelle habe es versäumt, die Ausschreibungsunterlagen in zwei verschiedenen Sprachen zu publizieren. Die gesetzlichen Anforderungen, wonach Lieferungen und Dienstleistungen, welche sich nicht auf Bauaufträge beziehen würden, wenigstens in zwei verschiedenen Landessprachen publiziert sein müssten, regle die Ausschreibung, nicht aber die Ausschreibungsunterlagen.

Die Vergabestelle habe in keiner der vorgebrachten Rügen ihr Ermessen überschritten, weshalb die Beschwerde von vornherein aussichtslos erscheine. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei deshalb abzuweisen.

**E.**

Mit Zwischenentscheid vom 26. März 2020 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut.

**F.**

Mit Vernehmlassung in der Hauptsache vom 16. Juni 2020 hielt die Vergabestelle an ihren bisherigen Anträgen fest und führte aus, für die Zuschlagskriterien ZK 2 (Qualität) und ZK 3 (Logistik/Service) kämen deshalb nur die Noten 3 bis 5 in Betracht, weil eine gewisse Qualität bereits über die umschriebenen Mindestanforderungen sichergestellt sei. Das Bewertungssystem sei im Vorfeld bekannt gegeben worden, weshalb kein

Verstoss gegen das Klarheits- und Transparenzgebot vorliege. Auch sei keine Diskrepanz zwischen der "effektiven" und der bekanntgegebenen Gewichtung zu erkennen.

**G.**

Am 24. August 2020 reichte die Beschwerdeführerin, welche sich zwischenzeitlich anwaltlich vertreten liess, ihre Replik ein und beanstandete zusätzlich, dass eine ursprünglich differenzierte Bewertung nachträglich einer groben Notenskala unterworfen worden sei. Ein sachlicher Grund dafür sei nicht zu erkennen. Auch die Verkürzung der Notenskala auf einen Notenbereich von Noten 3 bis 5 sei vergaberechtswidrig. Die Vergabestelle verstosse mit ihrer Ausschreibung überdies gegen den Numerus Clausus der Verfahrensarten. Weiter würden auch die Ausschreibungsunterlagen aufgrund schwammiger Umschreibungen der technischen Spezifikationen gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstossen.

**H.**

Mit Duplik vom 22. September 2020 hielt die Vergabestelle an ihren Anträgen fest und präziserte, die Forderung nach einer differenzierteren Beurteilung sei nicht zielführend. Bei Reinigungsmitteln, die bereits über eine gewisse Qualität verfügten, sei es auch gar nicht möglich, mehr als drei verschiedene Qualitätsstufen zu definieren. Im Übrigen sei auch der Vorwurf, die Vergabestelle schaffe mit ihrer Ausschreibung eine unzulässige neue Verfahrensart, aus der Luft gegriffen. Das "Überperformance"- Bewertungssystem sei in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.

**I.**

Die Beschwerdeführerin reichte am 23. Oktober 2020 ihre Schlussbemerkungen ein und verwies dabei auf ihre bisherigen Eingaben.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

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

### **1.**

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 28. Januar 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB).

### **2.**

**2.1** Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine 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 mit Hinweisen "Publicom").

**2.2** Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung gilt nebst dem Zuschlag namentlich auch die Beschwerde gegen die Ausschreibung (vgl. Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

**2.3** Die Beschwerdeführerin beanstandet im vorliegenden Fall nicht nur die Ausschreibung selbst, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen. 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 BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den 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 "Suchsystem Bund"; Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3 mit Hinweisen; nach dem totalrevidierten Vergaberecht müssen Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren

Bedeutung erkennbar ist, allerdings zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden [Art. 53 Abs. 2 BöB]). 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 (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 "Produkte zur Innenreinigung I", Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 1.3, je mit Hinweisen). In casu rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, das in den Ausschreibungsunterlagen publizierte Verfahren zur Bewertung der Qualität sei fehlerhaft und unklar. Dabei handelt es sich zweifelsfrei um einen zentralen Punkt des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen und die damit verbundenen prozessualen Anträge grundsätzlich zu hören sind.

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

### **3.**

**3.1** Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

**3.2** 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 Bst. 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 aBöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [aVöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktional dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Lieferung von Aussenreinigungsmittel für Schienenfahrzeuge funktionell mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des aBöB ausgenommen.

**3.3** Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem aBöB unterstellt ist (Art. 1 Ziff. 2 GPA 1994).

**3.4** Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2020 4165]).

**3.5** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht (vgl. zum Ganzen auch die Urteile des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte zur Innenreinigung I", B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.5).

**3.6** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

#### 4.

**4.1** 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 (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**4.2** Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen "Hörgeräte"), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich grundsätzlich 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, wobei die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG kumulativ erfüllt sein müssen (Urteil des BGer 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen "Versicherungen BE"; BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen "Hörgeräte", vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 46 Rz. 2.60).

**4.3** Die Beschwerdeführerin war über 30 Jahre lang Hauptlieferantin von Reinigungsmitteln an die Vergabestelle, tritt damit offensichtlich im relevanten Markt auf und hat auch an der letzten Ausschreibung der Produkte zur Aussenreinigung von Schienenfahrzeugen teilgenommen. Damit ist die Beschwerdelegitimation hinsichtlich der Rüge der mangelnden Klarheit und Transparenz bezüglich der Bewertungsmethoden ohne Weiteres gegeben, was die Vergabestelle im Übrigen auch nicht bestreitet.

**4.4** Die Beschwerdeführerin rügt unter anderem, die Ausschreibungsunterlagen hätten nach Massgabe von Art. 24 Abs. 3 aBöB mindestens in zwei Amtssprachen vorliegen müssen. Die Vergabestelle führt dazu aus, Art. 24 Abs. 3 aBöB regle ausdrücklich die Ausschreibung, nicht aber die Ausschreibungsunterlagen.

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine bisherige Lieferantin der Vergabestelle mit Firmensitz in der deutschsprachigen Schweiz. Sämtliche bisherige Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin einerseits sowie zwischen dem Bundesverwaltungsgericht und der Beschwerdeführerin andererseits erfolgten in deutscher Sprache. Die Beschwerdeführerin hat nicht dargelegt, weshalb sie an ihrer

Rüge, die Ausschreibungsunterlagen hätten neben der deutschen Version auch in einer anderen Landessprache vorliegen müssen, ein schutzwürdiges Interesse haben könnte. Auf ihre diesbezügliche Rüge ist deshalb mangels Legitimation nicht einzutreten.

**4.5** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **5.**

**5.1** In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, mit der gewählten Preisbewertungsmethode würde die Vergabestelle gegen das Klarheits- und Transparenzgebot verstossen. Die Ausgestaltung sei vorliegend so vorgenommen worden, dass ein Anbieter, welcher mit seinem Preis 7.55 % über dem tiefsten Preis liege, effektiv keine Chance mehr habe, den Zuschlag zu erhalten, selbst wenn er für ZK 2 (Qualität) und ZK 3 (Logistik/Service) die Bestnoten erhalte. Die Bewertungsmatrix stelle aber eine Berücksichtigung von ZK 2 mit 20 % und ZK 3 mit 15 % in Aussicht, wogegen der Preis nur mit 65 % berücksichtigt werden dürfe. Eine Ausgestaltung der Preisbewertung, die einem Angebot, welches 7.55 % teurer als das tiefste Angebot ausfalle, trotz einer Gewichtung von Qualität bzw. Logistik/Service von insgesamt 35 %, keine Chance auf den Zuschlag belasse, verstosse gegen das Klarheits- und Transparenzgebot und sei deshalb vergaberechtswidrig.

**5.2** 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. durch die gewählte Preiskurve ein tatsächliches Gewicht bzw. eine "effektive" Gewichtung resultieren, welche nicht der publizierten Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" entspricht (BGE 143 II 553 E. 6.4; 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 HANS RUDOLF TRÜEB, in:

Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], OFK-Wettbewerbskommentar II, 2011, BöB Art. 21 Rz. 18 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 (BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 mit Hinweisen).

**5.3** Die Vergabestelle gab vorab nachfolgende Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt:

	Zuschlagskriterien	Nachweis	Gewichtung	Max. Punkte
<b>ZK 1</b>	Preis	N: Ausgefülltes Preisblatt	<b>65 %</b>	<b>325</b>
<b>ZK 2</b>	Qualität	N: Produktmuster	<b>20 %</b>	<b>100</b>
<b>ZK 3</b>	Logistik/Service	N: Logistikkonzept	<b>15 %</b>	<b>75</b>
<b>Total</b>			<b>100 %</b>	<b>500</b>

**5.4** Das Preisbewertungsmodell sah vor, dass das Angebot mit dem tiefsten Preis das Punktemaximum von 325 Punkten erhalten würde und Angebote, welche mehr als 35 % über dem tiefsten Preis lagen, keine Punkte mehr für den Preis erhalten würden. Innerhalb dieser Bandbreite sollte die Punktevergabe für den Preis linear erfolgen.

**5.5** Ziel eines gewählten Preisbewertungsmodells muss es sein, die Bewertung der Angebotspreise so zu bewerkstelligen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht bei der Evaluation auch tatsächlich zum Tragen kommt (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2016.00615 vom 4. Mai 2017 E. 3 und 4.2). Die Vergabestelle hat sich vorliegend für ein "linear gekürztes Preisbewertungssystem" entschieden. Dabei wird die Preisspanne und damit der Nullpunkt vorgängig und unabhängig von den im Ausschreibungsverfahren eingehenden Höchstpreisen festgelegt. Das System ist in der Praxis verbreitet und wird vom Bundesgericht als zulässig erachtet (Urteil des BGer 2C\_412/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2). Es stellt insbesondere auch eine bereits mit den Ausschreibungsunterlagen nachvollziehbare Beurteilung der Angebotspreise sicher. Die Verwendung eines an sich tauglichen Bewertungssystems entbindet die Vergabestelle jedoch nie davon, dessen Ereignis im konkreten Fall auf seine Sachgerechtigkeit hin zu prüfen (vgl. zum Ganzen CLAUDIA

SCHNEIDER-HEUSI, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 344 ff.). Massgebend ist insbesondere, dass die Vergabestelle eine realistische Preisspanne wählt, ansonsten eine unzulässige Verzerrung droht, welche mit Zweck des Vergaberechts, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, nicht zu vereinbaren wäre (BVGE 2018 IV/2 E. 7.3; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3.1).

**5.6** Die Beschwerdeführerin rechnet für ein hypothetisches Angebot mit einem tiefsten Preis von Fr. 1'000'000.– vor, dass ein anderes Angebot, welches um 7.55 % und somit um Fr. 75'500.– teurer ausfallen würde, keine Chance mehr auf den Zuschlag hätte. Anders ausgedrückt, wäre die Vergabestelle im vorliegenden Beispiel bereit, bei einem Beschaffungsvolumen von Fr. 1'000'000.– maximal Fr. 75'500.– mehr für beste Qualität zu bezahlen. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass dieser Betrag, auch mit Blick auf die Bewertungsmatrix, welche Qualität und Logistik/Service mit insgesamt 35 % berücksichtigt, verhältnismässig tief ausfällt. Immerhin ist an dieser Stelle anzumerken, dass die kritische Preisgrenze, ab der sich ein Punkterückstand aus dem Preiswettbewerb nicht mehr aufholen lässt, ohne die von der Vergabestelle vorgenommene Kürzung der Notenskala (vgl. E. 7.5.3 hiernach) nicht 7.55 % ((maximale Punkte für ZK 2 und ZK 3 [70]) / (maximale Punkte für ZK 1 [325] / Preisspanne [35])), sondern 18.85 % betragen würde ((maximale Punkte für ZK 2 und ZK 3 [175]) / (maximale Punkte für ZK 1 [325] / Preisspanne [35])). Die Vergabestelle hat die Preisbewertungsmethode in den Ausschreibungsunterlagen vorgängig publiziert und mit einem Berechnungsbeispiel ergänzt, weshalb es sich vorliegend jedenfalls insoweit nicht um ein Transparenzproblem handeln kann (vgl. dazu auch BVGE 2018 IV/2 E. 7.6, Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.2.2 i.V.m. E. 7.1). Für die Zulässigkeit der gewählten Bewertungsmethode spricht weiter, dass auch die Bandbreite von 35 % mit Blick auf die Komplexität der Beschaffung angemessen erscheint (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2019.00716 vom 22. Januar 2020 E. 4 und VB.2016.00615 vom 4. Mai 2017 E. 3; vgl. zum Ganzen CLAUDIA SCHNEIDER-HEUSI, a.a.O., S. 344 ff. Rz. 49 und 51). Die relativ steile Preisbewertungskurve deckt sich sodann auch mit der von der Vergabestelle kommunizierten strategischen Neuausrichtung, Reinigungsmittel preissensitiv beschaffen zu wollen.

**5.7** Daraus ergibt sich, dass die gewählte Preisbewertungsmethode mit einer Preisspanne von 35 % im vorliegenden Fall nicht gegen das Klarheits-

und Transparenzgebot verstösst. Soweit die Beschwerdeführerin einen solchen Verstoss zusätzlich in der Verkürzung der Notenskala für die Zuschlagskriterien ZK 2 und ZK 3 erkennt, ist darauf in E. 7 hiernach einzugehen.

## **6.**

**6.1** In ihrer Replik rügt die Beschwerdeführerin, welche sich nach der Eröffnung des Zwischenentscheids vom 26. März 2020 anwaltlich vertreten liess, zusätzlich, die Vergabestelle vermische, jedenfalls in Bezug auf die Evaluation der Qualität der Produkte, in vergaberechtswidriger Weise die Prüfung der technischen Spezifikationen bzw. der Minimalanforderungen mit der Evaluation der Zuschlagskriterien. Bei genauerer Betrachtung kombiniere die Vergabestelle in den vorgesehenen Prüfschritten die Erfüllung der Mindestanforderungen mit der Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien, indem die Angebote, welche die Qualitätsnoten 0 bis 2 erhielten, von der zuschlagsrelevanten Bewertung ausgeschlossen würden. Das Teilnehmerfeld werde dadurch künstlich beschränkt und der Anbieterwettbewerb in vergaberechtswidriger Weise behindert.

**6.2** Die Vergabestelle hält dem entgegen, das von ihr vorgegebene Evaluationssystem mit einer zweistufigen Prüfung und vorgegebenen Mindestanforderungen stelle sicher, dass nur Angebote mit einer gewissen Mindestqualität für den Zuschlag in Frage kämen. Produkte, die diese Mindestqualität erfüllen würden, erhielten die Note 3 und seien dadurch für die weitere Bewertung zugelassen. Würden die Produkte besser bewertet, als es die Mindestanforderungen verlangen würden, würde ein Anbieter zusätzliche Punkte erhalten. Dieses Bewertungssystem sei etabliert und habe sich bewährt.

## **6.3**

**6.3.1** Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 aBöB 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 (Urteile des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I" und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3, "Strombeschaffung für die Post"; 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).

**6.3.2** Neben den Zuschlagskriterien sind auch die Eignungskriterien (Art. 9 Abs. 1 aBöB) und technischen Spezifikationen (Art. 12 Abs. 1 aBöB) im Vorfeld bekannt zu geben. Subkriterien sind dann zu publizieren, wenn sie nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"). Soweit in der Evaluierung Versuche mit Mustern zur Qualitätsüberprüfung vorgenommen werden, sind auch diese Abläufe vorgängig zu publizieren (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 383). Ausserdem dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen im herkömmlichen Sinne versteht (BGE 141 II 14 E. 7.1 m.w.H.; BVGE 2018 IV/2 E. 6.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen").

**6.3.3** Gemäss den Ausschreibungsunterlagen werden die eingegangenen Produkte zwei verschiedenen Prüfungen unterzogen: In einem ersten Schritt sind die "technischen Mindestanforderungen" zu prüfen, wobei insgesamt 20 Anforderungen anhand der eingereichten Dokumente oder durch einen Labortest geprüft werden, unter anderem die "Eintrocknungszeit" (a) und die "Reinigungswirkung 1" (b). Soweit die Anforderungen des Prüfschritts 1 erfüllt sind, werden sodann im Prüfschritt 2 sechs weitere Mindestanforderungen in einem Grosstest geprüft, unter anderem die "Reinigungswirkung 2" (c), das "Benetzungsverhalten" (d) und die "Abspülbarkeit" (e). Sofern ein Anbieter sämtliche Mindestanforderungen erfüllt, werden im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien die Eigenschaften der Anforderungen (a) bis (e), welche die Mindestanforderungen erfüllen bzw. überschreiten mit 0, 10 oder 20 Punkten pro Produkt bewertet und in einem weiteren Umrechnungsschritt mit einer Note von 3 bis 5 gemäss nachfolgender Umrechnungstabelle versehen. Zur Begründung der verkürzten Notenskala führt die Vergabestelle aus, es rechtfertige sich, für die Anforderungen (a) bis (e) nur noch die Noten 3 bis 5 zu vergeben, weil mit der Erfüllung der Mindestanforderungen bereits eine gewisse Qualität sichergestellt worden sei.

ZK 2 (Qualität)		
Anzahl Punkte	Nachweis	Note
0-133		3
134-267		4
268-400		5

**6.3.4** Die Vergabestelle verwendet demnach ein Prüf- und Bewertungssystem, bei welchem die fünf Anforderungen (a) bis (e) einerseits als Mindestanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikation Verwendung finden (zusammen mit 20 weiteren Anforderungen, vgl. E. 6.3.3 hiervor), wobei für die Anforderungen (a) bis (e) Mindestanforderungen vorgegeben sind, ansonsten das Angebot ausgeschlossen wird. Andererseits werden dieselben Anforderungen (a) bis (e) auch als Zuschlagskriterien herangezogen, um dann, mit Verweis auf die bereits vorhandene Qualität der Produkte, im Rahmen der Zuschlagsbewertung, nur noch 60, 80 oder 100 von 100 Punkten bzw. die Noten 3 bis 5 zu vergeben.

ZK 2 (Qualität)		
Note		Bewertungspunkte
3		60
4		80
5		100

**6.3.5** Für den Nachweis der Mindestanforderung betreffend Logistik/Service verlangt die Vergabestelle ein Konzept, welches die "Logistikbedingungen" gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt, insbesondere auf Regularien, Grundsätzliches zu Transportleistungen, Schienentransporte und Strassentransporte eingeht sowie mindestens eine Referenz des Anbieters bzw. des Spediteurs mit Erfahrungen im Intermodalverkehr mit Kesselwagen enthält. Ein Angebot, welches diese Mindestanforderungen nicht erfüllt, soll nicht weiter berücksichtigt werden. Im Rahmen der Bewertung erhält sodann ein Angebot, welches die Mindestanforderungen erfüllt, die Note 3 bzw. 45 Punkte gemäss untenstehender Tabelle. Anbieter, die darüber hinaus in der Lage sind, Tankgebilde per GPS zu lokalisieren bzw. zusätzlich die Information in Echtzeit der Vergabestelle zur Verfügung zu stellen, erhalten dafür die Note 4 mit 60 Bewertungspunkten bzw. die Note 5 mit 75 Bewertungspunkten:

<b>ZK 3 (Logistik/Service)</b>		
<b>Note</b>		<b>Bewertungspunkte</b>
<b>3</b>		<b>45</b>
<b>4</b>		<b>60</b>
<b>5</b>		<b>75</b>

**6.4** Mit den Mindestvorgaben an die Qualität bzw. an das Logistikkonzept hat die Vergabestelle sogenannte "Muss-Kriterien" definiert. Die Verwendung von "Muss-Kriterien" ist grundsätzlich zulässig (vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 582 und 863), der Begriff selbst aber relativ unscharf (so das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2016.00300 vom 10. Februar 2017 E. 2.2): Er findet einerseits Verwendung im Zusammenhang mit Ausschlusskriterien im Rahmen der Eignungsprüfung. Von "Muss-Kriterien" wird in diesem Zusammenhang dann gesprochen, wenn Grundvoraussetzungen – beispielsweise die Einhaltung von Schutz- oder Formvorschriften oder die Einhaltung technischer Spezifikationen – zwingend erfüllt sein muss, ansonsten ein Angebot vom Verfahren nach Massgabe von Art. 11 lit. a in Verbindung mit Art. 9 aBöB ausgeschlossen werden kann bzw. muss, ohne dass die genannten Grundvoraussetzungen bei richtiger Betrachtung mit der fehlenden Eignung des Anbieters zu tun hätten (Urteile des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 4.6.1 und B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.1; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2020.00148 vom 25. Juni 2020 E. 3.3; vgl. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 582). Andererseits sind "Muss-Kriterien" nach der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts auch bei der Ausgestaltung von Zuschlagskriterien zulässig, auch wenn sie nicht dem Konzept der relativen Natur von Zuschlagskriterien entsprechen (BVGE 2018 IV/2 E. 6.2; Urteile des BVGer B-4086/2018 vom 12. April 2019 E. 6.3 "Produkte zur Innenreinigung II" und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post"; Zwischenentscheide des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.3.1 "Produkte zur Aussenreinigung II" und B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.4 "Casermettatunnel"; vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 863).

**6.4.1** In der vorliegenden Ausschreibung gibt die Vergabestelle exakte Mindestanforderungen an die Qualität der zu beschaffenden Produkte bzw. an das Logistikkonzept vor (vgl. E. 6.3.2 bis 6.3.5 hiervor). Für die "Eintrock-

nungszeit" eines Produktes heisst das beispielsweise, dass 50 % einer besprühten Fläche erst nach 5 Minuten abgetrocknet sein dürfen, ansonsten die Mindestanforderung nicht erfüllt ist und das Angebot ausgeschlossen werden kann bzw. ausgeschlossen werden muss. Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle geht es somit in einem ersten Schritt nicht um eine Bewertung mit einer guten oder schlechten Note, sondern um die Prüfung von Mindestanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen, welche auch von der Vergabestelle selbst faktisch mit "erfüllt" bzw. "nicht erfüllt" beurteilt werden. Folgerichtig differenziert die Vergabestelle denn auch nicht die Anforderungen an die Noten 0, 1 und 2, sondern weist diese pauschal denjenigen Angeboten zu, welche die technischen Mindestanforderungen "nicht erfüllt" haben. Die Vergabestelle nimmt somit mit diesem ersten Schritt der Prüfung keine Bewertung vor, auch wenn sie diesen Vorgang in den Ausschreibungsunterlagen so bezeichnet. Erst in einem zweiten Schritt erfolgt die Bewertung der Zuschlagskriterien. Dabei bewertet die Vergabestelle die Performance der Anforderungen (a) bis (e), soweit diese über die Mindestanforderungen hinausgeht. Für das genannte Beispiel der "Eintrocknungszeit" heisst das, dass ein Angebot im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien Punkte erhält, sofern die Mindestanforderung von 5 Minuten überboten wird: 10 Punkte für 5,5 Minuten, 20 Punkte für 6 Minuten und mehr. Schafft ein Angebot jedoch die vorgegebene Mindestanforderung von mindestens 5 Minuten "Eintrocknungszeit" nicht, kann bzw. muss es ausgeschlossen werden, egal ob die Eintrocknungszeit 4,5 Minuten oder 4 Minuten betrug. Bei genauerer Betrachtung geht es vorliegend also nicht um die Frage nach der Zulässigkeit von "Muss-Kriterien" bei der Ausgestaltung von Zuschlagskriterien, sondern um die Frage der Berücksichtigung einer möglichen, im Vorfeld bekannt gegebenen Bewertung der Übererfüllung der technischen Spezifikationen. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob eine solche Berücksichtigung der Übererfüllung vergaberechtskonform ist. Auf die von der Vergabestelle in diesem Zusammenhang vorgenommene Verkürzung der Notenskala von 3 bis 5 ist sodann separat in E. 7 hiernach einzugehen.

**6.4.2** Die Frage, ob es zulässig ist, eine Übererfüllung der technischen Spezifikationen bei der Prüfung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, wird in der Lehre, soweit sie sich dazu geäußert hat, mehrheitlich bejaht. So soll es bei der Beschaffung einer Heizanlage beispielsweise möglich sein, dasjenige Produkt zu berücksichtigen, welches die Grenzwerte der Luftreinhalteverordnung (als Mindestvorgabe) am deutlichsten unterschreitet (so TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, 2001, S. 502;

STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006, S. 82), was der Berücksichtigung der Übererfüllung als Zuschlagskriterium entspricht. Im Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2 wird sodann die Frage der Zulässigkeit der Übererfüllung mit der Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung einer Mehreignung beim Zuschlag verglichen, weshalb auch die Heranziehung der Praxis zur Mehreignung gerechtfertigt erscheint. Diesbezüglich hat das Bundesgericht erkannt, es sei nicht ersichtlich, weshalb es bei Kriterien, die graduell bewertet werden können, unzulässig sein sollte, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung aber als Zuschlagskriterium zu gewichten; es handle sich bei dieser Vorgehensweise nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 m.H. auf MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, S. 208 f.; in BGE 140 I 285 E. 5 wurde diese Praxis bestätigt). Die Berücksichtigung der Mehreignung bei den Zuschlagskriterien soll nicht uneingeschränkt gelten, sondern nur insoweit, als mit einem solchen Miteinbezug eine Aussage zur Qualität des Angebots gemacht und ein Wirtschaftlichkeitsbezug hergestellt und begründet werden kann (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2; CLAUDIA SCHNEIDER-HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Jean-Baptiste Zufferey, Martin Beyeler, Stefan Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 28 m.w.H.). Für eine Berücksichtigung der Mehreignung im Rahmen der Zuschlagskriterien verlangt das Bundesverwaltungsgericht zusätzlich, dass die zu beurteilenden Aspekte einen Bezug zum Projekt aufweisen und sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2; B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.1.3 und 2.1.4, je m.w.H.).

**6.4.3** Mit der Berücksichtigung der Übererfüllung der technischen Spezifikationen hinsichtlich der bekannt gegebenen Kriterien "Eintrocknungszeit" (a), "Reinigungswirkung 1" (b), "Reinigungswirkung 2" (c), "Benetzungsverhalten" (d) und "Abspülbarkeit" (e) stellt die Vergabestelle einen Bezug zur Qualität der zu beschaffenden Reinigungsmittel her und schafft einen Bezug zur Wirtschaftlichkeit der Produkte (Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.1.3 und 2.1.4 i.V.m. E. 5.4.2). Die Berücksichtigung der Übererfüllung der technischen Spezifikationen der Anforderungen (a) bis (e) ist deshalb grundsätzlich zulässig.

**6.4.4** Die Vergabestelle hat mehrfach ausgeführt, Ziel ihres Prüf- und Bewertungssystems sei es, eine gewisse Mindestqualität der zu beschaffenden Produkte sicherzustellen. Mit der Vorgabe von qualitätsorientierten Mindestanforderungen und der Berücksichtigung einer allfälligen Übererfüllung bei der Bewertung der Zuschlagskriterien ist das auch ohne weiteres möglich. Soweit die Beschwerdeführerin bereits darin eine vergaberechtswidrige Vermischung der Prüfung der technischen Spezifikationen mit der Evaluation der Zuschlagskriterien bzw. eine Verletzung der Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts erkennen sollte, ist die Beschwerde abzuweisen.

**6.4.5** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Verwendung von "Muss-Kriterien" bei der Ausgestaltung von Zuschlagskriterien vermische in vergaberechtswidriger Weise die Eignung bzw. Prüfung der technischen Spezifikation mit der Bewertung der Zuschlagskriterien, so dass ein Angebot für eine schlechte Bewertung nicht eine schlechte Note erhalte, sondern ausgeschlossen werde. Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 6.4.1 hiervor) stellt sich im vorliegenden Fall die Frage nach der Zulässigkeit von "Muss-Kriterien" bei der Ausgestaltung von Zuschlagskriterien nicht, weshalb die Frage hier offenbleiben kann, indes zu gegebener Zeit einer vertieften Überprüfung bedarf.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Verkürzung der Notenskala für die Zuschlagskriterien ZK 2 (Qualität) und ZK 3 (Logistik/Service) führe zu einer effektiven Preisgewichtung von 92.45 %, was eine rechtswidrige Diskrepanz zu der in der Ausschreibung publizierten Gewichtung des Preises von 65 % darstelle: Mit jedem Prozentpunkt, welcher ein Angebot preislich über dem günstigsten Angebot liege, erhalte es aufgrund der Maximalpunktzahl von 325 und der ausgeschriebenen Preisspanne von 35 % rund 9.29 Punkte weniger ( $325/35 = 9.29$ ). Gemäss der verkürzten Bewertungsskala würden bei der Bewertung der Zuschlagskriterien für ZK 2 maximal 40 Punkte und ZK 3 maximal 30 Punkte, total maximal 70 Punkte verteilt. Daraus lasse sich schliessen, dass ein Angebot, welches 7.55 % teurer als das günstigste ausfalle, für den Zuschlag nicht mehr in Frage komme ( $7.55 * 9.29 = 70.14$ ), auch wenn es für ZK 2 und ZK 3 Bestnoten erhalte.

**7.2** Die Vergabestelle führt demgegenüber aus, sie habe die unterschiedlichen Bandbreiten der Notenskalen für ZK 1 bzw. ZK 2 und ZK 3 im Vorfeld bekannt gegeben, mit einem Rechenbeispiel versehen und dadurch dem

Klarheits- und Transparenzgebot entsprochen. Wenn die Produkte die Mindestanforderungen erfüllt hätten, würden sie für die Bewertung der Zuschlagskriterien zugelassen und mindestens die Note 3 erhalten. Wenn nicht, werde das Angebot nicht weiter berücksichtigt. Die Verkürzung der Notenskala für ZK 2 und ZK 3 rechtfertige sich deshalb, weil bereits eine Mindestqualität über die umschriebenen Mindestanforderungen sichergestellt worden sei. Insgesamt würden für den Zuschlag nur Produkte in Frage kommen, die allesamt die Möglichkeit gehabt hätten, für ZK 2 und ZK 3 die maximale Punktzahl von insgesamt 175 Punkte zu erreichen.

**7.3** Bei der Auswahl und der Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien hat die Vergabestelle einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Zu einer eigentlichen mit einer Preiskurve vergleichbaren Qualitätskurve als Beurteilungsmethode ist die Vergabestelle nicht verpflichtet (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 12. August 2019 E. 6.7.2, B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung Post" und B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"). Eine Korrektur des Bewertungssystems durch das Bundesverwaltungsgericht kommt nur dann in Betracht, wenn sich dieses nicht nur als möglicherweise unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweisen würde (Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 6.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Die Respektierung des vorinstanzlichen Ermessens gebietet sich auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht zwar eine Mindestgewichtung des Preises verlangt, nicht aber eine solche in Bezug auf die Qualität. So gesehen muss die Rechtsprechung bei tiefer Gewichtung des Preises wohl genauer auf die Möglichkeiten einer Verzerrung achten als bei der Qualität (Urteil des BGer 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4 mit Hinweisen "Kantonsblatt und Gesetzessammlung LU"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 6.7.4; vgl. zum Ganzen CLAUDIA SCHNEIDER-HEUSI, Die Bewertung des Preises, a.a.O., S. 344 ff. mit Hinweisen).

**7.4** Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen bekannt gegebener und "effektiver" Gewichtung aufgrund der gewählten Bewertungsmethode kann sich hingegen 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 (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.6; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 mit Hinweisen

"Casermettatunnel"; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3.1; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, 2008, S. 215 ff., 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 "Casermettatunnel"; 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 (BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I"; Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.6 "Zielvereinbarung post 2020 Los 2"; CHRISTOPH JÄGER, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: Baurecht 2017, Ziff. 2c S. 233; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 914). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob im vorliegenden Fall durch die Verkürzung der Notenskala für ZK 2 und ZK 3 eine rechtswidrige Diskrepanz zur ursprünglich bekannt gegebenen Gewichtung entstanden ist.

## 7.5

**7.5.1** Die Vergabestelle rechtfertigt die Verkürzung der Punkte bzw. Notenskala mit dem Hinweis, mit der Erfüllung der Mindestanforderungen sei bereits eine gewisse Qualität erreicht (vgl. E. 6.2 und 7.2 hiervor).

**7.5.2** Diese Sichtweise vermag nicht zu überzeugen. Die Vergabestelle verlangt mit den Mindestvorgaben an die Qualität der Produkte und an das Logistikkonzept bereits im Rahmen der technischen Mindestanforderungen gewisse qualitative Standards. Dagegen ist aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden (Art. VI Ziff. 1 GPA 1994 und Art. 16a Abs. 1 aVöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405), ebenso wenig wie gegen die Berücksichtigung einer möglichen, im Vorfeld bekannt gegebenen Bewertung der Übererfüllung der technischen Spezifikationen. Auch kann es unter Umständen angebracht sein, eine Notenskala bei der Beurteilung von Qualität zu verkürzen bzw. nicht im ganzen Umfang zu nutzen, wenn eine unrechtmässige Verzerrung der Bewertung droht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3.1). Unzulässig ist es hingegen, allein mit dem Verweis auf die durch die Erfüllung der technischen Anforderungen er-

reichte Qualität eines Produktes im Rahmen der technischen Spezifikationen bei der Bewertung der Qualität nicht mehr die ganze Notenskala anzuwenden bzw. die volle Punktzahl für das entsprechende Zuschlagskriterium zu vergeben (vgl. E. 7.4 hiervor). Die vergaberechtswidrige Vermischung der Prüfung von Mindestanforderungen und der Bewertung der Zuschlagskriterien hat vorliegend zur Folge, dass von den ursprünglich in Aussicht gestellten 175 Punkten für ZK 2 (Qualität) und ZK 3 (Logistik/Service) nur noch maximal 70 Punkte (40 für Qualität, 30 für Logistik/Service) verteilt werden, während für das ZK 1 (Preis) weiterhin die gesamten 325 Punkte erreicht werden können. Das würde dazu führen, dass die effektive Preisgewichtung 82.28 % statt 65 % beträgt ( $ZK\ 1\ [325] / (ZK\ 1\ [325] + ZK\ 2\ [40] + ZK\ 3\ [30])$ ). Diese Diskrepanz zwischen der bekannt gegebenen und der "effektiven" Gewichtung wiegt im Ergebnis umso schwerer, als sich die Vergabestelle bereits durch die Wahl der Preisbewertungsmethode mit einer steilen Kurve für eine preisorientierte Beschaffung entschieden hat.

**7.5.3** Die vorgenommene Berechnung der effektiven Preisgewichtung weicht von der Berechnung der Beschwerdeführerin von 92.45 % ab (vgl. E. 7.1 hiervor). Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass bei der effektiven Preisgewichtung von 82.28 % die "weitere Verwässerung durch die steile Preiskurve" nicht berücksichtigt wird. Anders als die Beschwerdeführerin ausführt, ist diese "weitere Verwässerung" aber auch nicht zu berücksichtigen, weil sich die gewählte Preiskurve bzw. die Preisbewertungsmethode als rechtmässig herausstellte (vgl. E. 5.7 hiervor).

**7.5.4** Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Replik zusätzlich, bereits die nachträgliche Umrechnung der Qualitätsbewertung ohne sachlichen Grund von einer hochaufgelösten 400er - Skala (4 Produkte \* 25 Prüfschritte \* Maximalnote 5 = 400 Punkte) in eine stumpfe Notenskala von 3 bis 5, stelle – namentlich mit Blick auf die Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Offerten – einen Verstoss gegen das Transparenzgebot dar (vgl. auch MARTIN BEYELER, in: Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Urteilsanmerkung zum Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019, Rz. 249, wobei der Autor zusätzlich darauf hinweist, dass eine solche Umrechnung seiner Ansicht nach auch gegen das Gleichbehandlungsgebot verstösst). Die Vergabestelle verfügt bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien über einen breiten Ermessensspielraum (vgl. E. 9.4 hiernach). Ob eine nachträgliche Umrechnung der Qualitätsbewertung, die eine differenzierte Beurteilung der Qualität weiterhin zulässt, für

sich allein immer auch ein ausreichender Grund für die Aufhebung einer Ausschreibung darstellt, kann daher vorliegend offengelassen werden.

**7.6** Zusammenfassend ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass die Verkürzung der Notenskala für die Zuschlagskriterien ZK 2 und ZK 3 ohne sachliche Begründung zu einer rechtswidrigen Diskrepanz zwischen der bekannt gegebenen und der "effektiven" Gewichtung geführt hat, welche vergaberechtliche Grundsätze, unter anderem das Transparenzgebot, verletzt. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als begründet und die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen.

## **8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerin macht zusätzlich in ihrer Replik geltend, die Vergabestelle verstosse mit ihrem Bewertungssystem auch gegen den Numerus Clausus der Verfahrensarten. Indem die Vergabestelle Angebote mit einer Qualitätsnote von 0, 1 oder 2 von der zuschlagsrelevanten Bewertung ausklammere, schaffe sie eine in dieser Form unzulässige, zweistufige Anbieterauswahl. Dadurch werde im offenen Verfahren eine Präqualifikationsstufe eingeführt bzw. faktisch ein unzulässiges Short-Listing vorgenommen.

**8.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, der Vorwurf, eine neue Verfahrensart sui generis geschaffen zu haben, sei unzutreffend. Stattdessen weist die Vergabestelle erneut darauf hin, dass es gerechtfertigt sei, beim Zuschlag nur noch die Noten 3 bis 5 zu verteilen, weil die beurteilten Produkte bereits qualitative Mindestanforderungen erfüllen würden.

**8.3** In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist die Vergabestelle aufgrund des Legalitätsprinzips an die in der aBöB und in der aVöB vorgesehenen Verfahrensarten und an die diesbezüglichen Regelungen gebunden (Numerus Clausus der Verfahrensarten im Vergaberecht, vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 282).

**8.4** Zusätzlich ist an dieser Stelle auf den Unterschied zwischen dem von der Beschwerdeführerin gerügten Short-Listing, welches sich gemäss der Beschwerdeführerin aus dem Ausschluss von Angeboten aufgrund schlechter Bewertung ergibt, und dem Short-Listing, welches vom totalrevidierten Beschaffungsrecht in Art. 40 Abs. 2 BöB ausdrücklich vorgesehen ist, hinzuweisen: Letzteres soll auch deshalb zulässig sein, weil es Vergabestellen gemäss dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit erlaubt sein muss, nach einer ersten Prüfung die Anzahl der Angebote zu reduzieren und nur

die so verbleibenden Angebote in einem zweiten Schritt einer weiteren Prüfung und Bewertung zu unterziehen, wobei in allen Fällen sicherzustellen ist, dass trotz der Reduktion der Angebote ein echter Wettbewerb stattfindet (DANIEL STUCKI, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar BöB, 2020, Art. 40 Rz. 18; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 BBl 2017 1955 und 1956 zu Art. 40 Abs. 2 BöB).

**8.5** Die Vergabestelle nimmt, wie bereits ausgeführt, bei genauerer Betrachtung keine zweistufige Bewertung der Zuschlagskriterien vor, stattdessen eine Prüfung der Mindestanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen sowie eine Bewertung der möglichen Übererfüllung im Rahmen der Zuschlagskriterien (vgl. E. 6.4.1 und 6.4.5 hiervor). Ein allfälliger Ausschluss vom Verfahren findet somit nicht aufgrund von schlechten Noten im Rahmen der Bewertung, sondern aufgrund der Nichterfüllung der Mindestanforderungen statt. Entsprechend wird auch keine unzulässige Präqualifikationsstufe bei der Bewertung der Zuschlagskriterien im offenen Verfahren geschaffen, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist.

## **9.**

**9.1** Abschliessend macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vergabestelle habe zahlreiche ihrer Mindestanforderungen nicht absolut und damit klar messbar, sondern lediglich "vergleichend" formuliert, ohne jedoch die massgebende Vergleichsbasis zu definieren. Diese Problematik werde in den technischen Mindestanforderungen deutlich, beispielweise bei Formulierungen wie "Testfläche insgesamt gleich sauber wie Referenzfläche", "frei von stark schäumenden Tensiden", "Produkt kann von der Dosierpumpe angesaugt werden", "Muster für den Labortest ist identisch mit Muster der Grossversuche" oder "geeignet für Recyclinganlagen". Für die Anbieter werde dadurch nicht hinreichend klar, an welchen Vorgaben ihr Angebot letztlich gemessen werde, worin ebenfalls ein Verstoß gegen das Klarheits- und Transparenzverbot zu erkennen sei.

**9.2** Die Vergabestelle hält dem entgegen, es läge in ihrem Ermessen, wie sie die Ausschreibungsunterlagen ausformulieren würde. Wichtig sei, dass die Bedingungen für alle potenziellen Anbieter gleich seien und dass das Prinzip der Gleichbehandlung erfüllt werde, was vorliegend gegeben sei.

Der Detaillierungsgrad müsse ausserdem verhältnismässig und für alle Betroffenen akzeptabel sein. Die hinreichende Klarheit und Ausführlichkeit sei vorliegend erbracht worden.

**9.3** Gemäss Art. 12 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 16a aVöB bezeichnet die Vergabestelle die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, Vergabe- und Vertragsunterlagen, wobei die Anforderungen an die geforderten Leistungen in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit umschrieben sein müssen (vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 2010, S. 10 zu Art. 16a Abs. 1 aVöB). Dabei ist hinsichtlich der Transparenz grundsätzlich zwischen der Transparenz zum Voraus (ex ante) und im Nachhinein (ex post) zu unterscheiden (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 "Gebäudeautomation ETH"). Die Transparenz soll die Vorbedingungen für ein inhaltlich korrektes Verfahren sein und die Überprüfung desselben absichern. Zum einen geht es dabei um Klarheit über das Verfahren, die in diesem Verfahren geltenden Regeln und die verfahrensgegenständliche Leistung zum Voraus (ex ante), zum anderen um die Verständlichkeit des Verfahrensablaufes im Nachhinein (ex post). Für die Ausschreibungsunterlagen, welche den Beschaffungsgegenstand beschreiben und die wichtigsten Eckpunkte, Teilschritte und Spielregeln des Verfahrens bekannt geben, ist grundsätzlich eine Transparenz ex ante notwendig (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 24 und 25).

**9.4** Gleichzeitig verfügt die Vergabebehörde bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt auch für die Festlegung der technischen Spezifikationen. Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017/3 E. 4.3.3; 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.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

**9.5** Der breite Ermessensspielraum in Bezug auf die Ausgestaltung der Vergabekriterien dient auch dazu, Vergabestellen vor überhöhten Erwartungen der Anbieter an die "richtige" Ausschreibung zu schützen. Das wird beispielsweise dann deutlich, wenn die Beschwerdeführerin ausführen lässt, ein in den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen umschriebenes Testverfahren, wonach ein Fahrzeug mit aufgeklebter, verschmutzter Folie

drei Mal durch die Waschanlage fahre, wobei eine Farbabstandsmessung und eine Glanzgradmessung der Folien die Basis für einen Vergleich mit der Referenzfläche darstelle, sei nicht ausreichend definiert. Vielmehr müsse bereits in den Ausschreibungsunterlagen zusätzlich auch noch der Folientyp, die Art der Verschmutzung sowie der Verschmutzungsgrad erwähnt sein. Dem kann nicht gefolgt werden. Die entsprechende Formulierung ist ausreichend transparent, die Vergabestelle hat ihr entsprechendes Ermessen nicht überschritten. In Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin ist allerdings festzuhalten, dass Ausschreibungsunterlagen, welche technische Mindestanforderungen mithilfe von Referenzen festlegen ("gleich sauber wie Referenzfläche"), diese Referenzen ebenfalls in den Ausschreibungsunterlagen bekannt geben müssen, ansonsten die technischen Mindestanforderungen – deren Nichteinhaltung immerhin zum Ausschluss führen kann bzw. muss – nicht ausreichend definiert sind.

**9.6** Die von der Beschwerdeführerin gerügten Formulierungen der technischen Spezifikationen erfüllen somit die Vorgaben in Bezug auf Klarheit und Vollständigkeit zwar nicht optimal, jedoch erweisen sie sich nicht als geradezu rechtswidrig und liegen weiterhin im Ermessensspielraum der Vergabestelle, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

**10.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 4.4 hiervor), 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. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]); 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 überwiegend obsiegt. Ihr sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat nach Massgabe ihres überwiegenden Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, welcher sich erst nach Einreichung der Beschwerde als Rechtsvertreter konstituierte, weist mit der Honorarnote vom 23. Oktober 2020 einen Stundenaufwand von 26 Stunden und einen Stundensatz von Fr. 350.– sowie Auslagen in der Höhe von Fr. 250.– auf, was mit Blick auf Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 VGKE als angemessen erscheint (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 11). Demnach ist von einer Parteientschädigung zu Lasten der Vergabestelle von Fr. 9'350.– auszugehen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird; die Ausschreibung vom 28. Januar 2020 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. 10'000.– 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. 9'350.– zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. Simap-Projekt-ID 187052; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 72 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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 15. März 2021