



Urteil vom 20. März 2024

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Christian Winiger,
Gerichtsschreiberin Corine Knupp.

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

armasuisse Immobilien,
Vergabestelle,

B. _____ AG,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag und Ausschluss betreffend das Projekt
"Weiterentwicklung und Sanierung EAZ Schwarzenburg
Submissionspaket 7";
SIMAP-Projekt-ID: 263415;
SIMAP-Meldungsnummer: 1369939.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 22. August 2023 schrieb armasuisse Immobilien (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP unter dem Projekttitel "Weiterentwicklung und Sanierung EAZ Schwarzenburg" das Submissionspaket 7 als Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1357545). Gegenstand des Gesamtprojekts bilden diverse Sanierungen der Gebäude A-G und des Wohnhauses sowie die Anpassung der Umgebung des Eidgenössischen Ausbildungszentrums Schwarzenburg (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Das Submissionspaket 7 wurde in drei Teile unterteilt (Beschaffungsnummern 1-3). Die Beschaffungsnummer 2 beinhaltet Zimmer- und Tischlerarbeiten, die wie folgt umschrieben werden (Ausschreibung, Ziff. 2.4):

"Gebäude A, B und C: Installieren und montieren von Möbel, WC-Trennwänden, Auflagefläche für Waschtisch, Einbauschränke, Bettmöbel.
Wohnhaus: Küche, Einbauschränke und Handlauf."

A.b Innert der bis am 2. Oktober 2023 gesetzten Frist gingen zwei Angebote ein, darunter dasjenige der A. _____ AG.

A.c Am 11. Oktober 2023 erteilte die Vergabestelle der B. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 385'062.50 den Zuschlag für die Beschaffungsnummer 2 und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 17. Oktober 2023 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1369939).

A.d Mit Schreiben vom 17. Oktober 2023 teilte die Vergabestelle der A. _____ AG unter Hinweis auf die soeben erwähnte SIMAP-Publikation mit, dass ihr Angebot nicht in allen Teilen ausschreibungskonform gewesen sei und sie es deshalb von der Evaluation ausgeschlossen habe. Das Angebot habe keine Referenzen von mindestens Fr. 250'000.– (Eignungskriterium E1) und keine Angaben zum Umsatz der Unternehmung in den letzten drei Jahren (Eignungskriterium E2) enthalten. Der Zuschlag sei der Zuschlagsempfängerin erteilt worden.

B.

B.a Mit Eingabe vom 2. November 2023 erhob die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen den Ausschluss ihres Angebotes und

den Zuschlag vom 11. Oktober 2023 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt sinngemäss, der Ausschluss ihres Angebotes aus dem Verfahren und der Zuschlag seien aufzuheben.

B.b Die (im vorliegenden Verfahren nicht anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin rügt, das Schreiben vom 17. Oktober 2023 enthalte keine Rechtsmittelbelehrung. Daher liege keine formale Verfügung vor. Zudem sei der Ausschluss ihres Angebotes ungerechtfertigt. Sie habe aufgrund von Geheimhaltungsvereinbarungen bei den angegebenen Referenzprojekten keine Angaben zu den Auftragssummen machen können. Es sei jedoch offensichtlich, dass es sich bei ihren Referenzen um Aufträge mit Baukosten von weit über den verlangten Fr. 250'000.– handle. Ebenso sei angesichts der Zahl Beschäftigter in ihrer Unternehmung ([...] Vollzeitstellen und [...] Teilzeitstellen) klar, dass ihr Umsatz den geforderten Wert des Doppelten der Angebotssumme übersteige. Zudem sei ihr Angebot um Fr. 68'135.86 günstiger ausgefallen als jenes der Zuschlagsempfängerin.

B.c Die Beschwerde enthält kein Gesuch um aufschiebende Wirkung.

C.

C.a Mit Verfügung vom 16. November 2023 wurde die Vergabestelle ersucht, eine Vernehmlassung sowie die vollständigen Akten betreffend das vorliegende Vergabeverfahren einzureichen. Gleichzeitig wurde der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit gegeben, eine allfällige Beschwerdeantwort einzureichen.

C.b Innert erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 18. Januar 2024 ihre Vernehmlassung ein. Sie beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

C.c Zur Begründung hält sie fest, dass gemäss Ziff. 3.1 der Ausschreibung u.a. Referenzen über die Ausführung von zwei vergleichbaren realisierten Projekten (insbesondere bezüglich Baukosten von min. Fr. 250'000.–) sowie eine Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung (in den der Ausschreibung vorangegangenen drei Jahren) hätten vorgelegt werden müssen. Die Beschwerdeführerin habe zu den Umsätzen der letzten drei Jahren keine und zu den beiden Referenzobjekten nur sehr allgemeine Angaben gemacht. Insbesondere seien die konkreten Referenzpersonen, die Telefonnummern, die Bauzeit und die Auftragssumme nicht genannt worden. Da es sich bei diesen ausdrücklich verlangten Angaben um zwingende Voraussetzungen für den Vergleich der Angebote handle, habe sie

das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen. Die im Beschwerdeverfahren nachgeschobene Berufung der Beschwerdeführerin auf Geheimhaltungsgründe verfange nicht, zumal im Vergabeverfahren alle Angebote vertraulich zu behandeln seien (Art. 11 Bst. e des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Zur Rüge der fehlenden Rechtsmittelbelehrung entgegnet die Vergabestelle schliesslich, dass die SIMAP-Publikation, auf welche das Absageschreiben vom 17. Oktober 2023 verweise, eine Rechtsmittelbelehrung enthalte.

C.d Die Beschwerdegegnerin reichte innert Frist keine Stellungnahme ein.

D.

Mit Verfügung vom 22. Januar 2024 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, eine allfällige abschliessende Stellungnahme einzureichen, wovon sie keinen Gebrauch machte (vgl. Verfügung vom 27. Februar 2024).

E.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) findet dieses Gesetz Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

1.2 Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b BöB können Verfügungen (Art. 53 BöB, s. E. 1.3) dieser Auftraggeberinnen (Art. 4 BöB, s. E. 1.4) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Bauleistungen betreffen, deren Wert den für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert erreichen (Anhang 4 Ziff. 1 BöB, s. E. 1.5-1.7), und der betreffende Auftrag nicht unter eine der Ausnahmen gemäss Art. 10 BöB fällt oder eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB darstellt (Art. 52 Abs. 5 BöB, s. E. 1.8; Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1 «*Gare de Gruyères / travaux de génie civil*»).

1.3

1.3.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere gegen den Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB) und den Ausschluss aus dem Verfahren (Art. 53 Abs. 1 Bst. h BöB).

1.3.2 Vorliegend beantragt die Beschwerdeführerin, wie erwähnt, sinngemäss die Aufhebung des Ausschlusses und des Zuschlages vom 11. Oktober 2023. Die auf der Internetplattform SIMAP publizierte Zuschlagsverfügung vom 17. Oktober 2023 stellt ohne Weiteres ein zulässiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 53 BöB dar. Das Schreiben vom 17. September 2023, mit welcher die Vergabestelle der Beschwerdeführerin ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren mitteilte und im Übrigen auf die elektronische Publikation des Zuschlags auf der Internetplattform SIMAP verwies, ist demgegenüber lediglich als Orientierungsschreiben und nicht als Verfügung zu qualifizieren (Urteile des BVGer B-5403/2023 vom 1. Februar 2024 E. 1.1 «*Geologische Vektordaten GeoCover 3*»; B-4969/2017 vom 24. September 2018 E. 2.2 «*Bauherrenvermessung Nationalstrasse 1*»; B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 1.4.1 «*Studie Schienengüterverkehr*»). Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist demnach die publizierte Zuschlagsverfügung vom 17. Oktober 2023 mit implizitem Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin.

1.4 Die angefochtene Verfügung muss sodann von einer dem Gesetz unterstellten Vergabebehörde stammen (Art. 4 BöB). Die Vergabestelle untersteht als Verwaltungseinheit der Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB, Art. 12a Abs. 1 der Organisationsverordnung vom 7. März 2003 für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport [OV-VBS; SR 172.214.1]).

1.5 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung von einem Bauauftrag aus. Die zu beschaffende Leistung hat Schreinerarbeiten bzw. die Installation und Montage von Möbeln (Einbauschränke, Bettmöbel, etc.), Trennwänden, einer Küche und von Handläufen zum Inhalt (Ausschreibung, Ziff. 2.4). Die Einstufung als Bauauftrag erweist sich daher als zutreffend.

1.6

1.6.1 Im Folgenden zu prüfen ist, ob die ausgeschriebene Bauleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht, was nur dann zutrifft, wenn sie in Anhang 1 Ziff. 1 BöB aufgelistet ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Hierfür massgebend ist die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (Classification centrale des produits/Central Product Classification, CPC [prov]; Urteil B-4157/2021 E. 1.1.3 «*Gare de Gruyères / travaux de génie civil*» m.w.H.).

1.6.2 Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer 45422000 als "Zimmer- und Tischlerarbeiten" ausgeschrieben (Ausschreibung, Ziff. 2.4). Diese CPV-Referenznummer entspricht der Sache nach Bauarbeiten für Hochbauten der CPC prov. 512, die in Ziffer 2 des Anhanges 1 BöB erwähnt sind. Die ausgeschriebenen Arbeiten unterstehen somit grundsätzlich dem Staatsvertragsbereich, wenn sie den Schwellenwert gemäss Anhang 4 Ziff. 1 BöB erreichen (Art. 8 Abs. 4 BöB).

1.7

1.7.1 Daher ist als nächstes zu klären, ob der Wert des zu vergebenden öffentlichen Bauauftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht (Art. 8 Abs. 4 und Art. 16 i.V.m. Anhang 4 BöB). Der Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich beträgt bei der Beschaffung von Bauleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 1 BöB 8,7 Mio. Fr. (Anhang 4 Ziff. 1.1 BöB).

1.7.2 Ob der Schwellenwert erreicht ist, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (vgl. Art. 15 Abs. 1 BöB; Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBI 2017 1851, 1919). Dabei sind nach der sogenannten Bauwerksregel mehrere Bauleistungen zusammenzurechnen und es ist von deren Gesamtwert auszugehen, wenn die Bauleistungen Teil des gleichen zusammenhängenden Gesamtbauvorhabens sind und nicht die Bagatellklausel greift (Art. 16 Abs. 4 BöB; Urteile des BVGer B-3534/2021 vom 17. Mai 2022 E. 2.2.4 f. «*Gussasphalt-Instandhaltung*», B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 3.2.1 f. «*MÜLS Tunnel Schlund und Spiel [A2 Luzern]*», B-5941/2019 vom 19. Februar 2020 E. 3.1 ff. «*Datennetzwerkkomponenten*», je m.w.H.).

1.7.3 Der vorliegende Bauauftrag für Zimmer- und Tischlerarbeiten an den Gebäuden A, B und C sowie am Wohnhaus bildet gemäss den Angaben der Vergabestelle Teil des Projekts "Weiterentwicklung und Sanierung EAZ Schwarzenburg". Das Gesamtprojekt beinhaltet, wie bereits erwähnt, diverse Sanierungen der Gebäude A-G und des Wohnhauses sowie die Anpassung der Umgebung (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Kosten des Gesamtprojektes wurden in der Armeebotschaft 2021 vom 17. Februar 2021 beziffert (BBI 2021 372 Ziff. 4.7.6). Die eidgenössischen Räte hiessen am 8. Juni 2021 und 23. September 2021 mit dem Bundesbeschluss über das Immobilienprogramm VBS 2021 den entsprechenden Verpflichtungskredit von 34 Mio. Fr. gut (AB 2021 N 1135; 2021 S 951).

1.7.4 Daraus folgt, dass mit dem hier zu beurteilenden Beschaffungsvorhaben der Schwellenwert von 8,7 Mio. Fr. für Bauaufträge deutlich überschritten wird. Die Vergabestelle hat die in Frage stehende Beschaffung nicht der Bagatellklausel (Art. 16 Abs. 4 BöB) unterstellt und somit korrekterweise im offenen Verfahren ausgeschrieben. Somit ist auch der für die Zulässigkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht massgebende Schwellenwert überschritten (Art. 52 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Anhang 4 BöB).

1.8 Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine Vergabe öffentlicher Aufträge gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

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

2.

2.1 Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

2.2 Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde, ist sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt.

2.3

2.3.1 Ein schutzwürdiges Interesse hat eine unterlegene Anbieterin praxisgemäss nur dann, wenn sie bei Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen kann (BGE 141 II 14 E. 4 ff. «*Monte Ceneri*» m.w.H.). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten.

2.3.2 Wie erwähnt, beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Sie habe ein günstigeres Angebot eingereicht als die Zuschlagsempfängerin.

2.3.3 Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen und die Ausschlussgründe verneinen, so hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, den Zuschlag selber zu erhalten. Denn es sind nur zwei Angebote eingegangen und der Angebotspreis wird gemäss den Zuschlagskriterien mit 80% gewichtet. Die Beschwerdeführerin hat somit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

2.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

2.5 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3.

3.1 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, sie habe keine formal korrekte Verfügung erhalten. Eine Rechtsmittelbelehrung sei ihr vor-enthalten worden, denn auf dem Schreiben vom 17. Oktober 2023 fehle eine solche.

3.2 Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung darf für die Betroffenen kein Nachteil entstehen (Art. 38 VwVG). Die Mangelhaftigkeit der Eröffnung hat jedoch nur Folgen, wenn die Betroffenen einem Irrtum unterliegen und aufgrund dieses Irrtums einen Nachteil erleiden. Im Fall einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung erleidet der Betroffene keinen Nachteil, wenn er trotzdem das richtige Rechtsmittel fristgerecht einreicht (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 641 und 646).

3.3 Gemäss Art. 51 Abs. 1 BöB eröffnet die Auftraggeberin Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieterinnen. Bei Ausschlussverfügungen steht es der Vergabestelle frei, zwischen einem expliziten, individuell verfügten Ausschluss und einem impliziten Ausschluss im Rahmen der Zuschlagsverfügung zu wählen (PASCAL BIERI, in: Trüb, *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, Art. 51 N. 15). Ein Anspruch auf eine individuelle Ausschlussverfügung besteht nicht (BVG 2007/13 E. 1 «*Vermessung Durchmesserlinie*»; LAURA LOCHER, *Handkommentar*, Art. 44 N. 8).

3.4 Wie in E. 1.3.2 oben erwähnt, stellt das Schreiben der Vergabestelle vom 17. Oktober 2023, mit welchem der Beschwerdeführerin der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren mitgeteilt wurde, lediglich ein Orientierungsschreiben dar. In diesem Orientierungsschreiben wird ausdrücklich auf die SIMAP-Publikation verwiesen. Die im SIMAP am 17. Oktober 2023 publizierte Zuschlagsverfügung mit implizitem Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin enthält eine Rechtsmittelbelehrung. Folglich erweist sich die Rüge der fehlenden Rechtsmittelbelehrung als unbegründet.

3.5 Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin unbestritten fristgerecht Beschwerde erhoben, womit sie ohnehin keinen Nachteil erlitten hat

(vgl. Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 3.2 «Gebäudeautomation ETH»).

4.

4.1 In materieller Hinsicht ist nachfolgend zu untersuchen, ob die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu Unrecht wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien vom Verfahren ausgeschlossen hat.

4.2

4.2.1 Die Vergabestelle begründete den Ausschluss des Angebotes der Beschwerdeführerin, wie erwähnt, mit den fehlenden Referenzen von mindestens Fr. 250'000.– und den fehlenden Angaben zum Umsatz der Unternehmung. Sie beurteilte diese ausdrücklich geforderten Angaben zu den Eignungskriterien 1 und 2 als zwingende Voraussetzungen für den Vergleich der Angebote. Es handle sich nicht um Nebenpunkte oder geringfügige Formalitäten, die ohne Benachteiligung von anderen Anbietern durch einfache Nachfrage hätten behoben werden können.

4.2.2 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sie habe die geforderten Angaben zu den Referenzprojekten aufgrund von Geheimhaltungsvereinbarungen nicht machen können. Es sei aber sowohl bei den Referenzprojekten als auch beim Gesamtumsatz erkennbar, dass die von der Vergabestelle geforderten Werte überschritten sei. Bei Referenzprojekt 1 ergebe sich eine Bausumme von über Fr. 250'000.– aus der jeweiligen Bauherrschaft, den Architekten und den Arbeitsgegenständen; bei Referenzprojekt 2 aus dem angegebenen Umfang eines Hotelprojekts mit 316 Hotelzimmern. Die angegebene Anzahl an Voll- und Teilzeitstellen lasse zudem darauf schliessen, dass ihr Umsatz das Zweifache der Angebotssumme übersteige, womit auch diese Vorgabe erfüllt sei.

4.3

4.3.1 Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen (Art. 27 Abs. 2 BöB).

4.3.2 Gemäss Art. 27 Abs. 1 BöB legt die Auftraggeberin die Eignungskriterien in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen abschliessend fest; die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Sie dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche imstande sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE

2019 IV/1 E. 3.3 «*cotisations sociales*» und 2010/58 E. 6.1 «*Privatisierung I*»).

4.3.3 Die Auftraggeberin kann ein Angebot vom Vergabeverfahren namentlich dann ausschliessen, wenn die Anbieterin die Teilnahmebedingungen nicht erfüllt (Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB), das Angebot wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB). Eignungskriterien sind nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 m.H. «*Sammlung und Transport von Siedlungsabfall*»; Urteil des BGer 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4 m.H. «*Lieferung und Vermietung von Kehrblasgeräten zur Schneeräumung*»). Bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums muss deshalb ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (BGE 145 II 249 E. 3.3 «*système de levage*»; Urteil des BGer 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 4.3 «*Brandschutzkleidung Feuerwehren Kanton Aargau*»; Urteil des BVGer B-415/2023 vom 16. Mai 2023 E. 5.1 und 5.1.4 «*Roaming / IMS Plattform 4G*»; LAURA LOCHER, Handkommentar, Art. 44 N. 12).

4.4

4.4.1 Die Vergabestelle formulierte für das vorliegende Vergabeverfahren drei Eignungskriterien und listete diese in Ziff. 3.8 der Ausschreibung auf.

4.4.2 Betreffend das Eignungskriterium 1 "*Technische Leistungsfähigkeit*" verlangte sie Referenzen von zwei hinsichtlich Komplexität und Umfang vergleichbaren Projekten (Ausschreibung, Ziff. 3.8). Sie gab vor, dass diese aktuellen Datums sein müssen (nicht älter als 10 Jahre) und pro Referenzprojekt die Baukosten des Gewerkes min. Fr. 250'000.– zu betragen haben. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren die entsprechenden Angaben im zur Verfügung gestellten Formular 3 zu machen. Dabei war insbesondere was folgt zu nennen:

- Name und Kurzbeschreibung der Referenz,
- Nennung des Auftraggebers / der Bauherrschaft inkl. Referenzperson und Telefonnummer sowie Angabe der ausgeführten Arbeiten, des Zeitpunktes der Inbetriebnahme, der Bauzeit und der Auftragssumme,

- Begründung, weshalb die Referenz geeignet ist, die Erfahrung und fachliche Kompetenz des Unternehmens für die ausgeschriebene Aufgabe gut darzustellen (nachfolgend: Begründung).

Ferner waren dem Angebot eigene Referenzblätter mit Beschrieb und Fotos beizulegen, wobei der Umfang maximal eine A4-Seite pro Referenzprojekt betragen durfte.

4.4.3 Hinsichtlich des Eignungskriteriums 2 "*Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit*" forderte die Vergabestelle in Ziff. 3.8 der Ausschreibung eine Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in den vorangegangenen drei Jahren. Dabei hatte der gemittelte Jahresumsatz mindestens doppelt so gross zu sein wie die Angebotssumme für die Leistungen der ausgeschriebenen Aufgabe. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen war hierfür das zur Verfügung gestellte Formular 2 zu verwenden. Zu nennen waren namentlich die Umsätze in der massgebenden Geschäftseinheit der Jahre 2019, 2020 und 2012 sowie die Anzahl Projekte und die Anzahl beschäftigter Mitarbeiter bzw. Vollzeitstellen.

4.5 Die Beschwerdeführerin reichte der Vergabestelle mit ihrem Angebot sowohl das Formular 3 als auch das Formular 2 ein.

4.5.1 Im eingegebene Formular 3 nannte die Beschwerdeführerin zwei Referenzprojekte mit deren Kurztitel und dem Auftraggeber bzw. der Bauherrschaft. Zudem enthielt das Formular für die beiden Referenzen die nachfolgenden Angaben hinsichtlich Kurzbeschrieb, ausgeführter Arbeiten und Begründung:

- Referenz 1: Kurzbeschrieb: "*Baranlage, Innenausbau, Mobiliarentwicklung Herstellung*"; Ausgeführte Arbeiten: "*Innenausbau, Schreinerarbeiten / Metallbau*"; Begründung: "*Leistungsfähigkeit, geforderte Qualität, Ausführung Diversität*"
- Referenz 2: Kurzbeschrieb: "*Hoteleinrichtung, Zimmermöbel, 316 Zimmer*"; Ausgeführte Arbeiten: "*Schränke, Zimmermöbel*"; Begründung: "*Komplexitätsübersicht, Systeme*".

Bei Referenz 1 gab die Beschwerdeführerin ausserdem an, dass die Referenzperson auf Anfrage bekannt gegeben werde. Bei Referenz 2 nannte sie zusätzlich den Zeitpunkt der Inbetriebnahme. Zur reinen Bauzeit und der Auftragssumme machte sie bei beiden Referenzprojekte keine Anga-

ben. Bei Referenz 1 fehlte überdies die Angabe zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme und bei Referenz 2 die Referenzperson inkl. Telefonnummer. Ferner verzichtete sie auf zusätzliche Referenzblätter mit Beschrieb und Fotos.

4.5.2 Im Formular 2 zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit machte die Beschwerdeführerin unbestritten keine Angaben zu ihren Umsätzen und zur Anzahl Projekte. Die Zahl beschäftigter Mitarbeiter und Vollzeitstellen gab sie mit [...] bzw. [...] an.

4.6

4.6.1 Fest steht somit, dass das Angebot der Beschwerdeführerin keine Referenzprojekte mit Nennung der Baukosten (Vorgabe: mindestens Fr. 250'000.–) sowie keine Erklärung über den Gesamtumsatz (Vorgabe: mindestens das Zweifache der Angebotssumme) enthält. Bei diesen von der Vergabestelle geforderten Angaben handelt es sich allerdings um Muss-Kriterien.

4.6.2 Soweit die Beschwerdeführerin implizit geltend macht, die geforderte ausdrückliche Nennung der Bausummen und Umsätze sei für die Vergabestelle – wenn die Anforderungen aus anderen Gründen erfüllt erscheinen – nicht von Bedeutung, ist was folgt festzuhalten: Art. 53 Abs. 2 BöB bestimmt, dass Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung anzufechten sind. Entsprechend darf die Anbieterin mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr vorbringen, die sie bereits mit Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte geltend machen können. Solche Rügen gelten als verwirkt (BVGE 2014/14 E. 4.4 «*Suchsystem Bund*»; Urteile des BVGer B-415/2023 E. 4.4 «*Roaming / IMS Plattform 4G*», B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 3.3 «*Transportwagen*», B-3534/2021 vom 17. Mai 2022 E. 4.2 «*ALC-O Aussenstelle Emmen*» und B-255/2021 vom 30. Juni 2021 E. 2.1 m.H. «*Remplacement de 5 PS sur la N01*»; vgl. MARTIN ZOBL, Handkommentar, Art. 53 N. 7 und 21 ff.). Vorliegend erweisen sich die in den Ausschreibungsunterlagen befindenden Anordnungen, dass die Baukosten der beiden Referenzprojekte und der Umsatz der Unternehmung explizit zu nennen sind, hinsichtlich ihrer Bedeutung klar und leicht erkennbar (s. E. 4.4.2 oben). Die Rüge, die Angabe des Umsatzes und der Baukosten bei den Referenzobjekten sei für die Vergabestelle nicht von Bedeutung, erweist sich daher als verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

4.6.3 Ohne Nennung der Baukosten der Referenzprojekte war eine Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht möglich, zumal sich auch die weiteren Angaben zu den Referenzprojekten als teilweise lückenhaft erwiesen sowie sehr kurz und allgemein ausfielen (s. E. 4.5.1 oben). Die Vergabestelle konnte sich gestützt auf die vorhandenen Angaben kein genügendes Bild über die Referenzprojekte und damit über die Erfahrung und fachliche Kompetenz der Beschwerdeführerin für die ausgeschriebene Aufgabe machen. Eine Beurteilung, ob die Beschwerdeführerin imstande ist, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen, war daher nicht hinreichend möglich. Auch ein Vergleich der eingegangenen Angebote war gestützt auf die vorhandenen Angaben nicht sachgerecht durchführbar.

4.6.4 Gleiches gilt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Diese ist ohne eine Erklärung über den Umsatz und ohne Nennung der Anzahl Projekte nicht ausreichend zu beurteilen, auch wenn – wie die Beschwerdeführerin festhält – die Anzahl Voll- und Teilzeitstellen in ihrem Betrieb darauf hindeutet, dass ihr Umsatz das Doppelte der Angebotssumme überschreitet.

4.6.5 Es liegen keine bloss formalen Mängel untergeordneter Bedeutung vor. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien "*Technische Leistungsfähigkeit*" und "*Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit*" kann daher nicht als überspitzter Formalismus gewertet werden.

4.6.6 Schliesslich verfängt auch die Berufung der Beschwerdeführerin auf Geheimhaltungsgründe nicht. Die Vergabestelle hat nach Art. 11 Bst. e BöB bei der Vergabe öffentlicher Aufträge den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieterinnen zu wahren. Demnach haben Anbieterinnen während des Vergabeverfahrens Anspruch auf Schutz ihrer Daten und Geschäftsgeheimnisse (KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 11 N. 21 f.; TRÜEB/CLAUSEN, Wettbewerbsrecht II Kommentar BöB, Art. 11 N 10). Berufung sich eine Anbieterin – wie vorliegend – in Bezug auf die Unvollständigkeit ihrer Offertangaben bzw. betreffend die Erfüllung der Anforderungen auf Geschäftsgeheimnisse, erfolgt dies daher auf eigenes Risiko.

4.7 Als Fazit lässt sich festhalten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Eignungskriterien E1 und E2 nicht erfüllt und zu Recht aus dem Verfahren ausgeschlossen wurde.

5.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

6.2 Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

6.3 Ausgangsgemäss hat die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vergabestelle ist als verfügende Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE nicht entschädigungsberechtigt und die ebenfalls nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat keine Parteirechte ausgeübt. Entsprechend ist auch der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids wird dieser Betrag dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Corine Knupp

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 25. März 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 263415;
Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)