Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
{T 0/2}

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-5865/2007/amm/hus

Zwischenentscheid vom 3. Dezember 2007

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz), Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner; Gerichtsschreiber Said Huber

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ GmbH,
vertreten durch Fürsprecher Beat Luginbühl,
Beschwerdeführerin,

gegen

Y. _____ SAS,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Gersbach,
Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin),

Bundesamt für Landwirtschaft (BLW),
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen
(Zuschlagsverfügung vom 14. August 2007 betreffend Ohrmarken, Ohrmarkenzangen und Dienstleistungen)

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Das BLW (Sektion Tierische Produkte und Tierzucht) schrieb am 22. Januar 2007 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) unter dem Projekttitel "Ohrmarken, Ohrmarkenzangen und Dienstleistungen" einen Lieferauftrag im offenen Verfahren aus. Für den administrativen Bereich wurde das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) als zuständig bezeichnet. Gegenstand dieses Lieferauftrags bildet die "Lieferung von Plastik-Ohrmarken zur Markierung von Klauentieren. Lieferung von Genotyp Ohrmarken zur Markierung von Rindern bis Ende 2010. Beschriftung der Ohrmarken gemäss europäischen Normen und Vorgaben des Bestellers. Konfektionierung der Sendung für den Versand der Ohrmarken an die ca. 60'000 Schweizer Tierhalter. Lieferung von zu den Ohrmarken passenden Ohrmarkenzangen." In der Ziff. 3.6 der Ausschreibung wurden die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen bekanntgegeben. Bezüglich der Zuschlagskriterien wurde auf die in den Unterlagen genannten Kriterien verwiesen. Im Pflichtenheft zum WTO Projekt (703) 708.000 werden die grundsätzlichen Anforderungen an die zu beschaffenden Ohrmarken, Ohrmarkenzangen und Dienstleistungen formuliert, die verlangten Eignungskriterien für die an der Ausschreibung teilnehmenden Anbieter, die technischen Spezifikationen sowie die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung aufgelistet. Als Schlusstermin für die Einreichung der Angebote wurde der 8. März 2007 festgesetzt.

Vier Firmen, darunter die X._____ GmbH und die Y._____ SAS, reichten fristgerecht Offerten ein.

Die Vergabestelle gab den beiden Anbieterinnen am 25. Juli 2007 Gelegenheit zu einer Präsentation der Genotyp-Rinderohrmarken.

B.
Am 14. August 2007 erteilte das BBL den Zuschlag für die Lieferung von Ohrmarken, Ohrmarkenzangen und das Erbringen von Dienstleistungen zum Betrag von Fr. 9'348'883.- an die Y._____ SAS und veröffentlichte den Zuschlag im SHAB Nr. 155 vom 14. August 2007. Es teilte gleichentags der X._____ GmbH schriftlich mit, ihr Angebot sei nicht berücksichtigt worden.

C.
Mit Eingabe vom 4. September 2007 focht die X._____ GmbH (Beschwerdeführerin) den Vergabeentscheid vom 14. August 2007 beim Bundesverwaltungsgericht an mit dem Antrag, den Zuschlag aufzuheben und an sie zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur vollständigen Feststellung des Sachverhaltes bzw. zur Neubeurteilung an das BLW zurückzuweisen. Zudem stellt sie den prozessualen Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Des Weiteren beantragt sie, es sei ihr Akteneinsicht in die amtlichen Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren.

Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, anlässlich des Debriefings habe die Vergabestelle erläutert, dass ausschliesslich der tiefere Preis (Angebot X._____ GmbH: Fr. 10'817 Mio. - Angebot Y._____ SAS: Fr. 9'348 Mio.) zur Vergabe des Auftrages an die Y._____ SAS (Zuschlagsempfängerin) geführt habe und beide Unternehmen die übrigen Kriterien und Voraussetzungen gleichermassen erfüllten. Die Beschwerdeführerin rügt, die Genotyp Rinderohrmarken der Zuschlagsempfängerin erfüllten nicht alle im Pflichtenheft genannten Bedingungen der technischen Spezifikation Nr. 4 (TS 4). In dessen Ziff. 2.7.2 werde verlangt, dass die Probeentnahme im Verlauf des Stanzprozesses luftdicht und fälschungssicher verschlossen werden müsse. Die gleiche Anforderung gelte auch für Genotyp - Rinderstanzproben. Zu Unrecht habe die Vergabestelle beim Produkt der Zuschlagsempfängerin die Anforderungen betr. Luftdichtigkeit bzw. Fälschungssicherheit als erfüllt erachtet.

Zudem erfülle die Ohrmarke der Zuschlagsempfängerin die einschlägigen Zulassungsbedingungen des Bundesamtes für Veterinärwesen (BVET) nicht, wonach Dorn und Lochteil so auszugestalten seien, dass sie nach korrektem Anbringen nicht ohne sichtbare Beschädigung des Ohres des Tieres oder der Ohrmarke wieder entfernt werden können. Diese lasse sich unbeschädigt öffnen, was deren Wiederverwendung als amtliches Kennzeichen ermögliche und gleichzeitig deren Fälschungssicherheit ausschliesse.

Ferner habe nach der Offertstellung die Y._____ SAS vermutlich ihr Produkt nachgebessert. Deren Herr A._____ habe am 19./20. Juni 2007 - wie einer DVD-Videoaufzeichnung zu entnehmen sei - zu den etikettierten Proberöhrchen ausgeführt, dass später direkt beschriftete Proberöhrchen verfügbar sein sollten.

Die Beschwerdeführerin weist zudem darauf hin, sie erfülle seit zwei Jahren die Anforderungen für Genotyp Rinderohrmarken, nachdem ihr Produkt "FlexoPlus Geno" wie auch die Universalohrmarkenzange am 3. Oktober 2005 vom BVET zugelassen worden seien. Sie verfüge auch über ein vollständiges Konzept zur automatisierten Verarbeitung von Proben im Labor und unterhalte regelmässige Kontakte zu Schweizer Laboratorien. Die Ohrstanzprobentechnik werde zur Bekämpfung des BVD-Virus beim Rind eingesetzt. Das Produkt der Zuschlagsempfängerin erfülle die einschlägigen technischen Anforderungen nicht. Dies stelle das Konzept des BLW und des BVET zur Ausmerzung der Bovine Virus-Diarrhoe (BVD) in Frage.

Des Weitern macht die Beschwerdeführerin geltend, wegen des im Ergebnis günstigeren Preises hätte die Vorinstanz ihr den Zuschlag erteilen müssen. Sie habe in ihrer Offerte Rückstellungen wegen eines in Deutschland hängigen Patentrechtstreites eingerechnet. Sie sehe dem Ausgang dieses Gerichtsverfahrens mit Optimismus entgegen, weshalb die vorgenommene Rückstellung für den Fall eines negativen Entscheides nicht mehr notwendig sei. Somit reduziere sich der Offertpreis um den Betrag von Fr. 1'613'527.- auf Fr. 9'204'377.-, so dass ihr Angebot vorteilhafter sei als dasjenige der Zuschlagsempfängerin.

Die aufschiebende Wirkung sei zu gewähren, wenn sich eine Beschwerde nicht als offensichtlich unbegründet erweise. Diese Voraussetzung liege hier vor, da ihre Beschwerde Aussicht auf Erfolg habe.

D.
Mit Verfügung vom 5. September 2007 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollziehungsvorkehrungen, namentlich den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin.

E.
Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 18. September 2007, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Nach Art. 14 Abs. 1 des Tierseuchengesetzes vom 1. Juli 1966 (TSG, SR 916.40) müsse jedes Tier der Rinder-,Schaf-, Ziegen- und Schweinegattung gekennzeichnet und registriert sein. Die Kennzeichnung er-

folge durch das Anbringen von amtlichen Ohrmarken (Plastik-Ohrmarken). Lieferantin der Plastik-Ohrmarken war und sei zurzeit die Beschwerdeführerin.

Neben den gewöhnlichen Ohrmarken sollen neu nun auch Genotyp-Ohrmarken im Rahmen der Ausrottungskampagne der Rinderseuche BVD eingeführt werden. Die Bovine Virus-Diarrhoe (BVD) sei eine seit langem bekannte, viral bedingte Erkrankung bei Rindern, welche den Landwirten jedes Jahr Einbussen von rund neun Mio. Franken verursache. Der Bundesrat habe mit Beschluss vom 12. September 2007 eine am 1. Januar 2008 in Kraft tretende Änderung der Tierseuchenverordnung vom 27. Juni 1995 (TSV, SR 916.401) vorgenommen. Art. 3 Bst. g^{bis} TSV bezeichne neu die BVD als Seuche, die ausgerottet werden müsse. Nach Art. 174*a* Abs. 2 TSV liege BVD vor, wenn das BVD-Virus mit einem vom BVET genehmigten Verfahren nachgewiesen werde. Ein solcher Nachweis erfolge durch die Entnahme von Ohrgewebeproben mittels Gewebeprobe-Rinderohrmarken (sog. Genotyp-Rinderohrmarken), welche anschliessend im Labor analysiert würden. Das Programm zur Ausrottung der Tierseuche BVD sehe vor, dass bis zum Jahresende 2008 insgesamt ca. 1.6 Mio. Rinder auf das BVD-Virus untersucht werden. Danach würden während drei Jahren alle neugeborenen Kälber im Rahmen der vorgeschriebenen Tierkennzeichnung beim Setzen der Ohrmarke beprobt.

Zur Rüge, die Genotyp-Rinderohrmarke der Zuschlagsempfängerin sei nicht luftdicht und fälschungssicher, führt die Vergabestelle aus, sie habe mit dem BVET zusammen die verlangten technischen Anforderungen vor dem Vergabeentscheid geprüft und als erfüllt beurteilt. Zur Rüge hinsichtlich des Preises sei festzuhalten, dass der angebotene Preis für die Evaluation massgebend sei. Eine Preisanpassung nach dem Zuschlag und in Kenntnis des Preises der Gegenofferte sei eine vergaberechtlich unzulässige Nachbesserung.

F.
Am 18. September 2007 liess sich die Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin) vernehmen. Sie beantragt, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Deren Kritik sei offensichtlich unbegründet. Unzulässig sei die Rüge, wonach bei ihrem Produkt die Anforderungen an Luftdichtigkeit und Fälschungssicherheit zu Unrecht als erfüllt betrachtet worden sei-

en. Diese Rüge betreffe einen Ermessensentscheid des Evaluationsteams, der im Beschwerdeverfahren nicht auf Unangemessenheit hin überprüft werden könne. Die Beschwerdegegnerin macht insbesondere geltend, ihr Produkt eigne sich, um analysefähige Gewebeproben für den Nachweis des BVD-Erregers zur Verfügung zu stellen. Es sei in Bezug auf Luftdichtigkeit und Fälschungssicherheit dem Produkt der Beschwerdeführerin zumindest gleichwertig, was auch der Beurteilung des von der Beschwerdeführerin angerufenen Experten entspreche.

Ebenfalls offensichtlich unbegründet sei die Rüge, die von ihr angebotene Ohrmarke lasse sich öffnen und wiederverwenden. Die Ohrmarken seien vom CETIM, einer unabhängigen Prüfstelle in Frankreich, getestet worden. Sämtliche Versuche des CETIM hätten gezeigt, dass die Ohrmarken bei der Öffnung deformiert werden und nicht wiederverwendet werden könnten.

Ferner sei auch der Vorwurf unbegründet, sie habe ihr Angebot nachgebessert. Sie sei in Bezug auf die Beschriftung der Proberöhrchen nicht von ihrer Offerte abgewichen. Die Weiterentwicklung der Beschriftungsart habe Herr A._____ während einer Produktepräsentation im Rahmen eines am 19./20. Juni 2007 in Stendal, Deutschland, durchgeführten BVD-Fachsymposiums erwähnt. Diese Veranstaltung stehe in keinem Zusammenhang mit der Ausschreibung. Im Übrigen habe das Bundesgericht erkannt, dass eine höchst geringfügige Weiterentwicklung der Produkte gegenüber der eingereichen Offerte nicht als Änderung des Angebotes zu qualifizieren sei.

Schliesslich sei auch die Forderung unbegründet, wonach die Vergabestelle den Zuschlag wegen des im Ergebnis günstigeren Preises an die Beschwerdeführerin hätte erteilen müssen. Die Vergabestelle habe auf den in der Offerte genannten Preis abgestellt. Die Beschwerdeführerin habe zu einem Preis von rund Fr. 10'817 Mio. offeriert, der über dem Zuschlagspreis von rund Fr. 9'348 Mio. liege. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei somit mehr als 15 % teurer. Seit der Publikation des Zuschlages wisse die Beschwerdeführerin, dass ihr Angebot rund Fr. 1'469'000 teurer sei als das Angebot, welches den Zuschlag erhalten habe. Nun halte sie eine Rückstellung für den Fall eines negativen Patentrechtsentscheides für nicht mehr notwendig, weshalb der Preis ihrer Offerte um rund 19 % reduziert werden könne. Dies obwohl die Beschwerdeführerin den fraglichen Patentprozess in erster

Instanz verloren habe. Eine Änderung des offerierten Preises verstosse gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Überdies sei der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses an einer raschen Erkennung der befallenen Tiere abzuweisen. Geplant sei, ab Januar 2008 in einer ersten Phase rund 300'000 für die Alpsömmerung vorgesehene Rinder mittels Ohrstanzprobentechnik auf das BVD-Virus zu untersuchen. Diese umfangreiche Testserie brauche einige Vorlaufzeit für alle betroffenen Parteien, insbesondere für die Analyselabors.

G.
Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

1.1 Beim angefochtenen Akt handelt es sich um eine Zuschlagsverfügung. Es gilt zu prüfen, ob diese Verfügung unter den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) fällt. Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind, alle übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11; Art. 1 Bst. b) geregelt.

Das BoeB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BoeB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BoeB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist.

1.1.1 Dem BoeB unterstehen als Auftraggeberinnen die allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung und die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten (Art. 2 Abs. 1 Bst. a-c BoeB). Auftraggeberin im vorliegenden Verfahren

ist das BLW. Beteiligt ist ebenfalls das BVET. Beide Bundesämter gehören der allgemeinen Bundesverwaltung an und unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB diesem Gesetz (vgl. auch Anhang 1 Ziff. 7 ÜoeB).

1.1.2 Unter einem Lieferauftrag im Sinne des BoeB ist ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf zu verstehen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a BoeB). Ein Dienstleistungsauftrag im Sinne des BoeB bedeutet ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 ÜoeB (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b).

Das BoeB ist nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den massgebenden Schwellenwert ohne Mehrwertsteuer erreicht (Art. 6 Abs. 1 BoeB). Bei Lieferungen und Dienstleistungen betragen die Schwellenwerte für das Jahr 2007 je Fr. 248'950.- (Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007, SR 172.056.12).

1.1.3 Im vorliegenden Fall umfasst die Offerte gemäss den Ausschreibungsunterlagen die folgenden Leistungen: die Lieferung von Ohrmarken für Rinder, Schweine, Schafe, Ziegen und Wild, die Lieferung von Genotyp-Ohrmarken für Rinder; die Lieferung von Genotyp-Rinderstanzproben, die eindeutige Kennzeichnung dieser Ohrmarken mittels dauerhafter Beschriftung, die Lieferung einer auf die Ohrmarken, Genotyp-Ohrmarken und Genotyp-Rinderstanzproben abgestimmten Ohrmarkenzange, die Erstellung von Beilagen und Lieferscheinen zur Versandware an die Tierhalter; die Kommissionierung und den Versand der bestellten Ohrmarken und Ohrmarkenzangen an die Tierhalter, die elektronische Fertigungs- und Auslieferungsmeldung an die Betreiberin der Tierverkehr-Datenbank und das Zurverfügungstellen einer geeigneten Beschriftungsanlage zur Beschriftung der Ersatzohrmarken (vgl. Pflichtenheft zum WTO Projekt [703] 708.000, Ziff. 1.5.3 [Umfang der Offerte], S. 6).

Damit liegt nicht ein reiner Lieferungs-, sondern ein sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen umfassender gemischter Auftrag vor.

Die Offertsumme der Zuschlagsempfängerin beträgt laut Veröffentlichung des Zuschlags im SHAB Nr. 155 vom 14. August 2007 Fr. 9'348'883.-. (vgl. auch WTO-Ausschreibung Projekt [703] 708.000, Evaluationsbericht vom 2. August 2007, Ziff. 7.2 [Offerierte Artikelpreise] S. 24 f.). Dabei überwiegt der für Lieferungen entfallende Anteil der Offertsumme den für Dienstleistungen entfallenden Anteil um ein Vielfaches, weshalb der vorliegende Auftrag gesamtheitlich als Lieferauftrag zu qualifizieren ist (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 127). Der für Lieferungen massgebende Schwellenwert wird hier bei Weitem erreicht.

Der für Dienstleistungen entfallende Anteil ist demgegenüber sehr gering. Ob er den massgebenden Schwellenwert erreicht, erscheint zweifelhaft, kann indessen offen bleiben. Nicht weiter nachzugehen ist daher auch der Frage, welcher dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen die hier zu erbringenden Leistungen entsprechen bzw. wo diese in der provisorischen Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; vgl. Anhang 1 Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB) einzuordnen wären.

1.1.4 Keiner der Ausnahmetatbestände des Art. 3 BoeB ist gegeben.

Das BoeB ist daher im vorliegenden Fall anwendbar.

1.2 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter bzw. die zuständige Instruktionsrichterin hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als lex specialis zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will.

Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB) wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1774/2006 vom 13. März 2007 [auszugsweise veröffentlicht in BVGE 2007/13], nicht publizierte E. 1.3.2; siehe dazu zustimmend MARTIN BEYELER, Baurecht 2/2007, S. 86). Dies trifft auch auf den vorliegenden Fall zu.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin ohne weiteres im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 1.3; BGE 125 II 86 E. 4).

1.5 Der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin wurde im SHAB Nr. 155 vom 14. August 2007 publiziert (vgl. Sachverhalt B). Der publizierte Text enthält eine zutreffende Rechtsmittelbelehrung. Mit Schreiben vom gleichen Tag (Eingang bei der Beschwerdeführerin am 16. August 2007) teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die Auftragsvergabe an die Beschwerdegegnerin mit. Zudem wies sie die Beschwerdeführerin auf die Publikation des Zuschlages im SHAB hin. Schliesslich orientierte sie die Beschwerdeführerin dahingehend, dass auf schriftliches Gesuch hin mit den nichtberücksichtigten Anbietern ein Debriefing durchgeführt werde.

Wird eine Zuschlagsverfügung durch Publikation im SHAB veröffentlicht, bestimmt sich der Beginn der Beschwerdefrist nach dem Publikationsdatum. Ein Orientierungsschreiben der Vergabestelle, das einem nichtberücksichtigten Anbieter nach Eröffnung der Verfügung zugestellt wird und das lediglich auf eine Abschrift der Verfügung und das diesbezügliche Publikationsdatum verweist, vermag den Beginn des Fristenlaufs nicht hinauszuschieben (vgl. den Entscheid der BRK vom 7. Juli 1997, auszugsweise veröffentlicht in VPB 61.78 E. 2b; HUBERT STÖCKLI, Baurecht 2001, S. 62 f., Anmerkung zu S3). Das Schreiben der Vergabestelle vom 14. August 2007, das am 16. August 2007 bei der Beschwerdeführerin eingegangen ist, fällt als rechtsgenügliche und den Fristenlauf auslösende Verfügung ausser Betracht, weil es keine Rechtsmittelbelehrung enthält (vgl. Art. 38 VwVG; VPB 61.24).

Massgebend ist daher vorliegend allein die Publikation im SHAB vom 14. August 2007.

1.5.1 Nach Art. 30 BoeB müssen Beschwerden innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden.

1.5.1.1 Gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, stehen vom 15. Juli bis und mit 15. August still (Art. 26 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 22*a* Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. dazu: Entscheid der BRK [009/2000] vom 11. Oktober 2001 E. 5b; ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 2.49 sowie STÖCKLI, a.a.O., S. 62 f., Anmerkung zu S3).

Nach dieser Bestimmung fällt der 14. August 2007, an welchem die Zuschlagsverfügung im SHAB publiziert wurde, in die Gerichtsferien. Die zwanzigtägige Beschwerdefrist von Art. 30 BoeB stand daher bis und mit am 15. August 2007 still. Der erste Tag nach dem Fristenstillstand gilt als erster zählender Tag für die Beschwerdefrist (vgl. BGE 132 II 153 E. 4.1 f. mit Verweis auf BGE 131 V 305 E.4.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2007 vom 11. Oktober 2007). Demzufolge hat die zwanzigtägige Beschwerdefrist von Art. 30 BoeB am 16. August 2007 zu laufen begonnen und ist am 4. September 2007 abgelaufen. Die am 4. September 2007 der Post übergebene Beschwerdeschrift ist damit rechtzeitig eingereicht worden.

1.5.1.2 Auch soweit die Beschwerdeführerin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt, ist ihr prozessualer Antrag als rechtzeitig eingereicht zu erachten. Hier nicht anwendbar ist Art. 22*a* Abs. 2 VwVG, wonach der in Abs. 1 vorgesehene Fristst illstand "nicht in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen" gilt. Diese Bestimmung bezweckt nur in Fällen, in welchen die Vorinstanz (als selbständig anfechtbare Zwischenverfügung) einen Entscheid zur aufschiebenden Wirkung oder zu vorsorglichen Massnahmen trifft, die Fristen auch während der Gerichtsferien weiter "laufen" zu lassen. Ist jedoch - wie hier - eine Zuschlagsverfügung (als Endverfügung) angefochten und sind neben materiellen Anträgen, für welche der Fristst illstand nach Art. 22*a* Abs. 1 VwVG gilt, gleichzeitig auch prozessuale Anträge zu beurteilen, gilt für diese auch der oberwähnte Fristst illstand. *De lege ferenda* stellt sich die Frage, ob Ge-

richtsferien in Prozessen im öffentlichen Beschaffungswesen überhaupt sinnvoll sind.

1.5.2 Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge ist daher einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die Fragen der aufschiebenden Wirkung und der Akteneinsicht.

2.
Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren.

2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, 2. Auflage, Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich auf eine "prima-facie" Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens massgeblich. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete (BVGE 2007/13 E. 2.1; Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in

VPB 66.37 E. 2c; EVELYNE CLERC, L' ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 658; MARTIN BEYELER, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90 mit Hinweisen).

2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis die Interessen der Beschwerdeführerin, die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2; Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 2b, veröffentlicht im Internet unter: www.reko-efd.ch/de/brk/entscheide/index.htm; zuletzt besucht am 3. Dezember 2007).

3.
Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die von der Beschwerdegegnerin angebotene Genotyp-Ohrmarke erfülle die in den Ausschreibungsunterlagen umschriebenen Anforderungen der technischen Spezifikation Nr. 4 (TS 4) nicht.

3.1 Nach Art. 31 BoeB kann im Beschwerdeverfahren die Unangemessenheit nicht gerügt werden. Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise (Nachweis finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit) sowie bei der Bewertung der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Eine besondere Zurückhaltung hat es sich auch bei der Beurteilung von Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien aufzuerlegen, da diese häufig besondere technische Kenntnisse voraussetzt, stets einen Vergleich mit anderen Offer-

ten verlangt und unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente enthält. Das Bundesverwaltungsgericht hat nur einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 E. 1.5; Entscheide der BRK vom 22. März 2004, veröffentlicht in VPB 68.88 E. 4b, VPB 68.119 E. 4 d/aa; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 284 und 403).

Der Entscheid über Gegenstand und Umfang einer Beschaffung ist ein im Rechtsmittelverfahren nicht überprüfbarer Ermessensentscheid. Die Vergabebehörde muss frei darüber bestimmen können, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Service etc. stellt (vgl. VPB 66.38 E. 5). Bei der anschliessenden Beurteilung, ob Offerenten technische Spezifikationen im konkreten Fall erfüllen oder nicht, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung, zumal es darum geht, Probleme vorwiegend technischer Natur zu berücksichtigen. Es greift daher nur ein, wenn diese Beurteilung sachlich nicht nachvollziehbar ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 686).

In der Ausschreibung im SHAB wurden die 13 Kriterien der technischen Spezifikationen (TS) genannt und im Pflichtenheft zum WTO Projekt (703) 708.000 in Kapitel 2 (S. 7 ff.) genauer umschrieben. Demnach müssen die technischen Spezifikationen vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation erfüllt werden. Eine technische Spezifikation gilt ebenfalls als erfüllt, wenn der alternative technische Ansatz vom Evaluationsteam der Auftraggeberin als gleichwertig und technisch ausgereift eingestuft wird. Für alle technischen Spezifikationen müssen entsprechende schriftliche und detaillierte Bestätigungen mit der Unterbreitung des Angebotes abgegeben werden, ansonsten nicht weiter auf die Offerte eingegangen werde (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 4.2, S. 26). Daraus folgt, dass das Nichteinhalten der technischen Spezifikationen zum Ausschluss vom Verfahren führt.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin die Anforderung an die Genotyp-Ohrmarke (TS 4) gemäss Ziff. 2.7.2 des Pflichtenheftes erfüllt, wonach "die Probeentnahme im Verlauf des Stanzprozesses luftdicht und fälschungssicher verschlossen werden muss". Sie führt aus, bei dem von der Beschwerdegegnerin angebotenen System sei eine unbeabsichtigte Kontamination des Probenmaterials durch Einbringen von Fremdmaterial in den Probenbehälter sowie eine Manipulation der Probe nach der Entnahme möglich. Zu Unrecht

habe die Vergabestelle die Anforderungen der Luftdichtigkeit und Fälschungssicherheit beim Produkt der Beschwerdegegnerin als erfüllt eingestuft. Dies ergebe sich aus der beiliegenden Stellungnahme von Herrn C._____, Projektleiter bei der Forschungsanstalt Agroscope Reckenholz. Sie beantrage, zu den Fragen der Luftdichtigkeit und Fälschungssicherheit eine Expertise bei Herrn Dr. B._____ einzuholen, der beide Produkte kenne. Des Weiteren verweist sie bezüglich Fälschungssicherheit auf den Prüfbericht der Fachhochschule Gelsenkirchen vom 31. August 2007.

Die Vergabestelle führt in ihrer Stellungnahme aus, das Ziel der Luftdichtigkeit sei, dass die Probe nach deren Entnahme bis zum Zeitpunkt der Untersuchung durch Umwelteinflüsse nicht nachteilig verändert werde (d.h. luftdicht verschlossen sei). Wie sich aus der Formulierung im Pflichtenheft (vgl. Ziff. 2.7.2, S. 16) ergebe, müsse die Probe im Verlaufe des Stanzprozesses luftdicht und fälschungssicher verschlossen werden. Es sei also unwichtig, ob die Luftdichtigkeit schon unmittelbar bei der Probeentnahme erreicht werde. In dieser Hinsicht erfülle das Y._____-System den Zweck. Zur angeblichen fehlenden Fälschungssicherheit führt die Vergabestelle aus, dass die Hohlnadel, in der sich die Probe befindet, fest mit dem Kopfstück verbunden sei, an dem sich der Barcode für eine individuelle Nummer befinde und der identisch sei mit der Ohrmarkennummer. Das Eppendorf-Gefäss, in welches das Kopfstück mit der Hohlnadel gesteckt werde, sei mit der gleichen Nummer versehen. Selbst wenn das Kopfstück mit Hohlnadel auf ein falsches Eppendorf-Gefäss gesteckt werde, könnte dies leicht durch eine Überprüfung der Nummern entdeckt werden.

Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Vernehmlassung aus, dass aus dem Bericht des von der Beschwerdeführerin angerufenen Experten klar hervor gehe, dass die Produkte der X._____ GmbH und der Y._____ SAS in Bezug auf Luftdichtigkeit und Fälschungssicherheit gleichwertig seien und beide die von der Vergabestelle verlangten Anforderungen erfüllen.

3.2 In Bezug auf die technische Spezifikation Nr. 4 (TS 4) hält die Vergabestelle im Evaluationsbericht fest, dass die Anforderungen an die Luftdichte und Fälschungssicherheit beim Probegefäss gegeben sind (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 6, S. 17). Sie weist in ihrer Stellungnahme zu Recht darauf hin, dass nach der Umschreibung der diesbezüglichen Anforderung im Pflichtenheft (vgl. Ziff. 2.7.2 :"Die Probenahme muss

im Verlauf des Stanzprozesses luftdicht und fälschungssicher verschlossen werden") nicht verlangt werde, dass die Luftdichtigkeit schon unmittelbar bei der Probeentnahme erreicht wird, weshalb die Stellungnahme von Herrn C._____ rechtlich nicht relevant sei. Hingegen müsse gewährleistet sein, dass die Probe nach deren Entnahme bis zum Zeitpunkt der Analyse nicht verändert werden könne. Dies treffe für das Produkt der Y._____ SAS zu. Zur gleichen Beurteilung gelangte auch der von der Beschwerdeführerin beantragte Experte, Dr. B._____. In seinem Bericht vom 12. September 2007 betont er - übereinstimmend mit der Vergabestelle - die Notwendigkeit, dass die Proben in den jeweiligen Probebehältern die Laboratorien in einem analysefähigen Zustand erreichen. Die technische Überprüfung der Y._____- und X._____-Gewebeohrmarken habe ergeben, dass beide Produkte für den Nachweis des Erregers der BVD in Ohrstanzproben die Bedingungen erfüllen, um "laborseitig analysefähige Gewebeproben zur Verfügung zu haben". Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

Auch hinsichtlich des Einwandes der Beschwerdeführerin, die Ohrmarke der Beschwerdegegnerin lasse sich unbeschädigt öffnen und sei daher nicht fälschungssicher, ergeben sich keine Anhaltspunkte, inwiefern diese den technischen Anforderungen nicht genügen soll. Die Vergabestelle hat mit der Einreichung der Offerte von den Anbietern gleichzeitig Nachweise für die Fälschungssicherheit der Ohrmarken verlangt. Aus dem von der Beschwerdegegnerin der Offerte beigelegten Prüfbericht des CETIM, einer unabhängigen Prüfstelle in Frankreich, ist ersichtlich, dass die Ohrmarken der Y._____ SAS bei der Öffnung so deformiert werden, dass eine Wiederverwendung ausgeschlossen ist. Die Beurteilung der Vergabestelle ist nicht zu beanstanden. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Bericht der Fachhochschule Gelsenkirchen vom 31. August 2007 hält zwar fest, dass die Prüfung ergeben habe, dass der Dorn nach dem Zugversuch unbeschädigt sei. Jedenfalls geht aber auch aus dieser Stellungnahme nicht hervor, dass die Ohrmarke der Y._____ SAS ein weiteres Mal verwendet werden könnte.

Ebenfalls erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin als unbehelflich, ihr Produkt "FlexoPlus Geno" sowie die Universalohrmarkenzange seien - im Gegensatz zur Genotyp-Ohrmarke der Beschwerdegegenerin - seit dem 3. Oktober 2005 vom BVET zugelassen. In den Ausschreibungsunterlagen wird ausdrücklich festgehalten, dass das Ein-

holen der Zulassung der Ohrmarken beim BVET vor der Ausschreibung für den Anbieter nicht nötig sei (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 1.4, S. 6).

4.
Die Beschwerdeführerin rügt des Weitern, die Beschwerdegegnerin habe ihr Produkt seit Einreichung der Offerte nachgebessert. Herr A._____ von der Firma Y._____ SAS habe am 19./20. Juni ausgeführt, dass später direkt beschriftete Proberöhrchen verfügbar sein sollten, da der Aufkleber abgelöst werden könne.

Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Stellungnahme aus, diese Aussage sei anlässlich einer Produktepräsentation im Rahmen einer BVD-Fachtagung in Deutschland erfolgt. Diese Veranstaltung stehe in keinem Zusammenhang mit der Ausschreibung.

In der Ausschreibung (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 2.7.2, S. 16) wird verlangt, dass die Beschriftung des Probegefässes bezüglich Ohrmarkennummer identisch mit der Beschriftung der Ohrmarke sein und der Gefässboden mit einem zweidimensionalen, scanbaren Code der Ohrmarkennummer beschriftet sein solle. Die Vergabestelle bot den beiden Anbieterinnen Gelegenheit ihre Genotyp-Ohrmarken am 25. Juli 2007 zu präsentieren bzw. in der praktischen Anwendung vorzuführen. Anlässlich dieser Präsentation wies die Beschwerdegegnerin ebenfalls darauf hin, dass ab September 2007 eine Laserbeschriftung der Proberöhrchen auf abgeflachter Seite möglich sei (vgl. Protokoll WTO-Projekt vom 25. Juli 2007).

Nach den Akten ist davon auszugehen, dass das ursprünglich von der Beschwerdeführerin angebotene Probegefäss mit dem am 25. Juli 2007 vorgelegten Proberöhrchen übereinstimmt und somit auch dem Vergabeentscheid zugrunde lag.

So führte die Vergabestelle in ihrem Evaluationsbericht vom 2. August 2007 dazu aus, dass die Präsentation vom 25. Juli 2007 gezeigt habe, dass eine Beschriftung auf einer Fahne den Zweck auch erfülle (vgl. Evaluationsbericht, Kapitel 6, S. 18). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle, welche über ein grosses Ermessen verfügt, das mit einem Kleber beschriftete Probegefäss als den Anforderungen entsprechend beurteilt hat. Zudem sehen die Ausschreibungsunterlagen (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 4.2, S. 26) vor, dass eine technische Spezifikation ebenfalls als erfüllt gilt, wenn der alternative technische Ansatz vom Evaluationsteam der Auftraggeberin als

gleichwertig und technisch ausgereift eingestuft wird. Wenn die Beschwerdegegnerin gestützt auf den Zuschlag schliesslich neu im Sinne einer Weiterentwicklung des Produkts das Proberöhrchen mit Laserbeschriftung zum offerierten Preis anbietet, ist dies zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 4.4.2). Von einer unzulässigen Änderung des Angebots kann keine Rede sein.

5.

Die Beschwerdeführerin wendet ferner ein, ihr Angebot erweise sich im jetzigen Zeitpunkt als preislich vorteilhafter. Sie habe in der Offerte wegen eines hängigen Patentrechtstreites Rückstellungen eingerechnet. Dies sei nun nicht mehr nötig, so dass sich der Offertpreis auf den Betrag von Fr. 9'204'377.- reduziere.

Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Stellungnahme aus, das Angebot der Beschwerdeführerin sei mehr als 15 % teurer gewesen als ihr Angebot. In Kenntnis des publizierten Zuschlagspreises reduziere nun die Beschwerdeführerin ihren Offertpreis um 19 %. Überdies sei diese Preisreduktion nicht nachvollziehbar, nachdem die Beschwerdeführerin den Patentstreit in erster Instanz verloren habe.

Die Vergabestelle führt in ihrer Vernehmlassung zu Recht aus, dass für die Evaluation der in der Offerte angebotene Preis massgebend ist und eine diesbezügliche Anpassung nach dem publizierten Zuschlag und in Kenntnis des Zuschlagspreises der Konkurrenzofferte vergaberechtlich nicht zulässig ist (GALLI/MOSER LANG, a.a.O., Rz. 343).

Ebenfalls unbegründet ist die Annahme der Beschwerdeführerin, die Offerte der Beschwerdegegnerin sei günstiger, weil keine Ohrmarkenzangen angeboten worden seien. Aus dem Evaluationsbericht (S. 25) geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin - wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen - 47'000 Ohrmarkenzangen offeriert hat.

Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Angesichts dieses Ergebnisses erübrigt es sich, eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. E. 2.2).

Dennoch ist festzuhalten, dass - selbst wenn die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet wäre - ein gewichtiges öffentliches Interesse

an der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung besteht, wie nachfolgend dargelegt wird.

6.

Die Vergabestelle macht zur Frage der aufschiebenden Wirkung bzw. der in diesem Zusammenhang abzuwägenden Interessen geltend, damit der vom Gesetzgeber vorgesehene Zeitplan zur Ausrottung der Rinderseuche "Bovine Virusdiarrhoe" eingehalten werden könne, müsse zwingend die Beschaffung der Gewebeprobe-Rinderohrmarken möglich sein und der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossen werden können. In der Pilotphase November/Dezember 2007 werde der Prozess von der Probenahme im Feld (mit Ohrgewebestanzen), die Proberegistrierung und -untersuchung in den anerkannten Laboratorien sowie der Datenfluss zu den zuständigen Behörden auf dem Prüfstand stehen. Im Winter 2007/2008 beginne die erste Beprobung von ca. 300'000 Tieren um eine BVD-freie Alpsömmerung zu gewährleisten. Für die Untersuchung von Ohrhautsubstanzen seien neue Verfahren notwendig; die Laboratorien seien auf das durch den Ohrmarkenhersteller bereitzustellende Equipment angewiesen und müssten sich die nötigen Geräte und die Software beschaffen. Im Laufe der nächsten Wochen müssten die Laboratorien ihre technische Ausrüstung anpassen, Offerten für zu beschaffende Geräte einholen und den potentiellen Kunden die Preise für die Analysen vorlegen. Dieses Vorgehen sei zielgerichtet nur unter Angaben des definitiven Ohrmarkenlieferanten möglich, dabei sei das zu verwendende Ohrgewebemarken-System entscheidend. Die Vorbereitungen zur Ausrottung der Tierseuche BVD laufe bei allen Beteiligten (Tierhalter, Kantone, Laboratorien, BVET) auf Hochtouren. Um einen erfolgreichen Ablauf des Programmes zu gewährleisten, müsse die Logistik der Probenahme jetzt organisiert werden. Eine Erteilung der aufschiebenden Wirkung würde den Start der BVD-Ausrottung im 2008 verunmöglichen. Die BVD sei eine der wirtschaftlich bedeutsamsten Krankheiten der Schweizer Rinderbestände und verursache den Landwirten jährlich Einbussen von rund neun Mio. Franken.

Die Vergabestelle stützt sich dabei auf das TSG, das die Bekämpfung von Tierseuchen und anderen Tierkrankheiten bezweckt. Tierseuchen im Sinne des TSG sind unter anderem die übertragbaren Tierkrankheiten, die vom einzelnen Tierhalter ohne Einbezug weiterer Tierbestände nicht mit Aussicht auf Erfolg abgewehrt werden können und die bedeutsame wirtschaftliche Folgen haben können (Art. 1 Abs. 1 Bst. b

und d TSG): Der Bundesrat hat gestützt darauf die Tierseuchenverordnung geändert und die Bovine Virus-Diarrhoe neu als auszurottende Seuche bezeichnet (Art. 3 Bst. g^{bis} TSV; Änderung vom 12. September 2007 [AS 2007 4659] in Kraft ab 1. Januar 2008). Art. 174*a* - 174*i* TSV (welche am 1. Januar 2008 in Kraft treten) beinhalten die Vorschriften für die Bekämpfung des BVD-Virus bei Rindern und regeln im Zusammenhang mit der Bekämpfung dieser Seuche die einzelnen Phasen des im Jahr 2008 beginnenden Ausrottungsprogrammes.

Bei Seuchen bzw. der Verbreitung von Krankheitserregern kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass regelmässig ein gewichtiges öffentliches Interesse an einem sofortigen Vollzug von einschlägigen Massnahmen vorhanden ist. Der Bundesrat hat mit den am 1. Januar 2008 in Kraft tretenden Änderungen in der Tierseuchenverordnung beschlossen, die Seuche "Bovine Virus-Diarrhoe" auszurotten. Art. 174*b* TSV legt fest, dass im Sommer 2008 in Hirten und Sömmerungsbetrieben, in denen Rinder aus verschiedenen Tierhaltungen gehalten werden oder Kontakt zu Rindern anderer Tierhaltungen möglich ist, nur Rinder verbracht werden dürfen, wenn sie vorgängig negativ auf BVD getestet und mit einer speziellen Ohrmarke gekennzeichnet wurden. Um dies zu gewährleisten, müssen nach den Ausführungen der Vergabestelle in ihrer Stellungnahme die technische Ausrüstung in den Laboratorien in den nächsten Wochen angepasst werden, im Vorfeld Offerten eingeholt und die Untersuchungspreise den potentiellen Kunden vorgelegt werden. Im Hinblick auf eine Eindämmung der Tierseuche BVD bestehen gewichtige öffentliche Interessen an der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung. Demgegenüber beschränken sich die privaten Interessen der Beschwerdeführerin im wesentlichen auf finanzielle Gesichtspunkte (Auftrag in der Höhe von Fr. 10 Mio.). Die öffentlichen Interessen an der Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung überwiegen die privaten Interessen der Beschwerdeführerin.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden kann. Mit diesem Entscheid fällt die Zwischenverfügung vom 5. September 2007 dahin, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden war.

8.
Die Beschwerdeführerin stellt weiter den Antrag, es sei ihr Akteneinsicht in die amtlichen Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren.

8.1 In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden (BGE 115 V 297 E. 2d). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Bst. d BoeB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24 E. 3a). So besteht für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.120 E. 1 f.; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 671). In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht mit Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000 (E. 2c) festgehalten, dass das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten habe (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, a.a.O., E. 6a mit Hinweisen).

8.2 Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind vorliegend alle Akten und Unterlagen, welche für den hier zu treffenden Entscheid nicht wesentlich sind (vgl. Art. 23 BoeB; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 6.3; Urteile des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 4.1.2, 2P. 173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5 sowie 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.1).

8.3 Der Beschwerdeführerin ist demnach Einsicht in folgende Akten der Vergabestelle zu gewähren, welche entsprechend den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdegegnerin teilweise anonymsiert werden. Diese Aktenstücke (resp. Auszüge davon) werden,

soweit nicht davon auszugehen ist, dass sie die Beschwerdeführerin bereits in Händen hält, der Beschwerdeführerin mit separater Post zugestellt werden. Im Einzelnen geht es um folgende Dokumente: Protokoll des BVET betreffend die Beschwerdegegnerin vom 25. Juli 2007, Protokoll des BVET betreffend die Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2007, undatiertes Schreiben der Y._____ SAS an BBL (Eingang bei diesem am 3. August 2007) und Evaluationsbericht vom 2. August 2007.

9.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen. Eine Kopie der entsprechenden Schriftstücke wird der Beschwerdeführerin mit separater Post zugestellt.

3.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

4.
Diese Zwischenverfügung wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (vorab per Fax; mit Gerichtsurkunde)
- der Beschwerdegegnerin (vorab per Fax; mit Gerichtsurkunde)
- der Vorinstanz (Ref-Nr. SHAB Nr. 155; vorab per Fax; mit Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 4. Dezember 2007