

BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-06-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1600_2014

FR: TAF B-1600/2014 du 2 juin 2014

IT: TAF B-1600/2014 del 2 giugno 2014

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 2.1

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

E. 2.2

Vorliegend ist unbestritten, dass die alcosuisse, das Profitcenter der EAV, als Vergabestelle zu qualifizieren ist. Das Bundesamt für Bauten und Logistik hat entgegen der ersten Parteibezeichnung durch die Beschwerdeführerin das Vergabeverfahren nicht durchgeführt. Sowohl Art. 2 Abs. 1 Bst. b BöB als auch der Anhang I Annex 1 zum GPA nennen die Eidgenössische Alkoholverwaltung EAV ausdrücklich als dem Gesetz unterstehende Auftraggeberin. Nachdem die alcosuisse noch nicht privatisiert ist, teilt sie prima facie in Bezug auf die Anwendbarkeit des BöB derzeit noch das rechtliche Schicksal der EAV. Dies wird im Übrigen seitens der Vergabestelle im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen vom 9. April 2014 (S. 4) ausdrücklich anerkannt.

E. 2.3.1

Die Vergabestelle sucht vorliegend nach einer ERP-Lösung. Unter anderem werden folgende Leistungsbestandteile erwähnt: ERP-System, Projekt und Migration sowie einmalige Lizenzen für die Nutzung der ERP Software. Gemäss Pflichtenheft (Stand 30. Oktober 2013) umfasst die nachgefragte Leistung nebst Dienstleistungsanteilen auch die Lieferung einer betriebsbereiten ERP-Software ("werkvertraglich mit Kostendach") und den Kauf von Lizenzen. Indessen scheint der Dienstleistungsanteil zu überwiegen (vgl. Ziffer 2.2 der Ausschreibung). Die Preisspanne der eingegangenen Angebote beträgt Fr. 2'998'094.00 bis Fr. 4'710'106.76 (vgl. Ziffer 3.2 der Zuschlagspublikation vom 6. März 2014), womit der für Lieferungen und Dienstleistungen gleichermassen massgebende Schwellenwert erreicht ist (Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 [AS 2011 5581]). Damit bleibt im Folgenden nur zu prüfen, ob die nachgefragte Dienstleistung dem

BöB untersteht.

E. 2.3.2

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist bei Dienstleistungsaufträgen nur gegeben, wenn der Vertrag zwischen der Auftraggeberin und dem Zuschlagsempfänger eine Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 zum GPA bzw. Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 und 32 Bst. a Ziff. 2 VöB betrifft (Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB; BVGE 2008/48 E. 2.3, BVGE 2011/17 E. 5.2.1). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung in Ziffer 2.4 der CPV-Kategorie 72260000 Dienstleistungen in Verbindung mit Software zu, welche nach der CPCprov zur Klasse 842 mit der Bezeichnung "Software implementation services" gehört. Damit ist die Beschaffung der Kategorie "Informatik und verbundene Tätigkeiten" mit der Referenznummer 84 zuzuordnen, welche von Anhang 1 Annex 4 GPA erfasst wird (vgl. mutatis mutandis das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2).

E. 2.4

Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf den Anwendungsbereich des Gesetzes, dass eine prima facie dem BöB unterstehende Vergabestelle eine vom BöB erfasste Leistung vergeben hat, wobei der einschlägige Schwellenwert überschritten ist. Eine Ausnahme nach Art. 3 BöB wird nicht geltend gemacht.

E. 2.5

Das Angebot der Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Vergabeverfahren keine Berücksichtigung gefunden bzw. sie hat den Zuschlag nicht erhalten. Sie ist folglich im Sinne von Art. 48 VwVG beschwerdelegitimiert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 1.5 mit Hinweisen).

E. 3

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf aufschiebende Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 3.1

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von 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 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB 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, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 3.2

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, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle hätte die Zuschlagsempfängerin mangels Erfüllung des Eignungskriteriums EK-10 aus dem Vergabeverfahren ausschliessen müssen. Es ist vorliegend zu prüfen, ob sich die Zuschlagsempfängerin zu Recht auf die Referenzen der Muttergesellschaft berufen und das EK-10 dadurch erfüllen konnte.

E. 4.2

Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005,

veröffentlicht in VPB 70.33 E. 2a/aa).

E. 4.3

Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Wahl der Eignungskriterien als auch bei deren Beurteilung ein grosser Ermessensspielraum zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; Entscheid der BRK 2005-002 vom 30. Mai 2005, publiziert in VPB 69.105, nicht veröffentlichte E. 2b/aa; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 557 und 564 f.). Die Eignungskriterien sind aber in jedem Fall auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen zu formulieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 13. Juli 2011 E. 3). Nach Anhang 3 zur VöB i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VöB können von den Anbietern unter anderem eine "Liste der in den letzten fünf Jahren vor der Ausschreibung erbrachten wichtigen Leistungen" (Ziff. 7) und "Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen [...] kann [...]" (Ziff. 8) erhoben werden. Nach Rechtsprechung und Lehre ist der Nachweis von Referenzprojekten im Rahmen der Eignungsprüfung grundsätzlich zulässig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 E. 4.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 559). Dabei gilt, dass je anspruchsvoller und komplexer eine Leistung ist, desto höher auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzprojekte sein dürfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E.4.3).

E. 4.3.1

Gemäss am 31. Oktober 2013 publizierter Ausschreibung verlangt die Vergabestelle unter EK-10 Folgendes: "Der Anbieter verfügt über 2 Referenzen, in denen er jeweils innerhalb der letzten 5 Jahre sowohl ERP-Einführungsprojekte als auch Wartungs-, Support- und Betriebs-Dienstleistungen für ERP-Systeme durchgeführt hat. [...] Darüber hinaus sollen die in den Referenzen genannten ERP-Lösungen jeweils über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren vom Anbieter hinsichtlich Wartung, Support und Betrieb betreut worden sein."

E. 4.3.2

Das von der Vergabestelle ausgeschriebene ERP-Projekt soll - in Zusammenhang mit der Privatisierung der alcosuisse - der zukünftigen Geschäftsabwicklung dienen. Es handelt sich prima facie um ein relativ komplexes Dienstleistungsprojekt, das über mehrere Jahre betreut werden soll. In Anbetracht dessen liegt die geforderte Art und Anzahl der Referenzen im Ermessen der Vergabestelle. Die Anforderungen gemäss EK-10 an sich werden denn auch zu Recht nicht als unzulässig beanstandet.

E. 4.4.1

Zur Erfüllung des EK-10 führt die Beschwerdeführerin aus, dass Konzerngesellschaften keinen besonderen vergaberechtlichen Status hätten. Sie seien als Dritte zu qualifizieren. Es gebe keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Konzerngesellschaften. Demnach müsse die Muttergesellschaft als Mitglied einer Bietergesellschaft (was gemäss Ziffer 3.5 der Ausschreibung ausdrücklich nicht zugelassen sei) oder Subunternehmerin konkret in die Offerte eingebunden werden. Da die Zuschlagsempfängerin rechtlich weder zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch zum Zeitpunkt des Zuschlags länger als zwei Jahre bestanden habe, könne diese nicht über Erfahrungen im Bereich Wartung, Support und Betrieb von mehr als zwei Jahren verfügen. Die Vergabestelle widerspricht dieser Auffassung, indem sie davon ausgeht, dass sich eine Tochtergesellschaft in gleicher Weise auf die Referenzen

ihrer Muttergesellschaft berufen könne wie eine Zweigniederlassung. Demnach würde ihrer Auffassung nach ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin eine Verletzung sowohl des Gebots der Inländerbehandlung im Sinne des GPA als auch der Organisationsautonomie der ausländischen Anbieterin bedeuten. Es sei aus vergaberechtlicher Sicht irrelevant, ob die M.____ AG mit Sitz in [D] in der Schweiz mit einer Zweigniederlassung oder in Form einer Tochtergesellschaft vertreten sei. Ausserdem sei - so die Vergabestelle wohl im Sinne eines Eventualarguments - die Muttergesellschaft als Subunternehmerin beigezogen worden. Es sei bei Beschaffungsprojekten Standard, dass Konzerngesellschaften mittels Patronatserklärungen die Leistungsfähigkeit ihrer Tochtergesellschaften absicherten. Schliesslich sei das Abstützen auf die Leistungsfähigkeit und Referenzen einer Konzerngesellschaft in der Rechtsprechung anerkannt. Bezüglich Zurechnung im Konzernverhältnis führt die Vergabestelle an, es sei aus dem Angebot klar ersichtlich, dass die schweizerische Tochtergesellschaft offeriert habe, wobei jedoch teilweise auf die Software, Fachexpertise, Supportleistungen, Entwicklungen etc. der Muttergesellschaft zurückgegriffen werde. Die Gesamtverantwortung liege demnach bei der Zuschlagsempfängerin; die deutsche Muttergesellschaft nehme als Subunternehmerin am Verfahren teil.

E. 4.4.2

Unbestritten geblieben ist die Tatsache, dass die Tochtergesellschaft selbst bereits aufgrund des Datums ihrer Gründung keine den Anforderungen der Vergabestelle genügenden Referenzen vorweisen kann. Um die Frage zu beantworten, inwieweit Referenzen der Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft zugerechnet werden, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob Leistungen und Fähigkeiten von Konzerngesellschaften, die im Vergabeverfahren involviert sind, als anbieterintern zu betrachten sind oder ob es sich bei den Konzerngesellschaften um Dritte handelt, die nur als Subunternehmer, Lieferant oder Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren teilnehmen können. Gilt die Konzerngesellschaft als der Hauptanbieterin zugehörig, werden prima facie auch die Referenzen der Konzerngesellschaft der Anbieterin zugerechnet. Ist die Konzerngesellschaft, die nicht Hauptanbieterin ist, indessen als Dritte zu qualifizieren, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zurechenbarkeit von Referenzen zulässig ist.

E. 4.4.3

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits mit der Frage auseinandersetzt, ob Leistungen von Tochtergesellschaften anbieterintern sind oder ob diese als Subunternehmerinnen am Vergabeverfahren teilnehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.3.3). Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass Tochtergesellschaften allenfalls Subunternehmer oder Lieferanten des Anbieters sind, ihre Tatsachen und Rechtspositionen jedoch nicht dem Anbieter zugerechnet werden. Folglich gibt es nach diesem Entscheid keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Tochtergesellschaften des Bieters; dasselbe gilt für Konzerngesellschaften (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5563/2012 E. 3.3.3). Auch Beyeler vertritt die Meinung, dass im Vergaberecht mit Blick auf die Rechtssicherheit strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen ist; es gebe keine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines Durchgriffs (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1374 ff.). Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche

Konzerngesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin nach dieser Ansicht konkret in ihre Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in rechtlicher Nähe eines konkreten Vergabeverfahren, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 1377 ff.). Demgegenüber spielt es nach dieser Lehrmeinung im Rahmen der Organisation mit unselbständiger Zweigstelle oder Niederlassung keine Rolle, ob die Offerte etwa auf die Niederlassung lautet: Insofern sei, wenn es um das Stammhaus oder andere Niederlassungen derselben Person gehe, nicht von Konzernverhältnissen zu sprechen, sondern von anbieterinterner Organisation (Beyeler, a.a.O., Rz. 1378 in fine).

E. 4.4.4

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (E. 4.4.3 hiervor) wie auch der dargestellten Lehrmeinung, welche sich prima facie in der ausführlichsten Weise mit der sich hier stellenden Frage auseinandersetzt (E. 4.4.3 hiervor), gibt es offenbar einen Unterschied zwischen dem Näheverhältnis einer Konzerngesellschaft einerseits und der Anbieterorganisation unter Beteiligung von Stammhaus und Niederlassung andererseits. Die Muttergesellschaft ist nach dem dargestellten Konzept gegenüber der Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit Dritte im vergaberechtlichen Sinne, welche etwa als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder Subunternehmerin einzubinden ist, und nicht schon aufgrund des unbestrittenen besonderen Näheverhältnisses Teil der Anbietersphäre. Soweit die Beschwerdeführerin sich auf die dargestellte Rechtsauffassung beruft, kann ihr Rechtsmittel entgegen den Vorbringen der Vergabestelle von vornherein nicht als aussichtslos qualifiziert werden. Soweit die Vergabestelle geltend macht, dass die Unterscheidung zwischen einer lokalen Niederlassung und einer Tochtergesellschaft sowohl das Diskriminierungsverbot als auch die Organisationsautonomie der ausländischen Anbieterin verletze - die deutsche Muttergesellschaft hätte auch eine Zweigniederlassung ohne eigene juristische Persönlichkeit gründen können - beruft sie sich in ihrer Stellungnahme namentlich auf Art. III Abs. 2 Bst. b GPA. Nach dieser Bestimmung haben die Vertragsparteien sicher zu stellen, dass ihre Beschaffungsstellen einen im Inland niedergelassenen Anbieter nicht aufgrund des Grades der ausländischen Kontrolle oder Beteiligung ungünstiger behandeln als einen anderen im Inland niedergelassenen Anbieter. Mit Blick auf den Zweck dieser Vorschrift sind tatsächlich Vorgaben in Bezug auf die Anbieterorganisation denkbar, welche gegen das GPA verstossen. Nach Beyeler lässt die Vorschrift, dass Verbote von Subunternehmen und Bietergemeinschaften nicht ohne gute Gründe zulässig sind, genügend Raum für eine Einbindung von Konzerngesellschaften in ein Vergabeverfahren (Beyeler, a.a.O., Rz. 1378). Damit steht nach diesem Autor die Rechtsauffassung, wonach die Rechtsform für die Zuordnung zur Sphäre der Anbieterin ausschlaggebend ist (E. 4.5.3 hiervor), aufgrund des festgestellten Spielraums wohl zumindest nicht generell in Widerspruch zu höherrangigem Recht. Dieser Auffassung neigt auch das Gericht zu. Damit wird zwar im Hauptverfahren zu prüfen sein, ob es im Ergebnis zu einer Diskriminierung führt, wenn man die Muttergesellschaft der Anbieterin vergaberechtlich als Dritte behandelt. Indessen ist eine solche Diskriminierung jedenfalls nicht derart offensichtlich, dass mit dieser Begründung die aufschiebende Wirkung verweigert werden könnte. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Vergabestelle ihre eigenen - aufgrund ihrer Argumentation möglicherweise diskriminierenden - Vorgaben gemäss der Ausschreibung, wonach Bietergemeinschaften nicht zugelassen werden (Ziffer 3.5), naheliegenderweise nicht angreift.

E. 4.4.5

Die Argumente der Vergabestelle sind nach dem Gesagten prima facie insofern widersprüchlich, als sie zum einen behauptet, die Muttergesellschaft sei Subunternehmerin, und zum anderen geltend macht, es sei keine Unterscheidung zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft zu machen. Soll eine Konzerngesellschaft nämlich als Subunternehmerin am Vergabeverfahren teilnehmen, setzt dies wohl voraus, dass Hauptanbieterin und Subunternehmerin je eigenständige juristische Personen sind. Dahingehend ist im Sinne eines Eventualarguments auf die Frage einzugehen, ob die Muttergesellschaft im vorliegenden Fall in einer Weise als Subunternehmerin beigezogen worden ist, welche es namentlich erlaubt, im Rahmen der Eignungsprüfung auf deren Referenzen zurückzugreifen. Das Beiziehen der Muttergesellschaft als Teil einer Bietergemeinschaft fällt aufgrund der Vorgaben in der Ausschreibung jedenfalls ausser Betracht. Folglich kann die Muttergesellschaft bei erster, vorläufiger Beurteilung der Rechtslage wohl nur in der Rolle der Subunternehmerin am strittigen Vergabeverfahren teilnehmen. Ob auch eine der Subunternehmerin analoge Teilnahme möglich ist, kann hier vorläufig offengelassen werden.

E. 4.4.5.1

Die Vergabestelle macht geltend, dass die Zuschlagsempfängerin die Muttergesellschaft als Subunternehmerin ins Vergabeverfahren beigezogen habe (vgl. Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 9. April 2014, Rz. 18). Die Vergabestelle hat Subunternehmer zwar grundsätzlich zugelassen. Sie hat diesbezüglich aber nicht nur festgestellt, dass der Anbieter die Gesamtverantwortung übernehmen muss, sondern in Ziffer 3.6 der Ausschreibung ausdrücklich verlangt, dass alle Subunternehmer mit den ihnen zugewiesenen Rollen aufgeführt werden. Mit dieser Anforderung an die Offerte bezweckt die Vergabestelle, dass sie die einzelnen Arbeiten einer Beteiligten, ob nun der Hauptanbieterin oder einer Subunternehmerin, genau zurechnen kann. Mit dieser Vorgabe sollen namentlich Qualität und optimale Koordination der zu erbringenden Leistungen sichergestellt werden.

E. 4.4.5.2

Somit ist zu prüfen, ob die Vergabestelle die Bedingung gemäss Ziff. 3.6 der Ausschreibung anhand der Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin als erfüllt betrachten durfte. Unter EK-07 (Support-Organisation) des Angebots der Zuschlagsempfängerin (der Beschwerdeführerin am 9. Mai 2014 zugestellt) gibt diese an, ihr stehe ein zentrales Supportteam zur Verfügung, welches per Telefon und E-Mail erreicht werden kann. Die M.____ AG Hotline sei unter einer deutschen Telefonnummer zu erreichen. Zudem verfüge die M.____ AG über ein HelpDesk-Web Portal. Ein Vor-Ort Support werde im Rahmen der Projektplanung berücksichtigt. Folglich wird zumindest der telefonische Supportdienst aus Deutschland und somit wohl von der Muttergesellschaft abgewickelt. Hingegen ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, wie weit das Engagement der Muttergesellschaft geht bzw. ob sie nur Anfragen entgegennimmt oder auch entsprechende Supportarbeiten leistet. Die Vergabestelle macht ferner geltend, es werde neben den Supportleistungen auch teilweise auf die Software, Fachexpertise, Entwicklungen etc. der Muttergesellschaft zurückgegriffen. Wie indessen etwa in den Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin unter EK-01 ersichtlich, wird jeweils vom "Unternehmen M.____ AG" gesprochen. Dies erschwert tendenziell die Feststellung einer klaren Rollenaufteilung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft. Es kann ebenfalls

festgehalten werden, dass nach erster, vorläufiger Beurteilung der Angebotsunterlagen weder ausdrücklich auf die Muttergesellschaft als Subunternehmerin hingewiesen wird noch eine konzise Auflistung der konkreten Rollen der Beteiligten zu finden ist.

E. 4.4.5.3

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Muttergesellschaft nach der Offerte zwar Aufgaben, insbesondere in Bezug auf die Supportleistungen, wahrnimmt, dass hingegen aus den Angebotsunterlagen prima facie nicht letzte Klarheit darüber hergestellt wird, welche Rolle sie innehat. Es ist insbesondere nicht offensichtlich, dass sich die Muttergesellschaft als Subunternehmerin am Vergabeverfahren beteiligt. Folglich ist die Beschwerde in diesem Punkt mit Blick auf die ausdrückliche Vorgabe der Ausschreibung, wonach die Rolle der Subunternehmerin transparent zu machen ist, nicht offensichtlich unbegründet. Da bereits die Angaben zur Rolle der deutschen Muttergesellschaft die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet erscheinen lassen, kann überdies die Frage, ob und in welcher Rolle die von der Zuschlagsempfängerin beigezogene N.____ AG als Subunternehmerin im Vergabeverfahren teilnimmt, offengelassen werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Tochtergesellschaft, welche den Zuschlag erhalten hat, auch die Offerte erstellt hat, wobei aus der Offerte prima facie erkennbar ist, dass sich wohl die M.____ AG [CH] gegenüber der Vergabestelle verpflichten wollte.

E. 4.4.6

Obwohl die Beschwerde bereits gemäss Ziff. 4.4.5.3 hiervor als nicht offensichtlich unbegründet zu qualifizieren ist, ist es aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt, auch die zweite Frage (vgl. Ziff. 4.4.2 hiervor), ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine Tochtergesellschaft auf die Referenzen der Muttergesellschaft berufen kann, zu behandeln. Dazu konnte sich das Verwaltungsgericht Zürich im Urteil vom 8. April 2009 äussern. Demnach kann sich eine Anbieterin gegebenenfalls auf die fachlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, wenn sie den Nachweis erbringt, dass sie tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Gesellschaft verfügt. Es genügt hingegen nicht, wenn in der Offerte lediglich ein allgemeiner Hinweis auf die Beziehungen zur Muttergesellschaft gemacht wird (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 3.5; vgl. dazu auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 648). Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat sich, worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist, zur Frage nach der Zurechenbarkeit von Belegen für die Eignung eines Anbieters positiv geäußert; auch hier wird aber vorausgesetzt, dass der Bieter nachweist, dass er unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehungen tatsächlich über die Mittel der Unternehmen verfügen kann, die für den Eignungsnachweis herangezogen werden (vgl. Urteil des EuGH vom 2. Dezember 1999 C-176/98 *Holst Italia/Commune di Cagliari*, Slg. 1999 I-8625 Rn. 29, bestätigt im Urteil vom 12. Juli 2001 C-399/98 *Ordine degli Architetti and Others/Commune di Milano*, Slg. 2001 I-5435 Rn. 92 und C-314/01 vom 18. März 2004 *Siemens and ARGE Telekom/Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, Slg. 2004 I-2581 Rn. 44).

E. 4.4.7

Folgt das Bundesverwaltungsgericht dieser Ansicht, bleibt zu prüfen, ob aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin hinreichend klar ersichtlich ist, dass diese auf die Fähigkeiten der Muttergesellschaft zurückgreifen kann.

E. 4.4.7.1

Die Vergabestelle hat mit Stellungnahme vom 6. Mai 2014 eine Konzernklärung vom 8. April 2014 eingereicht, in welcher die Muttergesellschaft bestätigt, dass sie sehr eng mit der Zuschlagsempfängerin zusammenarbeite und dieser in finanzieller, strategischer und operativer Hinsicht ihre vollste Unterstützung zukommen lassen würde. Sie könne die Zuschlagsempfängerin in allen Belangen bei der Realisierung des Beschaffungsprojekts unterstützen. Schliesslich sei sie auch bereit, für die Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag mit der Vergabestelle ergeben könnten, einzustehen. Eine entsprechende Erfüllungsgarantie würde auf Wunsch der Vergabestelle unterzeichnet werden.

E. 4.4.7.2

Es ist mithin zu prüfen, ob die im Beschwerdeverfahren beigebrachte Konzernklärung noch berücksichtigt werden darf. Zu dieser Frage hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-4902/2013 vom 14. März 2014 (E. 7.2.2) dahingehend geäussert, dass Belege, die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereicht worden sind und deren Existenz im Angebotszeitpunkt noch nicht behauptet worden war, nicht mehr berücksichtigt werden. Offen gelassen wurde, ob Eignungsnachweise, welche erst nach Ablauf der Antragsfrist beigebracht werden, noch Gehör finden. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 (E. 3.2) wurde festgehalten, für den Fall, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin Referenzen nachliefern, die Vergabestelle, welche die nachgelieferten Belege der Zuschlagsempfängerin berücksichtigt, auch diejenigen der Beschwerdeführerin zu würdigen hat. Nach kantonaler Rechtsprechung ist es vertretbar, dass eine nachträglich beigebrachte Konzernklärung dann berücksichtigt werden kann, wenn diese lediglich eine Bestätigung dessen ist, was im Angebot offenkundig zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 E. 5.2.1).

E. 4.4.7.3

In den Angebotsunterlagen finden sich verschiedene Hinweise auf die Muttergesellschaft. So führt die Zuschlagsempfängerin im Dokument "Allgemeine Angaben" unter Ziff. 1.3 neben ihrer eigenen Adresse auch jene der Muttergesellschaft auf. Unter EK-01 (wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit) des Angebots der Zuschlagsempfängerin gibt diese sodann an, dass das Unternehmen M.____ AG über eine sehr gute wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verfüge und führender Microsoft Partner sei (170 Mitarbeiter, 22. Mio. Umsatz). Auf die Anzahl Mitarbeiter wird auch in den "Allgemeinen Angaben" (Seite 4) hingewiesen. Im "Management Summary" spricht die Zuschlagsempfängerin von Erfahrungen im Ethanolhandel, da sie das Unternehmen O.____ in Deutschland zu ihren Kunden zählen können. Aufgrund des Auslandbezugs wird es sich dabei wohl um ein Kunde der deutschen Muttergesellschaft handeln. Ein Hinweis auf die Muttergesellschaft findet sich denn auch in den Angebotsunterlagen zu den Eignungskriterien unter EK-10, welche auf zwei Anhänge verweisen. Infolgedessen ist in den Angebotsunterlagen zwar ersichtlich, dass die deutsche Muttergesellschaft im zu beurteilenden Beschaffungsprojekt involviert ist. Indessen ist aufgrund der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zumindest nicht offensichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin auch ohne die erst am 8. April 2014 abgegebene und im Beschwerdeverfahren nachgereichte Patronatserklärung auf die Leistungen und Erfahrungen der Muttergesellschaft tatsächlich zurückgreifen kann. Wenn das Nachreichen der Patronatserklärung nur das bestätigen sollte, was aus der Offerte hervorgeht, kann es im

Sinne der Zürcher Rechtsprechung im Ergebnis vertretbar sein, die nachgereichte Patronatserklärung trotz darin lediglich angebotener Erfüllungsgarantie zuzulassen; aber auch das ist zumindest nicht im Sinne der Voraussetzungen der Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung offensichtlich. Jedenfalls Zweifel weckt die Argumentation der Vergabestelle, wonach die Patronatserklärung von ihrem Gehalt her nicht (zumindest auch) als Eignungsnachweis dient, sondern nur "Teil des Beschaffungsvertrags" ist.

E. 4.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass einerseits gewisse Zweifel bestehen, ob die Muttergesellschaft tatsächlich im Sinne der spezifischen Anforderungen gemäss der Ausschreibung, wonach alle Subunternehmerinnen "mit den ihnen zugewiesenen Rollen" aufzuführen sind, als Subunternehmerin am Verfahren teilgenommen hat. Andererseits ist insbesondere aufgrund der anfänglich fehlenden Patronatserklärung nicht ohne weiteres ersichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot in genügender Weise belegt hat, dass sie tatsächlich auf die Fähigkeiten der Muttergesellschaft zurückgreifen kann. Zumal auch die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin mit der im Beschwerdeverfahren nachgereichten Konzernklärung im Beschwerdeverfahren zu hören ist, nicht eindeutig im Sinne der Vergabestelle beantwortet werden kann.

E. 5

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, da zumindest Zweifel bestehen, ob die Vergabestelle das EK-10 zu Recht als erfüllt erachtete und die Zuschlagsempfängerin zum Vergabeverfahren zugelassen hat.

E. 6.1

Nachdem festgestellt wurde, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind die sich gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle sowie der Zuschlagsempfängerin abzuwägen (vgl. dazu E. 3.2 hiervor).

E. 6.2

Das ausgeschriebene ERP-Projekt soll der Vergabestelle während der Umstrukturierungsphase wie auch nach der abgeschlossenen Privatisierung bei der Geschäftsabwicklung dienen. Die Vergabestelle bringt vor, dass die Privatisierung von der termingerechten Realisierung verschiedener Teilprojekte abhängt, wozu auch die Einführung des ERP-Systems gehöre. Eine Verzögerung des Projekts wäre mit dem zeitlichen Rahmen, aufgezeigt im eingereichten, jedoch als vertraulich zu behandelnden Projektplan, nicht vereinbar. Die Vergabestelle beziehe noch sehr viele Dienstleistungen von der EAV, darunter in den Bereichen IT, Personal und Finanzen. Das IT-Betriebssystem könne nicht eigenständig betrieben werden, da es sehr eng mit den Systemen der EAV verknüpft sei. Der Projektplan wird als "best case" Plan betitelt, womit die Vergabestelle implizit anerkennt, dass die jeweilige Terminierung der einzelnen Projekte den Idealfall repräsentieren. Dass eine Beschwerde gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag erhoben wird, ist in die Planung einzubeziehen (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4825/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4 und B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Ausser dem Interesse der Vergabestelle, den Projektplan "best case" einzuhalten, sind keine weiteren öffentlichen Interessen ersichtlich, und werden auch nicht geltend gemacht, die einen unverzüglichen Vertragsschluss rechtfertigen würden. Der politischen Planung allein kommt, ohne dass

etwa nicht hinnehmbare finanzielle Folgeschäden geltend gemacht würden, regelmässig nicht der Gehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu. Umso weniger ist glaubhaft dargetan, dass die Vergabestelle ohne sofortigen Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin nicht mehr in der Lage wäre, ihre Geschäftstätigkeit wahrzunehmen.

E. 6.3

Demgegenüber liegt die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes namentlich mit Blick auf Art. XX GPA einerseits im öffentlichen Interesse (vgl. E. 3.2 hiervor). Andererseits hat die Beschwerdeführerin ein erhebliches Interesse daran, den Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu verhindern. Wird der Vertrag geschlossen, hat die Beschwerdeführerin lediglich die Möglichkeit, Schadenersatz für die in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen zu verlangen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1325).

E. 6.4

Die Interessenabwägung fällt nach dem Gesagten zugunsten der Beschwerdeführerin aus, sodass ihrem Gesuch um Erteilung der aufschiebende Wirkung zu entsprechen ist.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, ihr sei volle Akteneinsicht zur gewähren und Gelegenheit zu geben, vor dem Ergehen des Zwischenentscheids betreffend aufschiebende Wirkung zu den Unterlagen Stellung zu nehmen. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion mit Verfügungen vom 17. April, 7. und 9. Mai 2014 bereits in nicht unerheblichem Umfang Akteneinsicht gewährt worden ist.

E. 7.2

Namentlich wurden ihr unter Abdeckung von Personennamen und Identität von Drittanbietern und Preisangaben ein Auszug aus dem Evaluationsbericht der Vergabestelle, sowie den teilweise geschwärzten "Auswertungsbogen zur WTO (1382) ERP alcosuisse, Bewertung Angebot M.____" und den ungeschwärzten "Auswertungsbogen zur WTO (1382) ERP alcosuisse, Bewertung Angebot X.____" (je eine Seite) unter besonderer Berücksichtigung der Beurteilung des EK-10 und namentlich ein Auszug des Angebots der Zuschlagsempfängerin zu den Eignungsnachweisen (Angaben der Zuschlagsempfängerin geschwärzt, ausser jene zum EK-10) sowie ein Auszug aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin, Anhang R1 Referenzkunden (Abdeckung der Namen und der Projektthemen, Seite 3) zugestellt. Sodann wurde der Beschwerdeführerin Einsicht in den "Auswertungsbogen zur WTO (1362) ERP alcosuisse, Bewertung Angebot M.____" hinsichtlich das ZK1 04.02 (Seite 8) gewährt, sowie in einen Auszug aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin zu den Eignungskriterien in Bezug auf das EK-01 und EK-07 (Seite 1) und in die Konzernklärung vom 8. April 2014.

E. 7.3

Das Akteneinsichtsbegehren ist einstweilen abzuweisen soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Da die Beschwerdeführerin mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsiegt, kann ihrem Begehren mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot einstweilen nicht entsprochen werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Die Anordnungen betreffend die

Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

E. 8

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.