

BVGer B-1689/2010 vom 19. Juli 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-07-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1689_2010

FR: TAF B-1689/2010 du 19 juillet 2010

IT: TAF B-1689/2010 del 19 luglio 2010

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die Eintretensvoraussetzungen der vor ihm hängigen Rechtsmittel mit freier Kognition von Amtes wegen (BVGE 2007/6 E. 1, m.w.H.). Es ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen zuständig, die auf das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) oder die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) gestützt sind (Art. 27 Abs. 1 BöB) und in diesem Rahmen auch für Gesuche über die aufschiebende Wirkung von Beschwerden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Die Beschwerdeführerin hat ein solches Gesuch gestellt. Das Verfahren bestimmt sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB, Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.2

Als Teil der Bundesverwaltung untersteht die Vergabestelle dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 25. Februar 2010, aber nach Veröffentlichung der Ausschreibung vom 9. Oktober 2009, sind am 1. Januar 2010 einige Änderungen des BöB und der VöB in Kraft getreten. Abweichend vom Grundsatz, dass die Rechtmässigkeit einer Verfügung im Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen ist (BGE 125 II 598 E. 5e/aa, m.w.H.), stellt eine besondere Übergangsbestimmung der VöB auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung, nicht der Zuschlagsverfügung, ab (Art. 72b Bst. a VöB). Auch auf dem BöB unterstehende Beschaffungen ist diese Übergangsbestimmung anwendbar (Art. 2 Abs. 1 VöB, vgl. auch Art. 37 BöB). Im vorliegenden Fall wurde die Ausschreibung vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung veröffentlicht, weshalb das BöB und die darauf gestützte VöB in ihrer am 9. Oktober 2009 geltenden, früheren Fassung anzuwenden sind.

E. 1.3

Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen 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 (BVGE 2007/ 13, nicht publizierte E. 1.3.2). Angesichts der in der Regel

herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BoeB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413, Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 1.3 und B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: Martin Beyeler, Baurecht 2/2007, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren, welches die Anfechtung eines Zuschlags zum Gegenstand hat, ist nach dem Gesagten der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

E. 2

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB). Das BöB nennt keine Kriterien für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist in einem ersten Schritt in einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage zu befinden, ob die Beschwerde nach den vorliegenden Akten offensichtlich unbegründet erscheint. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerden hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, ist in einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckung sprechen, die Gründe für die gegenteilige Lösung überwiegen (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. Aufl. Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, 2. Aufl. Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen vorsah, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung der Frage als notwendig erachtete (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-5865/2007 vom 3. Dezember 2007 E. 2.1 und B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.1, m.w.H.). Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids ist dabei zum Vornherein ein erhebliches Gewicht zuzuerkennen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 1.3 B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2, m.w.H.). Einzubeziehen sind aber auch die Interessen der Beschwerdeführer und allfällige private Interessen von Dritten, insbesondere der weiteren an der Beschaffung beteiligten Personen. Als Ausgangspunkt gelten, insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA, die Postulate der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und der Verhinderung von Zuständen, die den Rechtsschutz illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2, m.w.H.).

E. 3

Damit sind zuerst prima facie die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde zu prüfen.

E. 3.1

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 m.w.H.; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, E. 1.2). Kann auf die Beschwerde prima facie nicht eingetreten werden, dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem prozessualen Antrag von vornherein nicht durch, und es erübrigt sich eine materielle Beurteilung und eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 3.1, m.w.H.).

E. 3.2

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist nur zulässig, wenn der angefochtene Zuschlagsentscheid in den Geltungsbereich des BÖB fällt. Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung "Projekt (940) 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB; Los 31: Profil "Programm-Manager" ist unbestrittenermassen eine Dienstleistung. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BÖB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoEB, SR 0.632.231.422). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3).

E. 3.3

Das mit dem Los 31 gesuchte Profil "Programm-Manager" soll in den Jahren 2010 und 2011 während 3'300 Stunden bei der FUB in Bern eingesetzt werden. Gemäss Angaben der Vergabestelle wird von einem Programm-Manager vor allem das Koordinieren und Leiten von Programmen, einer Menge von mehreren zusammengehörenden Projekten mit gleichem oder ähnlichem Ziel, unter Berücksichtigung der strategischen Vorgaben, erwartet. Die Vergabestelle vertritt die Auffassung, dass mit den Zuschlagsempfängern ein Personalverleih-Vertrag und nicht ein Auftrag oder Werkvertrag abgeschlossen werde. Für den Personalverleih sei die Vereinbarung eines Stundenansatzes typisch sowie das Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes beim Einsatzbetrieb, die Weisungsbefugnis betreffend Leistungserbringung und das Fehlen jeglicher Garantie des Anbieters für erbrachte Leistungen. Entsprechend könnten die ausgeschriebenen Tätigkeiten unter den Personalverleih, nämlich unter die Dienstleistungskategorie 872 CPC "Services de placement et de fourniture de personnel" subsumiert werden. Da Dienstleistungen der Kategorie 872 CPC nicht im Anhang 1 Annex 4 zum ÜoEB enthalten seien, sei das BÖB auf die streitige Beschaffung nicht anwendbar. Unabhängig, ob der Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin als Personalverleihvertrag zu qualifizieren sein wird oder nicht, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die "Profil-"Mitarbeiter für die Bedarfsstelle gegen Entgelt Arbeitsleitungen im Informatikbereich zu erbringen haben. Die Vergabestelle wendet zwar zu Recht ein, dass sich der vorliegend zu beurteilende "Verleih" von Informatikfachspezialisten an die FUB unter vorübergehender Eingliederung in die Organisation der Auftraggeberin von den typischen zeitlich und sachlich begrenzten Informatikaufträgen unterscheide, welche regelmässig in Form eines Auftrags bzw. Werks erbracht würden. Trotzdem erscheint prima facie die Zuordnung der fraglichen Dienstleistungen unter eine Kategorie der Klassifikationsnummer 84 der CPC "Informatik und verbundene Tätigkeiten" als sachgerecht, zumal die Vergabestelle selber "aus Gründen der Vorsicht" von einer unterstellten Tätigkeit ausgegangen ist, und sowohl

die Ausschreibung als auch den Zuschlag mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat. Solche Dienstleistungen werden vom Bundesbeschaffungsrecht gemäss Anhang 1 Annex 4 ÜoeB und Anhang 1a Ziff. 7 VöB erfasst, soweit der Schwellenwert von Fr. 248'950.- nach der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 vom 27. November 2008 (AS 2008, 5955) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB erreicht wird, was vorliegend unstrittig der Fall ist. Es kann jedenfalls prima facie nicht davon ausgegangen werden, dass das BöB auf die streitige Beschaffung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht anwendbar und folglich auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre.

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin 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). Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 4

Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerde in materieller Hinsicht prima facie offensichtlich unbegründet erscheint.

E. 4.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Kriterien, die der Sicherstellung der finanziellen, wirtschaftlichen und/oder technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter dienen, sind in der Ausschreibung als Eignungskriterien zu bezeichnen (Art. 9 Abs. 1 BöB). Eignungskriterien müssen auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen lauten und dürfen die Anbieter nicht mit Bezug auf ihre Herkunft diskriminieren (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 4, B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.2, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3, m.w.H.; Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 347 f. mit Hinweis, Beyeler, a.a.O., N. 107). Werden Referenzen verlangt, ist darauf zu achten, dass nicht in wettbewerbsbeschränkender Weise solche verlangt werden, die vom Auftragsvolumen her weit über die ausgeschriebene Leistung hinausgehen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 349). Trotz der "Kann"-Formulierung von Art. 9 Abs. 1 BöB gilt die Festlegung von Eignungskriterien als Pflicht (Beyeler, a.a.O., N. 285; Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008 Marchés Publics 2008, Zürich 2008, S. 233 N. 47). Ihre ordnungsgemässe Bekanntgabe im Rahmen der Ausschreibung ist Ausfluss des Transparenzgebots (Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, N. 243; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 355). Eignungskriterien dienen damit zwar ebenso wie Zuschlagskriterien der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Beyeler, a.a.O., N. 286). Da sie sich nur auf die anbietende Person beziehen, werden sie aber, anders als Zuschlagskriterien, unabhängig vom offerierten Leistungspaket beurteilt. Eignungskriterien sollen Angebote herausfiltern, die sich wegen klaren, kategoriellen Unterschieden in der Eignung der anbietenden Person nicht mehr sachgerecht mit den übrigen Angeboten vergleichen lassen. Sie charakterisieren sich dadurch als zwingende Schwellenkriterien und

als Vorfragen für die Anwendung von Zuschlagskriterien (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 347 ff.).

E. 4.2

Nach ständiger Praxis verfügt die Vergabestelle bei der Wahl und der Anwendung von Eignungskriterien über einen breiten Ermessensspielraum (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.2, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1, B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.1; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 349, m.w.H.). Dass hohe Eignungsanforderungen im Lichte des erklärten beschaffungsrechtlichen Ziels, den Wettbewerb zu stärken (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB), problematisch sein können, ändert daran nichts. Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende, anders lautende Interessen an ihrer Festlegung den wirksamen Wettbewerb unnötig behindern, indem sie Vorgaben machen, die nur von einem oder zwei Anbietern erfüllt werden können (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 242, 363).

E. 4.3

Ein Anbieter, der schon die Festlegung der Eignungskriterien und nicht nur ihre Anwendung durch die Vergabestelle als rechtsfehlerhaft ansieht, hat diese Rüge bereits mit der Anfechtung der Ausschreibung und nicht erst gegen einen für ihn ungünstigen Zuschlagsentscheid geltend zu machen. Ist die Fehlerhaftigkeit für den Anbieter bereits aus der Ausschreibung ersichtlich, kann sie nach erfolgtem Zuschlagsentscheid nämlich nicht mehr gerügt werden (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3, m.w.H.; Marc Steiner, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 412). Auch gegen den Ausschluss vom Verfahren mangels Erfüllung eines Eignungskriteriums erfolgt eine solche Rüge damit verspätet.

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Eignung für den Auftrag nicht, da sie über keine Bewilligung für den Personalverleih gemäss Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, SR 823.11) verfüge und entsprechend aus dem Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

E. 4.4.1

In der hier interessierenden Ausschreibung wurde im SHAB Nr. 196 vom 9. Oktober 2009 unter Ziffer 3.8 einleitend festgehalten, dass die aufgeführten Eignungsnachweise vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebots bestätigt bzw. beigelegt und erfüllt werden müssten, ansonsten auf die Offerte nicht eingegangen werde. Als Frist für die Einreichung der Angebote wurde der 19. November 2009 bestimmt (Ziff. 1.4 der Ausschreibung). Einer der geforderten Nachweise (Ziff. 3.8 E7 der Ausschreibung) war derjenige einer Bewilligung zum Personalverleih. Als Beilage wurde eine Kopie der Bewilligung oder im Falle der Befreiung das entsprechende Schreiben des Kantonalen Amtes für Wirtschaft verlangt.

E. 4.4.2

Die Zuschlagsempfängerin reichte am 16. November 2009 (Datum Poststempel: 18. November 2009) zusammen mit der Offerte zum hier interessierenden Projekt unter

anderem eine Bestätigung für nicht-bewilligungspflichtigen Personalverleih des zuständigen kantonalen Amtes (beco Berner Wirtschaft) vom 8. Januar 2009 ein. Im Rahmen einer Rechts- und Missbrauchskontrolle erweist sich die Vorgehensweise der Vergabestelle als sachgerecht, wenn sie aufgrund der Bestätigung des kantonalen Amtes die Eignung der Zuschlagsempfängerin als in diesem Punkt gegeben erachtete. Indem die Zuschlagsempfängerin nachgewiesen hat, dass sie zur Zeit für den Auftrag keine Bewilligung zum Personalverleih benötigte, ist sie den entsprechenden Bedingungen in der Ausschreibung fristgerecht nachgekommen. Folglich sind diesbezüglich keine Gründe ersichtlich, die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen. Es kann von der Vergabestelle in diesem Verfahrensstadium auch nicht gefordert werden, dass sie die von der zuständigen Behörde verfasste Bestätigung materiell zu überprüfen hätte. Sind jedoch die Voraussetzungen für den nicht-bewilligungspflichtigen Personalverleih nicht mehr gegeben, indem beispielsweise die jährliche Umsatzschwelle von CHF 100'000.- (Art. 12 AVG i.V.m. Art. 29 der Arbeitsvermittlungsverordnung vom 16. Januar 1991 [AVV, SR 823.111]) überschritten wird, muss beim zuständigen Amt ein Gesuch für eine Bewilligung für den Personalverleih gestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass die jährliche Umsatzschwelle von CHF 100'000.- im vorliegenden Fall bei einem Auftragsvolumen von über CHF 700'000.- und einer Leistungsperiode vom 1. Quartal 2010 bis zum 4. Quartal 2011 überschritten wird. Ist dies der Fall, ist die entsprechende Bewilligung nachträglich einzuholen. Mit Eingabe vom 28. Juni 2010 reicht die Zuschlagsempfängerin eine entsprechende Bewilligung vom 17. Juni 2010 zu den Akten. Die Beschwerdeführerin beantragt im Schreiben vom 5. Juli 2010, diese Eingabe aus den Akten zu weisen. Der Antrag der Beschwerdeführerin ist aber abzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin hat sich zwar im vorliegenden Verfahren nicht als Partei konstituiert und somit grundsätzlich keinen Anspruch auf einen Einbezug ins Verfahren. Trotzdem liegt es im Ermessen der Beschwerdeinstanz, inwieweit sie "andere Beteiligte" in das Verfahren einbeziehen will, etwa weil sie sich dadurch weitere Aufschlüsse über den Sachverhalt verspricht (vgl. Seethaler/Plüss, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 57 N 15 m.w.H.). Zudem gebietet der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG), dass die Behörde den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Da die beigebrachte Personalverleihbewilligung den Sachverhalt vervollständigt, ist diese ohne Weiteres zu den Akten zu nehmen.

E. 4.5

Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, obwohl sie ein massiv günstigeres Angebot als beispielsweise die Zuschlagsempfängerin deponiert habe (CHF 478'500.- gegenüber CHF 706'200.-), habe sie den Zuschlag trotzdem nicht erhalten. Der Grund für die Nichtberücksichtigung sei auf erhebliche Punktabzüge bei den Selbstdeklarationen und dem Mitarbeiterprofil zurückzuführen. Der Begründung der Vergabestelle könne entnommen werden, dass diese von einer längeren Einarbeitungszeit ausgegangen sei und andererseits diverse fehlende Unterlagen/Nachweise, namentlich Drittreferenzen, beanstandet habe. Diese Beanstandungen seien unbegründet. Die Annahme einer Einarbeitungszeit bei dem für das Los 31 vorgesehene Profil sei willkürlich, da Herr C. _____ eine über zehnjährige Erfahrung beim Bund und bei öffentlichen Verwaltungen aufweisen könne. Zudem seien von der Vergabestelle keine Drittreferenzen einverlangt worden. Die Qualität des Mitarbeiters ergebe sich ohne weiteres aus den eingereichten Projektreferenzen.

E. 4.5.1

Der Vergabestelle steht nicht nur bei der Wahl der Eignungskriterien (vgl. E. 4.2) und der Eignungsnachweise sondern auch bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf, zumal gemäss Art. 31 BvE im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann. 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 vom 29. November 2006 E. 1.5; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2). Namentlich steht die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung auch in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, im Ermessen der Vergabestelle (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4). Das Bundesverwaltungsgericht greift hier nur in den Spielraum der Vergabestelle ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 473). Entsprechend kann, soweit die Beschwerdeführerin eine unangemessene Bewertung geltend macht, auf diese Rüge nicht eingegangen werden. Soweit die Beschwerdeführerin hingegen eine willkürliche Bewertung ihres Angebots rügt, ist darauf einzutreten.

E. 4.5.2

In der Ausschreibung im SHAB Nr. 196 vom 9. Oktober 2010 wurden unter Ziff. 3.8 die verlangten Eignungsnachweise aufgeführt. Betreffend die Zuschlagskriterien wurde in Ziff. 3.9 auf die Unterlagen verwiesen. Gemäss Pflichtenheft ging die Vergabestelle bei der Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für das Los 31 hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen an die Leistung von maximal 1930 Punkten (57 %) und hinsichtlich des Preises von maximal 1450 Punkten (43 %) aus. Als Anforderungen wurde in Bezug auf das nicht monetäre Kriterium unter anderem verlangt, dass für jedes Profil, für das ein Angebot eingereicht werde, die vorgegebenen Exceltabellen (Selbstdeklaration) auszufüllen seien (Vorlage gemäss Beilage Zuschlagskriterien). Des Weiteren seien detaillierte Lebensläufe mit Foto sowie Diplomen wie auch Erfahrungs- und Kenntnissnachweise einzureichen. Die Exceltabellen (Selbstdeklaration) seien Bestandteil des Angebots und durch die Anbieterinnen unterzeichnet einzureichen. Schliesslich wurde darauf hingewiesen, dass das Evaluationsteam im Rahmen der Evaluation die Selbstdeklarationen aufgrund der eingereichten Lebensläufe, Diplome, Erfahrungs- und Kenntnissnachweise vergleichen werde. Unter Ziff. 8.1 Bst. C des Pflichtenhefts wurde noch einmal präzisiert, dass unter anderem Kopien von Diplomen, Zertifikaten, Erfahrungs- und Kenntnissnachweisen sowie Referenzen einzureichen waren.

E. 4.5.3

Die Gründe für die im Vergleich zur Selbstdeklaration vorgenommenen Punktabzüge wurden der Beschwerdeführerin im Schreiben (Begründung) vom 28. Februar 2010 von der Vergabestelle kurz dargelegt. In der Stellungnahme vom 12. April 2010 setzte sich die Vergabestelle eingehend mit den Rügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien des fraglichen Profils auseinander. Die Punktabzüge begründet die Vergabestelle vor allem damit, dass sich in den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen keine oder keine hinreichend nachvollziehbaren Belege für die verlangten Merkmale hätten finden lassen.

E. 4.5.4

Die Beschwerdeführerin gab sich im Angebot in der Selbstdeklaration für das Profil (C. _____) 1740 Punkte (max. mögliche Punkte: 1930). Die Vergabestelle bewertete das Profil mit 300 Punkten. Die Vergabestelle begründet ein Grossteil der Punktabzüge mit Bezug auf das Angebot der Beschwerdeführerin nachvollziehbar. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, auch wenn man ihr die in der Selbstdeklaration aufgeführten 1740 Punkte zu einem Teil zubilligen würde, für einen Zuschlag kaum in Frage käme. Entsprechend können nach vorläufiger Prüfung der materiellen Rechtslage den von der Beschwerdeführerin gestellten Anträgen auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und gerichtliche Anweisung der Vergabestelle, das Angebot der Beschwerdeführerin neu zu bewerten, gestützt auf die vorhandenen Akten wenige Erfolgchancen zuerkannt werden.

E. 4.6

Da die Beschwerde aber aufgrund der Punktedifferenz beim angebotenen Preis (Bewertung des Zuschlagskriteriums Z2: Beschwerdeführerin: 898 Punkte; Zuschlagsempfängerin: 0 Punkte) dennoch nicht als offensichtlich unbegründet erscheint, ist des Weiteren für die Frage, ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist oder nicht, eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen.

E. 4.6.1

Die Vergabestelle macht geltend, der mit dem Los 31 gesuchte "Programm Manager" habe die ganze Projektpalette im Bereich Aufbau einer VBS-weiten sicheren Basisplattform-Architektur zu steuern und zu koordinieren. Würde dieses Projekt verzögert, sei es nicht möglich, die neue Büroautomationsumgebung den Truppen zur Verfügung zu stellen. Auch die offenen Punkte im Bereich Sicherheit würden für die Armee und die Sicherheit des Landes ein grosses Gefährdungspotential darstellen.

E. 4.6.2

Die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gehen grundsätzlich dahin, durch Aufhebung der Zuschlagsverfügung die Chancen auf die Erteilung des Zuschlages und damit auf die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages zu wahren. Die Beschwerdeführerin substantiiert jedenfalls ihr Interesse an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht weiter, ausser dass sie bezweifelt, dass eine Verzögerung der zur Diskussion stehenden Arbeiten zu einer Gefährdung der Sicherheit des Landes führen könnte.

E. 4.6.3

Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt eine besondere Dringlichkeit in dem Sinne, als der aktuelle Betrieb der Informatik sowie die laufenden Projekte und Programme der FUB weitergeführt werden können und damit die Funktionsfähigkeit der Informatik des VBS aufrecht erhalten werden kann. In diesem Sinne hat der Instruktionsrichter die Vergabestelle bereits superprovisorisch in Abweisung des anders lautenden Antrags der Beschwerdeführerin ermächtigt, Leistungen, die für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik erforderlich sind, einstweilen weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Das VBS erfüllt verschiedene Aufgaben im sicherheits- und rüstungspolitischen Bereich und damit im Zusammenhang mit der Sicherheit der Schweiz. Hier ist bezüglich Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Nachweisbarkeit der Daten, höchste Informatiksicherheit geboten. Zudem stellt ein Plattformwechsel, wie er vorliegend

im Gang ist, und somit ein gemeinsamer Betrieb von alten und neuen Infrastrukturen, grundsätzlich ein sicherheitstechnisches Risiko dar. Entsprechend schnell sollte folglich der Übergang geschehen. Dies um so mehr, als über 13'000 VBS-Arbeitsplätze von den Massnahmen betroffen sind. Diesen öffentlichen Interessen kommt ein erhebliches Gewicht zu.

E. 4.7

Wegen den geringen Erfolgsaussichten und den erheblichen öffentlichen Interessen sind die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gemeinsam gewichtiger, als diejenigen die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Entsprechend ist das beantragte Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, damit das Vergabeverfahren fortgeführt und durch Erteilung des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu einem Abschluss gebracht werden kann.

E. 4.8

Bei dieser im Rahmen der aufschiebenden Wirkung vorgenommenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde ist in aller Regel, wie auch im vorliegenden Fall, auf weitere Beweismassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 27. April 2010 beantragt, zu verzichten. Gestützt darauf, dass die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird, sind die Anträge Ziff. 7. und 8. in den Schlussbemerkungen der Vergabestelle vom 27. Mai 2010 abzuweisen. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf weitergehende Akteneinsicht wird nach Rechtskraft dieses Zwischenentscheids zurückzukommen sein.

E. 5

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

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