

BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-08-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3526_2013

FR: TAF B-3526/2013 du 16 août 2013

IT: TAF B-3526/2013 del 16 agosto 2013

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen die Erteilung des Zuschlages durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 1.2

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 2004/48 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 die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.3

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 11. Februar 2013 von einem Lieferauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB bedeutet der Begriff "Lieferauftrag" einen Vertrag über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Die zu beurteilende Vergabe umfasst den Kauf von Business-Computermonitoren (Ziffer 2.1 der Ausschreibung) und wird damit sachlich vom BöB erfasst. Der Preis der berücksichtigten Angebote von Fr. 5'952'032.- (Zuschlagsempfängerin 1) und Fr. 6'789'288.- (Zuschlagsempfängerin 2) überschreitet zweifelsfrei den für Lieferungen geltenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 (AS 2011 5581). Demnach fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

E. 1.4

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungs-verfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das

BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.5

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu neuerdings Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen). Dasselbe muss konsequenterweise für in ähnlicher Weise präjudizierende Anordnungen betreffend vorsorgliche Massnahmen gelten. Wenn ein ständiger bzw. regelmässiger Bedarf besteht, erscheint es indessen sachgerecht, über kleine Teilbeschaffungen einzelrichterlich zu entscheiden, was vorliegend nicht nur in Bezug auf den bereits beurteilten Antrag der Vergabestelle auf Erteilung der Erlaubnis zur Beschaffung von 600 Monitoren (vgl. dazu die Verfügung vom 18. Juli 2013), sondern auch mit Blick auf die vorliegend beantragte Erlaubnis betreffend die Beschaffung von 2'400 Monitoren bis Ende 2013 angezeigt erscheint.

E. 2

Gegenstand des zu treffenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag der Vergabestelle auf Erteilung der Erlaubnis zur Teilbeschaffung von 2'400 Monitoren. Diese Erlaubnis ist gemäss diesem Antrag befristet bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids, mit dem der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin 1 aufgehoben und einem anderen Anbieter erteilt wird, längstens jedoch bis Ende 2013.

E. 2.1

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). Dasselbe wie für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gilt diesbezüglich auch für vorsorgliche Anordnungen wie die vorliegend beantragte Erlaubnis (vgl. dazu etwa die Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 2, und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, E. 2).

E. 2.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung oder ein Antrag betreffend vorsorgliche Anordnungen 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; SR 172.056.4) 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. 2.3

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle weder mit Stellungnahme vom 5. Juli 2013 noch im Rahmen der Beschwerdeantwort vom 12. Juli 2013 geltend gemacht, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet und es sei ihr bereits deshalb der Bezug von 2'400 Monitoren zu gestatten (vgl. zu den Ausführungen der Zuschlagsempfängerin 1 zur Hauptsachenprognose E. 5.4 hiernach). Damit ist über den Antrag der Vergabestelle allein aufgrund der in Erwägung 2.2 hiervoor dargestellten Interessenabwägung zu entscheiden. Es ist demnach einerseits zu prüfen, ob die Gründe, welche für die Erlaubnis zur Beschaffung von 2'400 Monitoren sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Ausserdem ist gegebenenfalls darüber zu befinden, ob eine Erlaubnis zum Bezug der Monitore die Beschaffung derselben bei der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin 1 oder der Zuschlagsempfängerin 2 zum Gegenstand haben soll. Vorab erscheinen indessen im Folgenden Ausführungen zur Prozessrolle der Zuschlagsempfängerin 1 im Rahmen des vorliegenden Zwischenverfahrens angezeigt.

E. 3

Mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2013 betreffend den Antrag der Vergabestelle auf Erlaubnis zur Beschaffung von 600 Monitoren bis Ende August 2013 ist offen gelassen

worden, welche Prozessrolle der Zuschlagsempfängerin 1 im Bezug auf die genannte Zwischenverfügung zukommt, wobei die von ihr vorgebrachten Argumente gleichwohl behandelt worden sind, um jedenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu vermeiden. In Bezug auf die jetzt zu treffende Anordnung stellen sich dieselben Fragen.

E. 3.1

In Vergabesachen wird die Zuschlagsempfängerin nur zur Partei, wenn sie eigene Anträge stellt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1321 mit Hinweisen auf die Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen). Dazu ist in Bezug auf den vorliegenden Fall zunächst festzuhalten, dass die Zuschlagsempfängerin 1 mit Eingabe vom 5. Juli 2013 auf eine Stellungnahme zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung verzichtet und den "hierzu zu fällenden Entscheid" dem Bundesverwaltungsgericht überlassen hat. Zugleich hat die Zuschlagsempfängerin 1 sich mit einem Antrag auf Abweisung der Beschwerde als Beschwerdegegnerin in der Hauptsache konstituiert und um Fristansetzung für Anträge in der Hauptsache ersucht. In der Folge ist ihr eine Frist für die Beschwerdeantwort bis zum 19. Juli 2013 angesetzt worden. Dieses Vorgehen erscheint zulässig und auch nachvollziehbar, zumal bereits aus der Beschwerde vom 18. Juni 2013 erkennbar war, dass der Interessenabwägung bzw. der Frage nach der Dringlichkeit unabhängig von den Prozessaussichten entscheidende Bedeutung zukommen würde (vgl. dazu E. 2.2 hiavor). Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 vom Verzicht des Konsortiums, das den Zuschlag erhalten hat, auf eine Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Sachverhalt, Bst. I) wie auch vom Eingang der Beschwerdeantwort (Sachverhalt, Bst. L) Kenntnis genommen und diesem als unterliegender Beschwerdegegnerin im Hauptverfahren Kosten auferlegt (E. 10). Es stellt sich indessen die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin 1 an ihren Verzicht auf Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung gebunden ist, wenn unmittelbar anschliessend über vorsorgliche Anordnungen zu entscheiden ist.

E. 3.2

Da die Zuschlagsempfängerin 1 vorliegend auf eine Stellungnahme betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung verzichtet hatte, wurde ihr nach Eingang der Anträge der Vergabestelle vom 12. Juli 2013 auf Erlaubnis zur Beschaffung von 600 Monitoren bis Ende August 2013 bzw. von 2'400 Monitoren bis Ende 2013 mit Verfügung vom 15. August 2013 keine Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt. Erst nachdem die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. August 2013 vorlag mit dem Eventualantrag, die allenfalls bewilligten Monitore seien bei der Beschwerdeführerin zu beschaffen, und vom Bundesverwaltungsgericht in der Folge mit Instruktionsverfügung vom 17. Juli 2013 die Frage aufgeworfen worden war, ob Gegenstand einer vorsorglichen Anordnung nicht auch die Erlaubnis zum Bezug von Monitoren bei der Zuschlagsempfängerin 2 sein könnte, wünschte die Zuschlagsempfängerin 1 zunächst die Zustellung der Eingabe der Beschwerdeführerin und reichte anschliessend innert der der Vergabestelle angesetzten Frist (18. Juli 2013, 12:00 Uhr, vorab per Fax) ebenfalls eine Stellungnahme ein. Darin macht sie geltend, in den Begehren der Vergabestelle seien neue prozessuale Anträge zu sehen, welche über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinausgehen. Zu einem solchen neuen Antrag dürfe sich die Zuschlagsempfängerin 1 auch dann äussern, wenn sie auf eine Stellungnahme zum Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung verzichtet habe. Ausserdem sei erst

mit Verfügung vom 17. Juli 2013 die Frage aufgeworfen worden, ob die Monitore nicht auch bei der Zuschlagsempfängerin 2 bezogen werden könnten. Mit Eingabe vom 13. August 2013 bekräftigt die Zuschlagsempfängerin 1 ihre Auffassung und weist insbesondere auf den Nachteil hin, welche sie durch die Lieferung von Monitoren durch die Zuschlagsempfängerin 2 erleiden würde.

E. 3.3

Der Zuschlagsempfängerin 1 ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Tatsache, dass die aufschiebende Wirkung im Ergebnis durch vorsorgliche Anordnungen nur teilweise gewährt wird, wohl nicht dazu führt, dass die entsprechenden Anträge neu sind. Vielmehr hält etwa Kiener fest, dass vorsorgliche Massnahmen auch getroffen werden können, um den Effekt einer Anordnung betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einzelfallgerecht zu differenzieren (Regina Kiener, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 3 zu Art. 56 VwVG). Dementsprechend kommt es auch in Vergabesachen gelegentlich vor, dass vorsorgliche Massnahmen und Anordnungen betreffend die aufschiebende Wirkung ineinander übergehen. Dies gilt etwa - wie vorliegend - für Beschaffungen betreffend dauernden oder regelmässigen Bedarf (vgl. dazu den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, E. 2, und ausführlich E. 4 hiernach), aber auch etwa für die Anfechtung von Ausschreibungen oder Verfügungen betreffend die Präqualifikation im selektiven Verfahren (Robert Wolf, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 159 ff., insb. S. 182; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342 mit Fn. 3120). Demzufolge sind diesbezüglich prima facie Vorbehalte gegenüber einer zu formalistischen Unterscheidung anzubringen. Gerade angesichts der der Konstellation, dass vorliegend eine Rahmenvereinbarung mit zwei Zuschlagsempfängerinnen in Frage steht und die Beschwerdeführerin in erster Linie den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin 1 angreift, erscheint ausserdem fraglich, ob die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin eventualiter die Lieferung durch sie selbst verlangt bzw. mit Verfügung vom 17. Juli 2013 die Frage aufgeworfen worden ist, ob auch eine Lieferung durch die Zuschlagsempfängerin 2 in Frage käme, die Ausgangslage derart verändert, dass die Zuschlagsempfängerin 1 an ihren mit Eingabe vom 5. Juli 2013 erklärten Verzicht auf Stellungnahme nicht mehr gebunden ist. An dieser Bindung ändert aufgrund der Tatsache, dass die Zuschlagsempfängerin 1 nicht automatisch Partei ist (vgl. dazu E. 3.1 hiervor), im Zweifel der Umstand nichts, dass diese sowohl durch die Lieferung von 2'400 Monitoren durch die Zuschlagsempfängerin 2 als auch durch eine solche durch die Beschwerdeführerin einen Nachteil erleidet (vgl. dazu die Stellungnahme vom 13. August 2013). Indessen kann die Frage nach der Prozessrolle der Zuschlagsempfängerin 1, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, auch vorliegend offen gelassen werden und wird demnach lediglich im Rahmen der Verlegung der Kosten von Bedeutung sein (vgl. dazu E. 7 hiernach).

E. 4.1

Produkte oder Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, sind für die Vergabestelle oft unverzichtbar. Diesfalls drängt es sich auf, nicht in Bezug auf die ganze in Frage stehende Lieferung eine Interessenabwägung vorzunehmen, sondern mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot zu entscheiden, ob nicht vorsorglich eine den Gesamtumfang der Beschaffung nicht in ungebührlicher Weise präjudizierende

Teilmenge zur Beschaffung freigegeben werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342). So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa in Bezug auf die Vergabe periodischer Druckaufträge (Nachträge für die Systematische Rechtsammlung; Vertragsdauer mindestens vier Jahre) angeordnet, dass die Vergabestelle den nächsten Nachtrag bei der bisher mit dem Druck betrauten Zuschlagsempfängerin beziehen darf (vgl. dazu die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6762/2011 vom 26. Januar 2012, Sachverhalt Bst. F und Bst. H, sowie E. 1.5 hiervor).

E. 4.2

Im vorliegenden Fall verlangt die Vergabestelle in ihrer Beschwerdeantwort vom 12. Juli 2013 die Erlaubnis zur provisorischen Beschaffung von 2'400 Monitoren bis Ende 2013. Diese sei erforderlich, um den laufenden Betrieb aufrechterhalten zu können. Insbesondere gelte es, neue Arbeitsplätze einrichten zu können und defekte Monitore zu ersetzen. Aufgrund des laufenden Vergabeverfahrens seien keine grossen Bestellungen mehr getätigt worden, weshalb die betroffenen Verwaltungsstellen von den noch vorhandenen Lagerbeständen zehrten.

E. 4.3

Die Zuschlagsempfängerin 1 ihrerseits stellt keine Anträge zur Frage, ob die strittige Erlaubnis zu erteilen ist. Sie äussert sich aber in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2013 für den Fall, dass eine Erlaubnis erteilt wird, dahingehend, dass die Monitore in erster Linie bei ihr bezogen werden sollen. Diese Frage ist im vorliegenden Zusammenhang indessen nicht relevant.

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin lehnt in ihrer Eingabe vom 23. Juli 2013 die Erlaubnis zur Beschaffung von 2'400 Monitoren bis Ende 2013 mangels Dringlichkeit ab. Die Bundesverwaltung habe aufgrund der bereits erlaubten Teillieferung von 450 Monitoren bis Ende August 2013 genügend Ressourcen, um einer allfälligen Nachfrage gerecht zu werden. Ausserdem bemängelt die Beschwerdeführerin die Bedarfsermittlung der Vergabestelle. So sei nicht nachvollziehbar, wie diese den angeblichen Bedarf ermittelt habe. Eventualiter beantragt sie, dass es der Vergabestelle zu erlauben sei, die nach erfolgtem Bedürfnisnachweis tatsächlich erforderliche Anzahl Monitore bis Ende 2013 bei der Beschwerdeführerin und subeventualiter bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu beziehen.

E. 4.5

Aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin vom 23. Juli 2013 betreffend die Nachvollziehbarkeit der Bedarfsermittlung wurde die Vergabestelle mit Verfügung vom 24. Juli 2014 aufgefordert, zu diesem Punkt Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 30. Juli 2013 ergänzt die Vergabestelle ihren Standpunkt dahingehend, dass die entsprechenden Zahlen vom Teamleiter Hardware BBL zusammengetragen worden seien. Dieser habe zu diesem Zweck den für diese Beschaffung zuständigen Projektleiter beim Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT) kontaktiert. Daraufhin sei mit den zuständigen Personen in den betroffenen Departementen der konkrete Bedarf abgeklärt worden. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass das vorliegende Beschaffungsverfahren aufgrund eines Verfahrensabbruchs und der anschliessend erfolgten Neuausschreibung bereits lange andauere; deshalb seien die Lager der Leistungserbringer praktisch leer. Sie gibt weiter an, dass diese Zahlen im Hinblick auf die Beschwerdeantwort verifiziert und bezüglich ihrer Dringlichkeit unterschieden worden seien; demzufolge habe sich die Bedarfsgrösse deutlich

verkleinert. Dabei sei aufgrund der Rückmeldungen der vier grössten Bundesämter ein dringlicher Mindestbedarf von 1'400 Monitoren sowie einer Schwungmasse ("Puffer") von 1'000 Monitoren ermittelt worden. Diese Ermittlung sei aufgrund der Erfahrungswerte der vergangenen Jahre und den aktuellen Bedarfszahlen - unter Berücksichtigung der Lagerbestände, der Personalfluktuaton sowie der technischen Ausfallraten - für die gesamte Bundesverwaltung erfolgt. Grundsätzlich ist es ohne Weiteres nachvollziehbar, dass für den laufenden Betrieb eine gewisse Anzahl von Monitoren verfügbar sein muss. Selbst die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass defekte Monitore zu ersetzen sind (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. Juli 2013, Rz. 12). Es steht auch naheliegenderweise ausser Frage, für neue Arbeitsplätze auf die entsprechende Büroinfrastruktur zu verzichten. Überdies kann entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht gesagt werden, durch die Erlaubnis, bis Ende August 2013 450 (anstelle der beantragten 600) Monitore zu beschaffen, fehle dem nun zu beurteilenden Antrag jegliche Dringlichkeit. Näher einzugehen ist demgegenüber auf die Anzahl der zu beschaffenden Geräte, in Bezug auf welche die beantragte Erlaubnis erteilt werden kann. Soweit die Beschwerdeführerin der Vergabestelle bereits die Tatsache an sich, dass der Bedarf geschätzt ist, einen Vorwurf machen will, ist sie nicht zu hören. Hingegen weist die Beschwerdeführerin richtigerweise darauf hin, dass eine Schätzung ohne vorherige Konsultation der Departemente und Verwaltungsstellen mit Blick auf die zu treffende Anordnung nicht angängig wäre. Genau zu diesen Abklärungen macht aber die Vergabestelle mit Eingabe vom 30. Juli 2013 die entsprechenden Ausführungen. Der Teamleiter Hardware hat demnach in diesem Zusammenhang den für diese Beschaffung zuständigen Projektleiter beim BIT kontaktiert, worauf mit den zuständigen Personen in den betroffenen Departementen der konkrete Bedarf abgeklärt worden sei. In diesem Zusammenhang ist auch in Erinnerung zu rufen, dass eine Teilbeschaffung für die gesamte Bundesverwaltung in Frage steht, wobei allein die Führungsunterstützungsbasis der Schweizer Armee (FUB), welche im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie zugunsten der Verwaltung im VBS ihre Dienste erbringt, 14'900 Arbeitsplätze und das BIT 16'400 Arbeitsplätze bedient (vgl. dazu die Stellungnahme der Vergabestelle vom 30. Juli 2013, Rz. 6). Damit ist der aufgrund der getroffenen Abklärungen geschätzte Bedarf für die Zollverwaltung, das EDA, dem BIT und die FUB von insgesamt rund 1'400 Monitoren für die nächsten vier Monate rechtlich nicht zu beanstanden.

E. 4.6

Im Folgenden ist nun zu prüfen, wie es sich diesbezüglich mit dem von der Vergabestelle geltend gemachten "Puffer" bzw. der Schwungmasse von weiteren 1'000 Monitoren verhält. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass die geltend gemachte Schwungmasse von 1'000 Monitoren angesichts der bereits bewilligten Teillieferung von 450 Monitoren als zu hoch erscheint. Die Vergabestelle gibt zwar zu bedenken, dass ihre Lagerbestände aufgrund des Verfahrensabbruchs und der Neuausschreibung der in Frage stehenden Monitore praktisch leer sind. Gleichwohl erscheint eine Schwungmasse in nahezu gleicher Höhe wie der tatsächlich ermittelte und vom Bundesverwaltungsgericht als nachvollziehbar erachtete Bedarf als zu hoch. Zugunsten der Vergabestelle ist indessen zu berücksichtigen, dass von der Bedarfsschätzung in Höhe von 1'400 Monitoren gewisse kleinere Ämter nicht erfasst sind, welche direkt unter dem angefochtenen Zuschlag Monitore beschaffen, d.h. die genannten vier grossen Leistungserbringer nicht einschalten, um ihren Bedarf zu decken (vgl. dazu die Stellungnahme der Vergabestelle vom 30. Juli 2013, Rz. 7). Es ist auch nicht

zu beanstanden, dass nicht bei jedem dieser Ämter eine genaue Bedarfsschätzung eingeholt worden ist. Andererseits ist hervorzuheben, dass mit der Zollverwaltung (inkl. Grenzwachtkorps) und dem EDA (mit 5'400 Mitarbeitenden) weite Teile der Bundesverwaltung bereits in der Bedarfsschätzung betreffend die 1'400 Monitore enthalten sind. Ausserdem ist es nicht das Ziel der vorsorglichen Erlaubnis, dass die grossen Leistungserbringer ihre Lager über die für den täglichen Betrieb notwendigen Mindestbestände hinaus während der Dauer des laufenden Verfahrens auffüllen können (vgl. dazu die Stellungnahme der Vergabestelle vom 30. Juli 2013, Rz. 8). Demnach ist die Schwungmasse - übrigens prozentual im Ergebnis dem Begehren um Erlaubnis zur Beschaffung von 600 Monitoren entsprechend, wovon mit 150 Monitoren ein Viertel "Schwungmasse" - auf einen Viertel des ausgewiesenen Bedarfs, d.h. auf 350 Monitore zu beschränken. Diese zurückhaltende Festlegung der "Schwungmasse" rechtfertigt sich auch deshalb, weil die vorliegende Zwischenverfügung insoweit nicht materiell rechtskräftig wird, als die Vergabestelle gestützt auf tatsächlich ausgewiesenen Bedarf jederzeit die Erlaubnis zur Beschaffung weiterer Monitore beantragen kann.

E. 4.7

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass insgesamt vorbehältlich der vorherigen Beendigung des vorliegenden Verfahrens die Erlaubnis zu erteilen ist, bis Ende 2013 die benötigte Anzahl Monitore, höchstens aber 1'750 Monitore, zu beschaffen. Damit ergibt sich unter Berücksichtigung der bereits bis Ende August 2013 bewilligten Beschaffung von 450 Monitoren eine Zahl von insgesamt 2'200 Monitoren, womit auch ein angemessenes Verhältnis zu den insgesamt zu beschaffenden ca. 40'000 Monitoren erreicht wird.

E. 5

Nachdem der Lieferumfang festgelegt ist, gilt es zu prüfen, bei wem die Vergabestelle die in Frage stehenden Monitore beziehen soll. Hierüber besteht ebenfalls Uneinigkeit.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin stellt mit Eingabe vom 23. Juli 2013 im Sinne eines Eventualantrages das Begehren, es sei der Vergabestelle zu erlauben, die tatsächlich erforderliche Anzahl Monitore bis Ende 2013 bei ihr zu beziehen. Subeventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, die tatsächlich nötigen Geräte bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu bestellen. Dadurch würden die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin 1 nicht gegenseitig benachteiligt.

E. 5.2

Die Zuschlagsempfängerin 1 beantragt mit Stellungnahme vom 18. Juli 2013 für den Fall, dass der Bezug von Monitoren erlaubt wird, es sei der Vergabestelle deren Bezug bei ihr zu gestatten. Sie begründet dies damit, dass sie bei der Auswertung der Angebote den ersten Rang erreicht habe, wogegen die Zuschlagsempfängerin 2 den zweiten Rang belege. Selbst wenn die Beschwerdeführerin einen der beiden Zuschlüsse erstreiten oder gar den ersten Rang belegen sollte, könne dies nur auf Kosten der Zuschlagsempfängerin 2 erreicht werden, weshalb auch die hier in Frage stehenden Monitore bei ihr zu beziehen seien.

E. 5.3

Die Vergabestelle hat betreffend die Erlaubnis des Bezuges von 600 Monitoren bis Ende August 2013 mit Eingabe vom 18. Juli 2013 ausgeführt, die Tatsache, dass allenfalls der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin 2 aufgehoben und dieser der Beschwerdeführerin

erteilt werden könnte, führe gegebenenfalls für eine kleine Anzahl des in Frage stehenden Drittprodukts zu einem nicht unerheblichen Aufwand auf Seiten der Vergabestelle (Stellungnahme vom 18. Juli 2013, Rz. 2). Letztlich sei jedoch für die Vergabestelle der Lieferant der dringlich benötigten Monitore nicht entscheidend. Auch eine Beschaffung bei der Beschwerdeführerin oder bei der Zuschlagsempfängerin 2 wäre möglich. Wichtig sei, dass den Verwaltungsstellen funktionierende Monitore in genügender Anzahl zur Verfügung stehen (Stellungnahme vom 18. Juli 2013, Rz. 2). Im Anschluss an die Zwischenverfügung vom 18. Juli 2013 hat sich die Vergabestelle zu dieser Frage nicht mehr geäußert; es ist jedoch naheliegend, dass sie im vorliegenden Zusammenhang dieselbe Ansicht vertritt.

E. 5.4

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde entgegen der Auffassung der Zuschlagsempfängerin 1 (Stellungnahme vom 13. August 2013, Rz. 16) in erster Linie den Zuschlag an diese, und nur im Sinne eines Eventualbegehrens den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin 2 angreift. Weiter stehen sich aufgrund der Tatsache, dass sich die Zuschlagsempfängerin 2 am Verfahren nicht beteiligt, primär die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin 1 gegenüber. Die Prozessaussichten sind hingegen nur zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig sind (BGE 130 II 149 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. dazu mutatis mutandis E. 2.2 hiervor). Da die Zuschlagsempfängerin 1 durch den blossen Verweis auf die Beschwerdeantwort die Eindeutigkeit der Prozessaussichten nicht substantiiert, ist auf ihr Argument, wonach der Hauptantrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr anstelle der Zuschlagsempfängerin 1 den Zuschlag zu erteilen, auf jeden Fall abzuweisen sei, nicht weiter einzugehen (vgl. dazu die Stellungnahme der Zuschlagsempfängerin 1 vom 18. Juli 2013, Rz. 10). Die Ausführungen zur Hauptsachenprognose mit Eingabe vom 13. August 2013 sind nur für die Frage nach der Prozessrolle relevant (vgl. dazu E. 3 hiervor).

E. 5.5

Angesichts der soeben beschriebenen Ausgangslage ist zu prüfen, ob die strittige Teillieferung nicht an einen Dritten - also weder die Beschwerdeführerin noch die Zuschlagsempfängerin 1 - vergeben werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342 mit Fn. 3118). Dies setzt voraus, dass die Produkte der Zuschlagsempfängerin 1 und diejenigen der Zuschlagsempfängerin 2 gegenseitig substituierbar sind. Diese mit Instruktionsverfügung vom 17. Juli 2013 geäußerte Annahme wurde seitens der Verfahrensbeteiligten nicht bestritten. Im Gegenteil weist die Vergabestelle korrekterweise darauf hin, dass die Beschwerdeführerin dies im Ergebnis sogar ausdrücklich anerkennt (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 18. Juli 2013, Rz. 4).

E. 5.6

Berücksichtigt man schliesslich, dass in der vorliegenden Ausschreibung eine Art Rahmenvereinbarung mit zwei Zuschlagsempfängerinnen geschlossen werden soll, eröffnet dies bereits aufgrund der Logik der in Frage stehenden Beschaffung selbst die Möglichkeit, einen Dritten zu berücksichtigen, ohne dabei in Bezug auf den Streitgegenstand bezüglich der zu berücksichtigende Anbieterin im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin 1 präjudizierende Anordnungen zu treffen. Die Vermeidung der Benachteiligung einer dieser Parteien überwiegt dabei das Interesse der Vergabestelle, den Aufwand der Bedarfsstellen möglichst gering zu halten. Dies namentlich mit Blick auf den

Umstand, dass sich der mit dem Bezug bei der Zuschlagsempfängerin 2 verbundene Aufwand nur für den Fall über die normalen Abläufe hinaus als relevant erweisen sollte, dass die Zuschlagsempfängerin 2 als Ergebnis des vorliegenden Rechtsstreits allenfalls nicht mehr als Lieferantin in Frage kommt.

E. 5.7

Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Produkte der Zuschlagsempfängerinnen substituierbar sind. Weiter ist aufgrund der Tatsache, dass sich vorliegend in erster Linie die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin 1 gegenüberstehen, die einzig nicht präjudizierende Lösung, der Vergabestelle den Bezug der in Frage stehenden Monitore bei der Zuschlagsempfängerin 2 zu erlauben. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als dies den Eventualbegehren sowohl der Vergabestelle als auch der Beschwerdeführerin entspricht. Nach dem Gesagten kann offen bleiben, welche Bedeutung dem von der Beschwerdeführerin behauptete "Gewöhnungseffekt" an ein einmal auch in kleinen Mengen beschafftes Produkt zukommt; die Vergabestelle führt dazu aus, ein solcher sei in dieser Form sehr unwahrscheinlich (Stellungnahme vom 18. Juli 2013, Rz. 4).

E. 6

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 10. Juli 2013 die teilweise geschwärzten Aktenverzeichnisse für die Ordner 1 und 2 sowie all jene Aktenstücke in ungeschwärzter Form zugestellt wurden, welche gemäss den Anträgen der Vergabestelle nicht von der Akteneinsicht auszunehmen sind. Dies betrifft nebst den Publikationen und dem Pflichtenheft auch die beiden Angebote der Beschwerdeführerin. Zu den Aktenverzeichnissen ist zu erwähnen, dass die vorgenommenen Schwärzungen einzig die Namen der weiteren, nicht berücksichtigten Anbieter betreffen. Damit kann die Beschwerdeführerin selbst dort, wo ihr das Aktenstück nicht zur Einsicht zugestellt wurde, nachvollziehen, was für Akten betreffend die Zuschlagsempfängerinnen vorhanden sind. Nachdem der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 10. Juli Abdeckungsvorschläge gemacht bzw. entsprechend abgedeckte Dokumente verlangt hat, sind mit Stellungnahme vom 12. Juli 2012 (Posteingang 16. Juli 2013) die entsprechenden Akten eingegangen. Diese sind der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 16. Juli 2013 zugestellt worden. Darin enthalten sind namentlich aus dem Voraktenordner 1.1 die Unterlagen "Bezug der Ausschreibungsunterlagen/Öffnungsprotokoll" (Register 3), "Nachverhandlungen/Angebotsbereinigungen" (Register 4), "Evaluationsbericht" (Register 5) und "Debriefing" (Register 7) in teilweise abgedeckter Form. Aufgrund dieser Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin ohne Weiteres ein Bild machen von der Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 5; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Dies trifft auf die vorliegend entscheidende Interessenabwägung ohnehin zu, da der diesbezüglich relevante Sachverhalt in der Beschwerdeantwort der Vergabestelle vom 12. Juli 2013 sowie in deren Stellungnahme vom 30. Juli 2013 ohne Hinweis auf die Akten dargestellt wird. Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben indessen vorbehalten.

E. 7

Die Festsetzung und Verlegung der Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids erfolgt mit dem Hauptverfahren.

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