

BVGer B-3576/2021 vom 10. September 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-09-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3576_2021

FR: TAF B-3576/2021 du 10 septembre 2021

IT: TAF B-3576/2021 del 10 settembre 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die übrigen das Verfahren betreffenden Anträge, das Vergabeverfahren einstweilen zu sistieren, den Offerteingabetermin vom 30. August 2021 zu widerrufen (und dies potentiellen Anbietenden mitzuteilen sowie auf SIMAP zu publizieren) und der Vergabestelle einstweilen die Öffnung eingehender Offerten zu untersagen.

E. 2

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Das vorliegende Beschwerdeverfahren richtet sich nach diesen Bestimmungen.

E. 3

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 54 Abs. 2 BöB).

E. 3.1

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 3.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen eine Ausschreibung, die in den Anwendungsbereich des BöB fällt, wenn der für das Einladungsverfahren massgebende Schwellenwert (Anhang 4 des BöB) überschritten ist (Art. 53 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB), wobei bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur Sekundärrechtsschutz beantragt werden kann (Art. 52 Abs. 2 BöB). Zudem muss die Auftraggeberin dem Gesetz unterstehen (Art. 4 BöB), der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst sein (Art. 8 BöB) und es darf keiner der

Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben sein.

E. 3.2.1

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 3.2.2

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Gemäss Positivliste in Anhang 3, Ziff. 1.13 fallen Datenverarbeitung und verbundene Dienstleistungen in den objektiven Geltungsbereich des BöB. Demnach fällt die vorliegend zu beschaffende Dienstleistung prima facie in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 3.2.3

Die Vergabestelle wurde aufgefordert, das mutmassliche Auftragsvolumen zu präzisieren. In ihrer Stellungnahme führt sie aus, dass sie den Auftragswert auf Fr. (...) - (exkl. MwSt) schätze. Damit ist der Schwellenwert von Fr. 230'000.- gemäss Anhang 4 Ziff. 1.1 des BöB deutlich überschritten. Auch gemäss Ausschreibung (Ziff. 1.9) fällt die Ausschreibung in den Staatsvertragsbereich. Demnach ist davon auszugehen, dass die Beschwerde gegen die vorliegende Ausschreibung grundsätzlich zulässig ist.

E. 3.2.4

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 3.3

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

E. 3.4

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 m.w.H.), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Daher richtet sich bei Ausschreibungen die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat (Urteil des BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 m.w.H.; BVGE 2009/17 E. 3 m.w.H.).

E. 3.4.1

Die Beschwerdeführerin bietet nicht das von der Vergabestelle verlangte Produkt an, tritt aber mit einem Konkurrenzprodukt im relevanten Markt auf und behauptet, in diskriminierender Weise von der Ausschreibung ausgeschlossen geworden zu sein. Sie ist also nur dann als besonders berührt zu betrachten, wenn sie überhaupt in den potenziellen

Anbieterkreis fällt (Urteil des BGer 2C_563/2016 E. 1.3.2).

E. 3.4.2

Darüber hinaus könnte es der Beschwerdeführerin am schutzwürdigen Interessen mangeln, weil sie mit ihrer Beschwerde den Abbruch der Ausschreibung verlangt. Dabei stellt sich die Frage, welchen praktischen Nutzen sie daraus ziehen könnte, wenn sie mit diesem Begehren obsiegen würde.

E. 3.5

Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit der Ausschreibung abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts legitimiert ist, Beschwerde zu erheben. Es liegt im Wesen doppelrelevanter Sachverhalte, dass sie sowohl im Rahmen des Eintretens als auch im Rahmen der materiellen Beurteilung geprüft werden können (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.3).

E. 4

Wie bereits erwähnt bilden die Verfahrensanhträge der Beschwerdeführerin Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids, vorab der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 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. 54 Abs. 2 BÖB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren. Was die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bei Beschwerden gegen eine Ausschreibung zur Folge hat, ist nicht immer restlos klar. Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung führt dazu, dass die angefochtene Verfügung vorläufig keine Rechtswirkungen entfaltet. Da es sich hierbei um eine vorsorgliche Massnahme handelt, wird die angefochtene Verfügung aber nicht beseitigt, sondern bloss temporär aufgeschoben. Die aufschiebende Wirkung führt also für die Dauer des Verfahrens zur Situation, die bestünde, wenn die Verfügung nicht erlassen worden wäre (vgl. ähnlich Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1319). Im vorliegenden Verfahren hiesse dies, dass die Ausschreibung faktisch sistiert würde. Demnach sind die Verfahrensanhträge 1 und 2 der Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre faktische Wirkung als identisch zu betrachten und konsumieren zudem den Verfahrensanhtrag 4. Soweit der Widerruf des Offerteingabetermins gemäss Verfahrensanhtrag 3 über eine bloss - nach dem Gesagten durch die aufschiebende Wirkung schon herbeigeführte - Sistierung des Verfahrens hinausgeht, entspräche er bezüglich der bereits eingegangenen Offerten dem in der Hauptsache beantragten Abbruch des Verfahrens. Insoweit wäre er faktisch ein Teilentscheid und würde der Hauptsache vorgreifen, weshalb er als vorsorgliche Massnahme nicht in Frage kommt.

E. 4.1

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.

E. 4.1.1

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 BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.w.H.). 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 BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 2.1 m.w.H.).

E. 4.1.2

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. Gleiches gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. 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 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 BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So hielt die GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich fest, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BB1 1994 IV 950 ff., insb. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 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 BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.w.H.; 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. XVIII Ziff. 1 und 7 Bst. a GPA 2012 (SR 0.632.213.422) - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (noch zu Art. XX GPA 1994 [AS 1996 609 ff.] vgl. BVGE 2007/13 E. 2.2 m.w.H.; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3).

E. 4.2.1

Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung des Gebots der Technologieneutralität gemäss Art. 30 Abs. 1 BöB und eine fehlerhafte Formulierung des Ausschreibungstexts, da die Ausschreibung nicht die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 3 BöB erfülle. Die Vergabestelle hätte nach Art. 30 Abs. 3 BöB auch die Formulierung aufnehmen müssen, dass sie auch gleichwertige Produkte für die Ausschreibung berücksichtige. Um den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, hätte die Vergabestelle für die vorliegende Beschaffung eine leistungsorientierte Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes

vornehmen müssen. Sie hätte dazu im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VöB auf die technischen Spezifikationen verzichten und lediglich das Beschaffungsziel umschreiben sollen. Die Beschaffung mit dem Produkt einer Firma in einer Ausschreibung vorzugeben und einen Intra-brand-Wettbewerb unter den verschiedenen Anbietern des Produkts zu ermöglichen, sei aber nur möglich, wenn die Auftraggeberin die Festlegung des Produkts analog zu einem Freihandtatbestand begründen könne. Eine solche freihändige Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB sei aber nur zulässig, sofern ihr Beschaffungsvorhaben vorgängig zur Erstbeschaffung auf ihr Potenzial zur Verursachung von Freihandtatbeständen für Folgeleistungen untersucht und auf sorgfältige vorausschauende Weise geplant sei. Insbesondere bei der Beschaffung von Software sollen technische und auch rechtliche Abhängigkeiten von Anbieterinnen aber möglichst vermieden werden (Aeschbacher/Krebs, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Rz. 13 zu Art. 21 BöB). Weiter ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine Verletzung der gesetzlichen Höchstlaufzeit des Rahmenvertrags gegeben. Gemäss Art. 25 Abs. 3 BöB betrage die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre. Nur in begründeten Fällen könnten längere Laufzeiten vorgesehen werden, insbesondere wenn der Amortisationszeitraum dies erfordere. Ein solcher Grund sei im schnelllebigen IT-Bereich nicht erkennbar, insbesondere da die bisherige Vertragsdauer fünf Jahre betragen habe (vgl. Ziff. 3.1 des Pflichtenhefts). Damit sei auch Art. 25 Abs. 3 BöB aufgrund der achtjährigen Vertragsdauer verletzt.

E. 4.2.2

Die Vergabestelle beruft sich demgegenüber auf ihr erhebliches Ermessen zur Festsetzung technischer Spezifikationen und ihr Interesse an einem raschen Verfahrensablauf sowie auf den Schutz der bereits getätigten Investitionen. Die Vergabestelle führt aus, dass das vorliegende Software-Projekt bereits 2016 Gegenstand eines offenen Ausschreibungsverfahrens war. Die Evaluation verschiedener Lösungen habe mit Publikation auf simap.ch am 21. April 2016 zum Zuschlag an die Firma B. _____ AG mit dem Produkt "CELUM ContentHub" geführt. Am 19. April 2017 habe das Informatiksteuerungsorgan des Bundes (ISB) den Standardisierungsdienst A282 - Digital Asset Management (DAM) beschlossen sowie eine Einproduktstrategie festgelegt. Damit sei das vorliegende Standardprodukt "CELUM DAM" und damit auch das vorliegend interessierende Produkt "CELUM ContentHub" festgelegt worden. Anschliessend seien zwecks Sicherstellung, dass der Betrieb und die Wartung des Produkts "CELUM ContentHub" bis zum Abschluss des vorliegenden Beschaffungsverfahrens weiterhin erbracht werden könne, die betreffenden Leistungen vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2021 am 5. November 2020 freihändig der Firma B. _____ AG zugeschlagen worden (freihändige Vergabe F20234). Eine Publikation auf simap.ch sei nicht erfolgt, da der Beschaffungswert von Fr. (...) - (exkl. MwSt) unter dem für eine Publikation massgebenden Schwellenwert gelegen sei. Weiter führt die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme aus, dass das praktische Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG nur in Bezug auf Anliegen anerkannt werden könne, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden könnten. Da grundsätzlich die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse definiere, was sie beschaffen möchte, könne mit der Beschwerde auch nicht verlangt und erreicht werden, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt (vgl. BGE 137 II 313 E. 3). Die Vergabestelle anerkennt zwar, dass im offenen Verfahren eine Beschränkung auf bestimmte Software-Produkte nach Art. 30 Abs. 3 BöB grundsätzlich unzulässig sei. Ausnahmsweise

sei es aber in analoger Anwendung eines Ausnahmetatbestands für freihändige Verfahren durchaus zulässig, das Produkt in einer Ausschreibung vorzugeben und einen Intra-Brand-Wettbewerb unter den verschiedenen Händlern des Produkts zu veranstalten. Das sei im vorliegenden Fall insbesondere gerechtfertigt, da - im Anschluss an eine öffentliche Ausschreibung im Jahr 2016 - das Informatiksteuerungsorgan des Bundes (ISB) bereits 2017 einen Standardisierungsentscheid getroffen habe (vgl. Vorakten: Bel. 2). Die Beschwerdeführerin biete ein Produkt an, das bei der jetzt bestehenden IT-Plattformstruktur erhebliche technische Anpassungen oder Ergänzungen mit sich bringen würde, um die Kompatibilität sowie Interoperabilität der einzelnen Anwendungen innerhalb des Standarddienstes DAM gewährleisten zu können. Ein Produktwechsel würde gemäss Vergabestelle bei einem vorliegend geschätzten Auftragswert von rund Fr. (...) - voraussichtliche Mehrkosten von rund Fr. (...) - verursachen. Da es sich um ein in der Bundesverwaltung weit verbreitetes Standardprodukt handle, könnten erhebliche Systemausfallrisiken und sich daraus ableitende Folgerisiken verursacht werden. Ein Produktwechsel würde zumindest 1 bis 1.5 Jahre dauern. In diesem Migrationszeitraum käme einerseits die Weiterentwicklung des Standarddienstes zum Stillstand. Zudem müssten sämtliche Nutzer auf die neuen Produkte umgeschult und die bestehenden Prozesse müssten angepasst werden. Die Planungssicherheit für IT-Anwendungen wäre somit nicht mehr gegeben, was für die Bundesverwaltung nicht tragbar sei. Damit sei, so die Vergabestelle weiter, auch das einhergehende öffentliche Interesse am Schutz bereits getätigter Investitionen vorhanden. Vorliegend könne insbesondere Art. 21 Abs. 2 Bst. c und Bst. e BÖB analog angewendet werden. Voraussetzung hierfür sei nach Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB, dass aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des geistigen Eigentums nur ein bestimmtes Produkt in Frage komme. Zweitens dürfe es keine angemessene Alternative zu diesem Produkt geben. Für das Fehlen der angemessenen Alternative trage die Beschwerdeführerin die Beweislast (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.6.1 und E. 3.5.2). Zudem hätte die Vergabestelle nach der produktneutralen Ausschreibung im Jahr 2016 nun eine freihändige Folgebeschaffung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Bst. e BÖB durchführen können, da ein Wechsel der Software zu erheblichen technischen Schwierigkeiten, Projektverzögerungen und substantiellen Mehrkosten führe. Bereits die Integration des CELUM ContentHUB und die Überführung als Standard im BIT in den Jahren 2016 bis 2020 habe rund Fr. (...) - gekostet. Zudem hätten bereits mehrere Ämter damit begonnen, ihre digitalen Assets nach CELUM ContentHUB zu migrieren sowie Grossprojekte auf diesem Standarddienst aufzubauen. Um dennoch wenigstens einen Intra-Brand-Wettbewerb zu ermöglichen und damit dem Zweck von Art. 2 Bst. d BÖB grösstmöglich nachzukommen, habe sich die Vergabestelle jedoch im vorliegenden Fall dafür entschlossen, das streitgegenständliche Vergabeverfahren durchzuführen.

E. 4.2.3

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien erkennt die Praxis der Vergabebehörde einen breiten Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. m.w.H.) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 56 Abs. 3 BÖB (vgl. dazu Galli/Moser/Steiner/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 m.H.).

auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S. 9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall aber nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter beziehungsweise nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 m.w.H.; Galli/Moser/Steiner/Lang, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher funktionale Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. X Ziffer 2 Bst. a GPA 2012 favorisiert, nach der Praxis zwar erwünscht, aber nicht zwingend (noch zu Art. VI GPA 1994 vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 f.; Zwischenverfügung des BVGer B-5792/2020 vom 3. März 2021 E. 8.5.2; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 m.w.H.). Diese Praxis entspricht der altrechtlichen Rechtslage, wie sie sich aus Art. 16a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB, AS 1996 518 ff.) i.V.m. Art. 12 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB, AS 1996 508 ff.) vom 16. Dezember 1994 ergab.

E. 4.2.4

Das auf 1. Januar 2021 neu in Kraft getretene BöB verschärft allerdings die Anforderungen diesbezüglich. So hält Art. 30 Abs. 3 BöB fest: "Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte 'oder gleichwertig' aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch die Anbieterin nachzuweisen." Zur Leistungsbeschreibung kann die Vergabestelle demnach zwar technische Spezifikationen verwenden. Diese sind jedoch produktneutral vorzunehmen und die Vergabestelle hat zu vermeiden, dass diese auf einen bestimmten Anbieter zugeschnitten sind. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle den Zusatz "oder gleichwertig" nicht in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen. Damit genügt die Ausschreibung nicht den Voraussetzungen des Wortlauts von Art. 30 Abs. 3 BöB. Vor diesem Hintergrund ist der Ausschreibungstext an sich unzulässig. Immerhin kann es gemäss Oechslin/Locher, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Rz. 13 zu Art. 30 zulässig sein, das Produkt eines Unternehmens in einer Ausschreibung vorzugeben und einen Intra-brand-Wettbewerb unter den verschiedenen Händlern des Produkts zu veranstalten. Voraussetzung hierfür ist, dass die Auftraggeberin die Festlegung des Produkts analog zu einem Freihandtatbestand begründen und damit den erwähnten Intra-brand-Wettbewerb schaffen kann. Entgegen der Ansicht der Vergabestelle (Ziff. 21 ihrer Stellungnahme) trägt für das Bestehen dieser Möglichkeit aber grundsätzlich nicht die Anbieterin, sondern die Vergabestelle die Beweislast (Art. 8 ZGB; vgl. auch Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851 ff, S. 1926 f.; die Aussage im von der Vergabestelle angeführten BGE 137 II 313 E. 3.5.2 betrifft eine spezielle, vorliegend nicht gegebene Fallkonstellation und erging zudem unter der Herrschaft alten Rechts).

E. 4.2.5

Demnach muss die Vergabestelle einen der Freihand-Tatbestände aus Art. 21 BöB erfüllen, wenn sie die Ausschreibung in Abweichung der Anforderungen zur Produktneutralität gemäss Art. 30 BöB auf ein bestimmtes Produkt reduzieren und damit einen

Intrabrand-Wettbewerb durchführen möchte. Vorliegend kommen die Tatbestände gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. c und e BÖB in Frage.

E. 4.2.6

Die Vergabestelle beruft sich primär auf die technischen Eigenschaften der Beschaffung und damit auf den Tatbestand nach Buchstabe c. Die Bedarfsstelle hatte sich vorgängig zur hier angefochtenen Ausschreibung damit auseinandergesetzt, ob sie sich auf ein Produkt beschränkt (vgl. Vorakten: Bel. 4, "Begründung für ein auf ein Produkt beschränktes öffentliches Beschaffungsverfahren [Produkteausschreibung]" vom 24. August 2020). Dabei hat sie sich insbesondere mit den technischen Besonderheiten des Produkts, mit den potenziellen Alternativen und den bisherigen Kosten von 2016 bis 2020 auseinandergesetzt und kam zum Schluss, dass es unter den gegebenen Voraussetzungen keine angemessene Alternative zu "CELUM DAM" gäbe. Das wird damit begründet, dass sämtliche Bestandskunden im ersten Quartal 2020 auf den neuen Standarddienst migriert worden seien. Zudem seien mehrere Ämter im Begriffe, ihre digitalen Assets nach CELUM DAM zu migrieren. Erfahrungsgemäss würden solche Vorhaben in der Regel mehrere Jahre dauern (vgl. Vorakten, Bel. 4, S. 3 f.). Deshalb gelangte die Bedarfsstelle zum Schluss, dass aufgrund des Mangels an Alternativen eine offene Produkte-WTO-Ausschreibung unter den offiziellen CELUM Partnern erfolgen solle. Diese Überlegungen würden es allerdings nicht rechtfertigen, der Beschwerde Erfolgsaussichten abzusprechen. Sofern die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, dass die Beschaffung eben gerade keine technisch besonders geartete Situation betreffe, wären Erfolgsaussichten zumindest nicht zum Vornherein zu verneinen und die aufschiebende Wirkung wäre zu erteilen, bis die Frage - die im Verfahren der Hauptsache zu klären wäre - beantwortet wäre. Im Übrigen scheint zweifelhaft, ob die angeführten Zeit- und Kostenaufwände eine "technische Besonderheit" im Sinne des Gesetzes zu begründen vermöchten.

E. 4.2.7

Demgegenüber legt die vorliegende Situation eine Analogie zu einer Folgebeschaffung gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. e BÖB nahe, da es um die fortdauernde Betreuung eines bereits vorbestehenden Systems geht. Eine freihändige Vergabe ist nach dieser Norm zulässig, wenn ein Anbieterwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen würde. Voraussetzung für eine solche Folgebeschaffung ist ein vergaberechtskonformer Grundauftrag (vgl. Botschaft BÖB, S. 1927). Die Vergabestelle hat das streitgegenständliche Projekt gemäss ihren Ausführungen (vorstehend E. 4.2.2) bereits 2016 in einer öffentlichen Ausschreibung produktneutral und offen ausgeschrieben. Die eben erwähnten von der Vergabestelle ins Feld geführten Zeit- und Kostenargumente sprechen in dieser Hinsicht gegen einen Produktwechsel. Ebenso ist als technischer Grund der Standardisierungsentscheid (vorstehend E. 4.2.2) einschlägig, der die Beschaffung eines anderen Systems ausschliesst. Gestützt auf diese Bestimmung könnte die Folgebeschaffung demnach auch freihändig erfolgen. Daher ist in diesem Umfang auch eine Beschränkung auf ein vorgegebenes Produkt sowie einen Intrabrand-Wettbewerb zulässig.

E. 4.2.8

Festzuhalten ist aber, dass keine freihändige Beschaffung vorliegt und es der Vergabestelle auch nicht freigestellt ist, nach Belieben von den Vorgaben der gewählten Beschaffungsart abzuweichen. Die Vergabestelle kann sich für eine strengere Vergabeart entscheiden - was

sie vorliegend getan hat - ist dann aber grundsätzlich an diesen Entscheid, mithin an die Vorgaben der gewählten Vergabeart, gebunden (vgl. Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, S. 60). Dies bedeutet mit anderen Worten, dass die dargelegte Möglichkeit, wonach die Vergabe auch im freihändigen Verfahren hätte durchgeführt werden können, einzig ein Abweichen von den Vorschriften über die Produktneutralität ermöglicht, nicht aber von weiteren Anforderungen des offenen Verfahrens.

E. 4.3

Im Ergebnis ist die Beschränkung auf ein bestimmtes Produkt - vorliegend "CELUM DAM" - möglich. Da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht diese Software, sondern ein Konkurrenzprodukt vertreibt und auch vorliegend mit dem Konkurrenzprodukt an der Ausschreibung teilnehmen möchte, gehört sie nicht zu den Anbieterinnen auf dem relevanten Markt. Sie ist demnach nicht stärker als die Allgemeinheit von der Ausschreibung betroffen und mithin nicht zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde würde bei Gutheissung dazu führen, dass ein eigentlicher Strategiewechsel erfolgen müsste, was den Rahmen der angestrebten Beschaffung sprengt.

E. 4.4

Zudem fällt vor diesem Hintergrund auch das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin in Betracht. Sie beantragt, die Ausschreibung abubrechen, nicht aber, die Vergabestelle anzuweisen, eine neue Ausschreibung durchzuführen, die bestehende Ausschreibung unter bestimmten Änderungen zu wiederholen, ihr Produkt zur bestehenden Ausschreibung zuzulassen oder Ähnliches. Wäre die Beschaffung den Umständen nach aufgrund des fortbestehenden Bedarfs zwingend zu wiederholen und käme dazu nur erneut das offene Verfahren in Frage, könnte die Beschwerdeführerin durch die Gutheissung des gestellten Begehrens einen Vorteil erreichen. Da im vorliegenden Fall aber nach einem allfälligen Abbruch der Ausschreibung auch eine freihändige Beschaffung möglich wäre, reicht das gestellte Begehren der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht aus, um ihr einen ausreichenden Vorteil zu verschaffen. Daher ist auch diesbezüglich nicht von einem schutzwürdigen Interesse der Beschwerdeführerin an der blossen Aufhebung (ohne Anordnung der Wiederholung) der Ausschreibung auszugehen.

E. 4.5

Demnach hat die Beschwerdeführerin prima facie weder ein schutzwürdiges Interesse an der schlichten Aufhebung der Ausschreibung noch ist sie stärker als die Allgemeinheit von der Ausschreibung betroffen. Auf die Beschwerde wäre also voraussichtlich nicht einzutreten. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung (vgl. E. 4.1.1) vorzunehmen wäre. Der Antrag auf Sistierung des Verfahrens ist nach dem Gesagten als Deckungsgleich mit dem Gesuch um aufschiebende Wirkung zu betrachten und teilt mithin dessen Schicksal.

E. 4.6

Da sich gestützt auf eine summarische Prüfung gezeigt hat, dass aller Voraussicht nach nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann, ist auch das Verbot der Offertöffnung nicht mehr gerechtfertigt. Die superprovisorische Anordnung bezüglich des Verbots der Offertöffnung ist aufzuheben.

E. 4.7

Auch die Rüge bezüglich einer Verletzung von Art. 25 Abs. 3 BöB ändert nichts an der fehlenden Legitimation, selbst wenn eine Verletzung gegeben wäre. Die Beschwerdeführerin bietet prima facie nicht das Produkt an, das nachgefragt wird. Sie ist daher auch bei einer Verletzung der maximalen Laufzeit des Rahmenvertrages nicht stärker als die Allgemeinheit betroffen.

E. 5

Gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG ist für Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ein Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu erheben. Da sich diese aufgrund des Streitwerts berechnen, der vom Auftragsvolumen abhängt, ermöglichte erst die Schätzung des mutmasslichen Auftragsvolumens durch die Vorinstanz die Berechnung des Kostenvorschusses. Dieser wird auf Fr. 5'000.- festgesetzt.

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