

BVGer B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-10-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4621_2008

FR: TAF B-4621/2008 du 6 octobre 2008

IT: TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

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

E. 1.1

Beim angefochtenen Akt handelt es sich um eine Zuschlagsverfügung. Es gilt zu prüfen, ob diese Verfügung unter den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) fällt.

E. 1.1.1

Das BoeB erfasste bis zum 1. Juni 2002 nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind; alle übrigen Beschaffungen des Bundes waren in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11; Art. 1 Bst. b) geregelt. Die dem ÜoeB unterstehenden Beschaffungsstellen des Bundes sind in Anhang I Annex 1 ÜoeB explizit aufgeführt. Die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) werden vom ÜoeB nicht erfasst.

E. 1.1.2

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BoeB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren B-1774/2006 vom 13. März 2007 [auszugsweise veröffentlicht in BVGE 2007/13] nicht publizierte E. 1.1.1 ff.).

E. 1.1.2.1

Der vorliegend zu beurteilende Auftrag wurde im Rahmen der drei Ausschreibungen bezüglich des Projekts "RGS" (Rail Geo System) erteilt. Unter der Bezeichnung "RGS" sind eine Weiterentwicklung (Migration von Daten und Applikationen) der bisherigen Geo Informationssystem Lösung DfA und der Aufbau einer Basis Inventar-Datenbank zu verstehen. Die SBB ist auf präzise Informationen bezüglich des Netzes, wie insbesondere Gleis- und Perronanlagen, Sicherungsanlagen, Fahrstromversorgung, Werkleitungen, Tunnel und Brücken, Kunstbauten usw., angewiesen. Bisher konnten diese Informationen der "Datenbank feste Anlagen" (DfA) entnommen werden (vgl. Vorankündigung im SHAB Nr. 137 vom 18. Juli 2007).

E. 1.1.2.2

Der Aufbau der aufgezeigten Inventar-Datenbank ist in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb bzw. der für den Personen- und Güterverkehr genutzten Infrastruktur zu sehen. Von den Parteien nicht bestritten, fallen entsprechende Aufwendungen mit Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen unter den Anwendungsbereich von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB und damit unter das BoeB.

E. 1.1.3

Unter einem Dienstleistungsauftrag im Sinne des BoeB ist ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des GATT-Übereinkommens zu verstehen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB). Art. 2a Abs. 2 VoeB unterstellt die Vergabestelle - sofern gewisse Schwellenwerte überschritten sind - zwar dem BoeB, aber nicht weitergehend als die übrigen Auftraggeberinnen des Bundes. Dies bedeutet, dass der Anwendungsbereich auf Dienstleistungen im Sinne von Anhang 1 Annex 4 des ÜoeB bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB beschränkt ist (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 1.1.2, B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1 ff., sowie B-1774/2006 vom 13. März 2007 [auszugsweise veröffentlicht in BVGE 2007/13] nicht publizierte E. 1.1.1 ff.). Massgebend ist diesbezüglich die provisorische Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; VPB 69.32 E. 1c/bb, mit Hinweisen). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen qualifizierte die Vergabestelle die vorliegend zu beurteilende Dienstleistung als "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" gemäss CPC. Die Zuordnung des vorliegend zu beurteilenden Auftrags (vgl. Ziff. 1.1.2.1 dieses Zwischenentscheids) zu Ziff. 7 des Anhangs 1 der VoeB "Informatik und verbundene Tätigkeiten" und somit zu Ziff. 84 CPC-Referenz-Nr. "Computer and related services" ist nach summarischer Prüfung nicht zu beanstanden.

E. 1.1.4

Das BoeB ist jedoch nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den massgebenden Schwellenwert ohne Mehrwertsteuer erreicht (Art. 6 Abs. 1 BoeB). Bei Dienstleistungen beträgt der Schwellenwert für das Jahr 2008 Fr. 248 950.- (Art. 1 Bst. b der Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008, AS 2007 6627). Die Preisspanne für den hier massgebenden Auftrag reicht von CHF _____.- bis CHF _____.- und überschreitet den für die Anwendbarkeit des BoeB massgebenden Schwellenwert von Fr. 248 950.- deutlich.

E. 1.1.5

Da zudem keiner der Ausnahmetatbestände des Art. 3 BoeB gegeben ist, ist das BoeB im vorliegenden Fall anwendbar.

E. 1.2

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

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Nach der Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hatte je nach Bedeutung des Falles deren Präsident oder der Spruchkörper in Dreier- oder gar Fünferbesetzung über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung befunden (vgl. nur die Zwischenentscheide in den Verfahren 008/06 vom 17. Februar 1997 und BRK 2001-014 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 61.24 bzw. 66.37). Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, ob Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass Art. 39 Abs. 2 VGG verletzt wird, wenn ausnahmsweise nicht nur zwei, sondern alle drei Richter des Spruchkörpers im Rahmen der Erhebung von Beweisen mitwirken. Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 874, Jean-Baptiste Zufferey/ Corinne Maillard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131: Hier wird die aufschiebende Wirkung als "élément déterminant de la procédure" beschrieben) 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; Zwischenentscheid im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: Martin Beyeler, *Baurecht* 2/2007, S. 86). Insbesondere wollte der Gesetzgeber damit auch nicht den Rechtsunterworfenen vor einer möglichen Dreier-Besetzung schützen. Vor dem Bundesverwaltungsgericht entscheidet somit der Instruktionsrichter in der Regel allein über die aufschiebende Wirkung und über vorsorgliche Massnahmen. Erfordern es jedoch die aussergewöhnlichen Umstände des Falles, kann er diese Fragen ausnahmsweise dem Spruchkörper zum Entscheid unterbreiten, sofern es die Dringlichkeit des Falles zulässt. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Frage der aufschiebenden Wirkung dem Spruchkörper vorzulegen, da die Prüfung der Erfolgsaussichten im vorliegenden Fall eine prima-facie-Würdigung erfordern.

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin ohne weiteres im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 1.3; BGE 125 II 86 E. 4). Die Prozessvoraussetzungen sind somit hier erfüllt; auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge ist daher einzutreten. Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet allein die Frage der aufschiebenden Wirkung. Über das Akteneinsichtsgesuch und eine allfällige Nachfristansetzung zur Beschwerdeergänzung wird zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

E. 2

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

E. 2.1

Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich auf eine "prima-facie" Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens massgeblich. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5865/2007 vom 3. Dezember 2007 E. 2.1; Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in: VPB 62.79 E. 2a, mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in: VPB 66.37 E. 2c; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 884; Martin Beyeler, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90, mit Hinweisen).

E. 2.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte 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. Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei zum Vornherein

ein erhebliches Gewicht zu (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3, mit Hinweisen, sowie B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 2.2). Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis auch die Interessen der Beschwerdeführerin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVG 2007/13 E. 2.2, mit Hinweisen).

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung des Transparenzgebotes, indem es die Vergabestelle unterlassen habe, die genaue Punkteverteilung bei der Bewertung des Preises rechtzeitig bekannt zu geben. Die Vergabestelle habe in den Angebotsunterlagen lediglich darauf hingewiesen, dass die Punkteverteilung bei den offerierten Preisen linear erfolge. Der Begriff "linear" sei unbestimmt und auslegungsbedürftig, weshalb er den Anforderungen an das Transparenzgebot nicht genüge. Die genaue Preisbewertungsmethode sei der Beschwerdeführerin erst anlässlich des Debriefings vom 30. Juni 2008 eröffnet worden.

E. 3.1

Um dem Transparenzprinzip (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB) zu genügen, sind alle Zuschlagskriterien vorgängig und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die Zuschlagskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden, müssen aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sein (Anhang 5 Ziff. 6 VoeB). Dabei ist die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien klar zum Ausdruck zu bringen (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 611 ff., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung).

E. 3.2

Die Vergabestelle führt in den Angebotsunterlagen zu RGS Nr. 1 (Beschwerdebeilage 8, S. 7; nachfolgend: Angebotsunterlagen) aus, dass sich die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie die der SBB AG zuzustellenden Nachweise aus dem Anhang 2 (Beschwerdebeilage 9) zu diesem Dokument ergeben. Aus diesem Anhang 2 ist die prozentuale Gewichtung sowohl der Haupt- als auch der Sub- und der Sub-Sub-Zuschlagskriterien ersichtlich. Der Grad der Erfüllung der einzelnen Zuschlagskriterien ergibt sich wiederum aus Ziff. 2.1.2 der Angebotsunterlagen, wonach folgende Skala gelten soll: Sehr gut erfüllt (3 Punkte), gut erfüllt (2 Punkte), genügend erfüllt (1 Punkt), ungenügend erfüllt (0 Punkte). Hinsichtlich der Bewertung des offerierten Preises wird in Ziff. 2.1.3 der Angebotsunterlagen ausgeführt, dass Angebote, die mehr als 50 % teurer sind als das günstigste Angebot, 0 Punkte für das entsprechende preisliche Zuschlagskriterium erhalten. Ansonsten erfolge die Punkteverteilung bei den offerierten Preisen linear.

E. 3.3

Mit diesen Angaben hat die Vergabestelle bereits in den Ausschreibungsunterlagen aufgezeigt, wie sie die Punkteverteilung bei der Bewertung der Preise vorzunehmen gedenkt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin handelt es sich beim Begriff "linear" nicht um einen auslegungsbedürftigen Begriff. Denn die allgemeine Definition von

Linearität (u.a. in der Mathematik) ist die Eigenschaft eines Systems, auf die Veränderung eines Parameters stets mit einer dazu proportionalen Änderung eines anderen Parameters zu reagieren (u.a. www.wikipedia.de). Ist somit das "günstigste Angebot" mit 3 Punkten und "das günstigste Angebot + 50%" mit 0 Punkten zu bewerten, lässt sich die Punktzahl jedes dazwischen liegenden Angebots, wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 18. August 2008 graphisch aufzeigt, präzise berechnen. Die Formel, die bei der Bewertung der Preise zur Anwendung gelangen sollte, wurde somit der Beschwerdeführerin nicht erst anlässlich des Debriefings vom 30. Juni 2008, sondern bereits mit den Ausschreibungsunterlagen und damit in Übereinstimmung mit Anhang 5 Ziff. 6 VoeB bekannt gegeben. Eine Verletzung des Transparenzgebotes kann im geltend gemachten Zusammenhang nicht gesehen werden. Zudem hat es die Beschwerdeführerin auch unterlassen, während des Ausschreibungsverfahrens um Klärung des Begriffs "linear" nachzusuchen, obwohl sie in Ziff. 1.6 der Angebotsunterlagen aufgefordert wurde, allfällige Fragen hierzu bis 12. März 2008 an die Vergabestelle zu richten.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren eine Verletzung des Grundsatzes der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes. Sie habe mit einem offerierten Preis von CHF _____.- das billigste, die Zuschlagsempfängerin mit einem Preis von CHF _____.-- demgegenüber das teuerste Angebot eingereicht. Trotz einer erheblichen Preisdifferenz von CHF _____.-- (26%) habe die Offerte der Beschwerdeführerin lediglich 120 von 150 Punkten bei der Bewertung des Preises erhalten. Die von der Vergabestelle angewandte Bewertungsmethode habe dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der geringen Punktdifferenz zur Zuschlagsempfängerin (15.22 gewichtete Punkte), nicht den Zuschlag erhalten habe.

E. 4.1

Gemäss Art. 21 Abs. 1 BoeB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien wie Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert, berücksichtigt werden. Die Vergabebehörde hat die für die konkrete Vergabe massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung (Art. 21 Abs. 2 BoeB) und unter Bekanntgabe aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden (Ziff. 6 Anhang 5 zur VoeB), in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Insbesondere der Grundsatz der Transparenz gebietet es, dass aus der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien ersichtlich sein muss, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst. Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheid der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in: VPB 64.30 E. 3c). Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien und deren Gewichtung ist gemäss Galli/Moser/Lang/Clerc formeller Natur, weshalb der angefochtene Entscheid bei Verletzung dieser Regel grundsätzlich aufzuheben sei (a.a.O., Rz. 525).

E. 4.2

Die Vergabestelle hat sowohl in der Ausschreibung vom 7. September 2007 (SHAB Nr. 173) als auch in den Präqualifikationsunterlagen zur Ausschreibung der SBB AG (RGS Nr. 1; Ziff. 5.14) darauf hingewiesen, dass sich die Zuschlagskriterien aus den Angebotsunterlagen ergeben. Im Dokument "Zuschlagskriterien der Ausschreibung RGS 1" (Beschwerdebeilage 9) werden folgende Hauptzuschlagskriterien genannt: - ZK 1: Höhe der offerierten Preise (Gewichtung: 50%); - ZK 2: Qualitativ hochwertige Konzepte, Planungen, Qualitätssicherung und Datenmodellierung (Gewichtung: 10%); - ZK 3: Qualität der Pflegeleistungen sowie des Incident-, Problem- und Change-Managements (Gewichtung: 10%); - ZK 4: Gute Dokumentation betreffend die zu verwendenden Software und Abweichung von den Standardprodukten der SBB (Gewichtung: 30%). Die Vergabestelle hat gleichzeitig mit den Zuschlagskriterien die von ihr definierten Unterkriterien (Sub- und Sub-Sub-Zuschlagskriterien) mit der jeweiligen Gewichtung bekannt gegeben. Es handelt sich in Bezug auf den Preis (Totalgewichtung: 50%) um die Sub-Sub-Kriterien "Preis Detailkonzept" (Gewichtung: 10%), "Preis übrige Projektleistungen" (Gewichtung: 30%) und "Preis Betrieb" (Gewichtung: 10%). Die Vergabestelle hat alle für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien und deren Gewichtung bereits in den Ausschreibungsunterlagen und somit rechtzeitig bekannt gegeben. Anhand dieser Angaben wäre es der Beschwerdeführerin unter Beachtung der notwendigen Sorgfalt möglich gewesen, die von der Vergabestelle vorgesehene Gewichtung und Punktverteilung nachzuvollziehen. Auch hätte sie der Vergabestelle allfällige Fragen zu den Angebotsunterlagen im Allgemeinen und zu der Bewertungsmethode im Speziellen bis zum 12. März 2008 unterbreiten können (vgl. Ziff 1.6 der Angebotsunterlagen zu RGS Nr. 1). Wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung zu Recht ausführt, liegt eine Gewichtung des Haupt-Zuschlagskriteriums Nr. 1 "Höhe der offerierten Preise" von 50% für nicht-standardisierte Leistungen im üblichen und somit zulässigen Bereich (HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 252 ff.; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 527). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Beschwerdeführerin für das Zuschlagskriterium "Preis" 120 von möglichen 150 Punkten erhalten hat. Die Zuschlagsempfängerin erhielt demgegenüber lediglich 59.54 Punkte. Keine Punkte erhielt die Beschwerdeführerin bezüglich des Preises "Detailkonzept". Da ihr Angebot aber in diesem Bereich über 50% höher lag als dasjenige der Zuschlagsempfängerin, ist gemäss der vorgängig bekannt gegebenen Berechnungsmethode nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin hierfür keine Punkte erhalten hat.

E. 4.3

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Rahmen einer prima facie-Würdigung sowohl die verwendeten Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung als auch die angewendete Preisbewertungsmethode den vergaberechtlichen Anforderungen genügen, und dass deshalb den in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen keine Erfolgsaussichten zuerkannt werden können.

E. 5

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, es liege eine vergaberechtswidrige Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin und dadurch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor, indem die Zuschlagsempfängerin, zusammen mit der Z. _____ AG, bei der Ausarbeitung der Angebotsunterlagen massgeblich, nämlich bei der Beschreibung des heutigen Systems, mitgewirkt habe. Die Zuschlagsempfängerin sei zudem Lieferantin und Entwicklerin der

heutigen Datenbank fester Anlagen (DfA), die durch das vorliegend zu beschaffende System abgelöst werden solle. Schliesslich bestehe zwischen der Z. _____ AG und der Zuschlagsempfängerin eine enge wirtschaftliche und persönliche Verbindung.

E. 5.1

Gemäss Art. VI Ziff. 4 des ÜoeB dürfen die Beschaffungsstellen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Demgegenüber enthalten weder das BoeB noch die VoeB Regelungen, die ausdrücklich auf das Problem der Vorbefassung Bezug nehmen. Die im Bundesbeschaffungsrecht geltenden Grundsätze mit Bezug auf die Vorbefassung sind direkt aus der erwähnten Bestimmung des ÜoeB zu entnehmen. Die Bestimmung kann somit direkt im Einzelfall angewendet werden. Wie die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Entscheid BRK 2006-004 (auszugsweise publiziert in: BR 2006, S. 190) zutreffend ausführt, geht es bei den Regeln der Vorbefassung um eine spezielle Form der Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes seitens der Vergabestelle gegenüber den Anbietenden (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB).

E. 5.2

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Vorbefassung vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1, mit Hinweis auf Res Nyffenegger/Ulrich Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004, Heft 2, S. 49 ff.). Eine solche Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren. Das Bundesgericht erachtet eine Beteiligung am Submissionsverfahren trotz Vorbefassung unter anderem dann als zulässig, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist, ferner auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern im Hinblick auf die Herstellung von Transparenz offen gelegt wird. Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt aber nach Auffassung des Bundesgerichts vor, wenn ein Anbieter mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat.

E. 5.3

Wie bereits die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK 2006-004, a.a.O.), erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als sachgerecht, die Praxis des Bundesgerichts, nach welcher nur eine qualifizierte Vorbefassung zum Verbot der Teilnahme am Submissionsverfahren führt, auch für das Bundessubmissionsrecht zu übernehmen. Die Beweislast für das Vorliegen eines behaupteten Wettbewerbsvorteils aus der geltend gemachten Vorbefassung obliegt dabei nicht dem vorbereiteten Anbieter,

sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht (Nyffenegger/Ulrich Kobel, a.a.O., S. 70 f.).

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsempfängerin sei submissionsrechtlich als vorbefasst anzusehen, da sie bei der Ausarbeitung eines wesentlichen Bestandteils der Angebotsunterlagen, nämlich bei der Beschreibung des heutigen Systems, mitgewirkt habe. Tatsächlich wird im "Technischen Pflichtenheft 23 Gesamtsystem" (S. 7) unter Beschreibung des "Ist-Zustands" darauf hingewiesen, dass die vollständigen Informationen der Systemdokumentation, den Benutzerhandbüchern und dem Data Dictionary (Ist-Datenmodell) sowie den weiteren Beilagen entnommen werden müssen. Die Vergabestelle wendet hierzu ein, Anhang 7 zu den Ausschreibungsunterlagen umfasse insbesondere die Benutzerhandbücher bzw. Systemdokumentationen, welche den IST-Zustand der bestehenden DfA beschreiben würden. Die A._____ AG halte seit 1990/91 die Benutzerhandbücher sowie die Systemdokumentation auf dem aktuellen Stand. Diese Dokumente seien zwar zwecks Dokumentation des IST-Zustands in die Ausschreibungsunterlagen mit eingebunden, aber nicht im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen in Auftrag gegeben worden. Die Zuschlagsempfängerin, welche nur noch eine unwesentliche Restbeteiligung an der A._____ halte, sei dabei als Subunternehmen der A._____ tätig gewesen.

E. 5.5

Unbestrittenermassen hat die Zuschlagsempfängerin als Subunternehmerin der A._____ an der Beschreibung des IST-Zustands der heute bestehenden DfA mitgewirkt. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass die Zuschlagsempfängerin ebenfalls an anderen Ausschreibungsunterlagen, insbesondere am detaillierten Leistungsbeschrieb zu RGS bzw. den Teilpflichtenheften, mitgewirkt hätte. Dass bei Ausschreibungen im Bereich Software und Aufbau von Datenbanken die Beschreibung des IST-Zustandes, nicht zuletzt mit Blick auf eine allfällige Datenmigration, dokumentiert werden muss, erscheint ohne weiteres nachvollziehbar. Ebenso einleuchtend ist, dass dies am besten mittels der bestehenden Systemdokumentation und den bisherigen Benutzerhandbüchern beschrieben werden kann. Es kann auch nicht angehen und würde dem Gleichbehandlungsprinzip widersprechen, wenn die bisherigen Leistungserbringer generell von periodisch neu auszuschreibenden Leistungen ausgeschlossen würden. Selbst ein Wissensvorsprung aufgrund der bisherigen Leistungserbringung kann zulässig sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.146/2006 vom 8. November 2006 E. 2.2.2 und 3). Massgebend ist in diesem Zusammenhang, dass der Auftraggeber diese speziellen Kenntnisse des bisherigen Leistungserbringers auch den anderen Bewerbern zugänglich macht, um so die Chancengleichheit zu wahren. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Mitwirkung der Zuschlagsempfängerin bei der Dokumentation des IST-Zustands der bestehenden DfA als untergeordneter Natur. Zudem führte der Umstand, dass die Vergabestelle diese Beschreibungen des IST-Zustands in den Anhang 7 übernommen dazu, dass selbst ein allfälliger geringfügiger Wissensvorsprung der Zuschlagsempfängerin gegenüber den übrigen Anbietern im Hinblick auf die Herstellung von Transparenz offen gelegt wurde. Ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin ist nicht ersichtlich.

E. 5.6

Deshalb kann offen gelassen werden, ob es der Grundsatz von Treu und Glauben nicht geboten hätte, die Rüge der unzulässigen Vorbefassung umgehend vorzubringen, d.h. zu dem Zeitpunkt, an welchem der Betroffene Kenntnis von den für die Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält. Dies hätte zur Folge, dass die entsprechende Rüge als verspätet erhoben und damit als verwirkt anzusehen wäre (BGE 130 I 241 E. 4.3; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 420 und 683; Hubert Stöckli, a.a.O. Rz. 501). Die Beschwerdeführerin hat bereits mit Zustellung der Präqualifikationsverfügung im Dezember 2007 Kenntnis erhalten, dass auch die Zuschlagsempfängerin zur Abgabe eines Angebots eingeladen wurde. Vom Inhalt der Ausschreibungsunterlagen erhielt sie sodann im Februar 2008 Kenntnis. Die Beschwerdeführerin hat sich im Wissen um die erwähnten Sachumstände auf das Verfahren eingelassen und bringt nun erst im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens den Einwand der unzulässigen Vorbefassung vor.

E. 6

von möglichen 18; - ZK 4.3.2 GIS-Standardsoftware für Plandarstellung etc.: 3 von möglichen 9; - ZK 4.4.1 Skalierbarkeit des zu realisierenden Systems: 2 von möglichen 6; - ZK 4.4.2 Datensicherung: 4 von möglichen 12. Der Evaluationsbericht enthält selber zwar keine detaillierten Angaben zu den Bewertungen, sondern nennt lediglich die bei den Zuschlagskriterien (Haupt- und Teilkriterien) maximal zu erreichende Punktzahl und die effektiv der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin zugeteilten Punkte. Die Vergabestelle hat indessen im Dokument "Bewertung Zuschlagskriterien RGS 1" die Gründe, welche zu der jeweiligen (guten oder schlechten) Bewertung der Angebote sowohl der Beschwerdeführerin als auch der Zuschlagsempfängerin geführt haben, kurz aufgeführt. Die angegebenen Begründungen sind inhaltlich nachvollziehbar, auch wenn sie teilweise recht kurz ausgefallen sind.

E. 6.1

Die Gründe für die Abzüge, unter anderem in Bezug auf die gerügten Haupt- und Teilzuschlagskriterien, wurden der Beschwerdeführerin anlässlich des Debriefings vom 30. Juni 2008 von der Vergabestelle mündlich erläutert. Gemäss Angaben der Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 18. August 2008 wurden der Beschwerdeführerin auf ihr Ersuchen hin die massgeblichen Gründe für die Nichtberücksichtigung auch anhand des Dokuments "Bewertung Zuschlagskriterien" eingehender dargelegt. Dass dies so geschehen ist, wird von der Beschwerdeführerin einerseits nicht bestritten, ergibt sich aber auch aus der Beschwerdeschrift, in welcher die Beschwerdeführerin jeweils die Begründung der Vergabestelle für deren "negative Bewertung" aufführt.

E. 6.2

Das Angebot der Beschwerdeführerin hat hinsichtlich der gerügten Zuschlagskriterien folgende Punktzahlen erhalten: - ZK 2.2.1 Ablauf Datenmodellierung: 0 von möglichen 3; - ZK 3.1.1 Pflege Fachschalen: 0 von möglichen 3; - ZK 3.2.1 Incident- Problem- und Changemanagement: 1 von möglichen 3; - ZK 4.1.1 Dokumentation betreffend die zu verwendende Software: 0 von möglichen 12; - ZK 4.3.1 Funktionalitäten der GIS-Standardsoftware:

E. 6.3

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die bei der Bewertung der gerügten Zuschlagskriterien erfolgten Abzüge vorwiegend mit technischen Aspekten der Beschaffung bzw. des Angebots begründet werden, bei deren Beurteilung der

Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zukommt und die von der ehemaligen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen wie nun auch vom Bundesverwaltungsgericht nur mit grosser Zurückhaltung überprüft werden (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 8.2; BRK 2006-003, Zwischenentscheid vom 20. Juni 2006, E. 3d; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 919). Die Kontrolle der Angemessenheit steht ihr ohnehin nicht zu (Art. 31 BoeB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher von vornherein nur bei einer rechtswidrigen Ausübung des Ermessens durch die Vergabebehörde in Betracht, nicht aber bei blosser Unangemessenheit der Bewertung. Dafür, dass die Vergabebehörde das ihr bei der Bewertung der Angebote zukommende Ermessen überschritten oder sogar missbraucht bzw. die Anbietenden rechtsungleich behandelt hätte, bestehen vorliegend aber keine Anhaltspunkte.

E. 7

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vergabestelle habe ihre Pflicht zur Bereinigung und Prüfung der Angebote gemäss Art. 25 VoeB verletzt. Gemäss dieser Bestimmung hat die Auftraggeberin die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht so zu bereinigen, dass sie objektiv vergleichbar sind, und sie prüft diese aufgrund der Zuschlagskriterien. Die Offertbereinigung ist grundsätzlich ein rein verwaltungsinterner Vorgang. Dabei verbietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Vergabebehörde oder ein Submittent im Rahmen der Offertbereinigung ein Angebot ergänzt oder ändert. Vorbehalten ist die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern, wie Rechen- oder Schreibfehler, soweit darin keine Benachteiligung der Mitbewerber liegt (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 425 ff.). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin offensichtliche Fehler wie Irrtümer oder Rechnungsfehler enthalten hätte, welche im Rahmen einer Offertbereinigung zu berichtigen wären. Von weitergehenden Bereinigungen vor allem in technischer Hinsicht ist ohnehin nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen, da diese eine erhöhte Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung oder die Begünstigung einzelner Bewerber in sich bergen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 450). Der Vorwurf, dass die Vergabestelle nach den Verhandlungen mit den Bewerberinnen zu Unrecht von einer genügenden Vergleichbarkeit der Angebote ausgegangen sei, ist weder aktenmässig erstellt noch lässt er sich nach vorläufiger Prüfung erhärten.

E. 8

Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage zum Schluss, dass die Rügen der Beschwerdeführerin unbegründet sind und dass insbesondere keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, wonach die Vergabestelle den Anspruch der Anbieterinnen auf Gleichbehandlung oder das Transparenzgebot verletzt hätte. Angesichts der vorgenommenen vorläufigen Prüfung der materiellen Rechtslage können hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und eventuelle Rückweisung der Sache an die Vergabestelle, damit diese gestützt auf verbindliche Weisungen die Sache neu beurteile, keine Erfolgchancen zuerkannt werden. Bei dieser im Rahmen der aufschiebenden Wirkung vorgenommenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde ist in aller Regel, wie auch im vorliegenden Fall, auf das Einholen eines Sachverständigengutachtens zu verzichten. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge. Dem Gesuch

um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann deshalb nicht stattgegeben werden. Damit fällt die Zwischenverfügung vom 14. Juli 2008 dahin, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden war.

E. 9

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.