

BVGer B-5293/2015 vom 19. August 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-08-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5293_2015

FR: TAF B-5293/2015 du 19 août 2015

IT: TAF B-5293/2015 del 19 agosto 2015

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, [BöB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 1.2

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, 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. 1.3

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m. H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist. Die Parlamentsdienste als Stabstelle des Parlaments sind Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und unterstehen damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA). Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 29. April 2015 von einem Dienstleistungsauftrag aus. Gemäss dem detaillierten Aufgabenbeschrieb in Ziff. 2.5 der Ausschreibung handelt es sich dabei um die Bereitstellung von persönlichen E-Mail-Dienstleistungen für alle Mitglieder der Eidgenössischen Räte und Mitarbeitende der Fraktionssekretariate während der 50. Legislaturperiode (ab 30. November 2015 bis zum 31. Dezember 2019). Mit anderen Worten fällt die vorliegende Beschaffung offensichtlich und unbestrittenermassen unter einen Dienstleistungsauftrag gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB. In Anbetracht des Preises des berücksichtigten Angebots kann davon ausgegangen werden, dass der für Dienstleistungen massgebliche Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des

Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) überschritten wird. Demzufolge fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

E. 1.4

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.5

Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.6

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m. H.).

E. 2.1

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

E. 2.2

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 BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

E. 2.3

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu

gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer 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. 1197; vgl. auch 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m. 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. 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 m. H.).

E. 3.1

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenverfügung des BVGer B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1342 m. H.). Ist dies der Fall, erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.1 m. H.). Vorliegend macht die Vergabestelle ausdrücklich geltend, der Beschwerdeführerin fehle die Legitimation, da sie den Nachweis nicht erbringen könne, dass sie reelle Chancen auf den Zuschlag habe.

E. 3.2

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, m. H.). Dies gilt auch, soweit im Rahmen der Beurteilung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu prüfen ist, ob auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden könne .

E. 4

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - sie wurde vom Verfahren wegen fehlender Eignung ausgeschlossen - besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Diese formelle Beschwer und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG): Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann.

E. 5

Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin ein derartiges schutzwürdiges Interesse aufweist.

E. 5.1

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.) genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen (Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht im zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen.

E. 5.2

Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären oder aber, dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse (Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, kann sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sein (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("rende vraisemblable", vgl. Urteil des BGer 2C_134/2013 vom 6. Juni 2014 E. 2.3), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht ein vor ihm platzierter Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, m. H. ; vgl. Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). Wurde der beschwerdeführende Anbieter wegen fehlender Eignung ausgeschlossen, kann es für ein Eintreten auf die Beschwerde nicht genügen, lediglich die Eignung des Zuschlagsempfängers zu bestreiten. Vielmehr hat der Beschwerdeführer, wie erwähnt, glaubhaft zu machen, dass er selbst die Eignungskriterien erfüllt (BGE 141 II 14 E. 5.1). Im Stadium des Vergabeverfahrens wird einem nicht

berücksichtigten Anbieter in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt (vgl. Art. 26 BöB, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags dem nicht berücksichtigten Anbieter zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen des berücksichtigten Anbieters sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von dessen Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieter abgibt. Diese Beweiserschwerinis ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind (Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

E. 5.3

Im vorliegenden Vergabeverfahren gelangte die Vergabestelle zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK02 "Erfahrung" nicht erfüllte, da die drei von ihr eingereichten Referenzen den zum Teil in der Ausschreibung und zum Teil im Pflichtenheft geforderten Mindestvoraussetzungen nicht genügten. Als Folge davon wurde das Angebot der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und nicht weiter evaluiert.

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin beantragt im Hauptpunkt die Aufhebung des Zuschlags und im Eventualpunkt eine Neudurchführung der Ausschreibung ohne das Eignungskriterium EK02, subeventualiter mit einem (neu) redigierten Anhang 5 - Antwortbogen zu Referenzen. Sie macht im Wesentlichen "eine sachwidrige Bewertung des Eignungskriteriums EK02" geltend. In dieser Hinsicht bezweifelt sie, dass die Zuschlagsempfängerin alle genannten Referenzkriterien und insbesondere die durchschnittliche Kontogrösse erfülle und ersucht um einen externen Audit. Nach ihrem Kenntnisstand betreibe sie "die grösste gesharte Hosted Exchange Plattform in der Schweiz", und kein Anbieter in der Schweiz könne die verlangten Referenzkriterien vollständig erfüllen.

E. 5.4.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren. Art. 9 Abs. 1 BöB lautet: "Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf." Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auf-traggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VöB, SR 172.056.11], Anhang 3 Ziff. 8).

E. 5.4.2

Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580).

E. 5.4.3

In Ziff. 3.8 der Ausschreibung wird das Eignungskriterium "Erfahrung" wie folgt festgelegt: "Der Anbieter verfügt über genügend Erfahrung in Projekten, die mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Er weist diese Erfahrungen anhand von 3 Referenzen nach, welche diese Dienstleistungen beim Anbieter seit mind. 36 Monaten nutzen. Referenzauskünfte über vom Anbieter für den Bund realisierte Projekte werden nur zugelassen, wenn die aufgeführten Referenzpersonen jeweils schriftlich ihre Zustimmung zur Auskunftserteilung gegeben haben. Siehe Anhang 5 des Pflichtenhefts." Anhang 5 des Pflichtenheftes (das Referenzblatt) besteht aus einem vorgedruckten Formular, deren Felder von den Anbietern mit den jeweiligen Referenzangaben auszufüllen waren. Die an die Referenzen gestellten Mindestanforderungen sind in folgenden Feldern enthalten: - Anzahl Benutzer der Plattform: 1000 - Durchschnittliche Speicherkapazität in GB pro User: 4 - Referenz nutzt Plattform produktiv seit mindestens 36 Monaten. Die Eignungskriterien müssen grundsätzlich auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 in fine). Sie dürfen in Bezug auf die Herkunft des Anbieters nicht diskriminierend sein. Ausserdem ist bei Referenzen darauf zu achten, dass nicht in wettbewerbsbeschränkender Weise solche verlangt werden, die vom Auftragsvolumen her weit über den in Frage stehenden Auftrag hinausgehen. Dabei kommt der Vergabebehörde sowohl bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien als auch bei der Bewertung anhand der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu (Zwischenentscheid im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5b m. H.; Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2 m. H.). Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende anders lautende Interessen an der Festlegung derselben den wirksamen Wettbewerb unnötig behindern, indem sie Vorgaben machen, die nur von einem oder zwei Anbietern erfüllt werden können (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 556 ff.; Urteil des BVGer B 4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 und Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010).

E. 5.4.4

Ein praktisches Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können und die konkret als Rechtsbegehren gestellt werden (BGE 141 II 14 E. 4.6).

E. 5.4.4.1

Wie bereits angeführt, beantragt die Beschwerdeführerin im Hauptpunkt die Aufhebung des Zuschlags. Sie rügt in erster Linie eine sachwidrige Bewertung des Eignungskriteriums EK02 und erachtet es für schlicht unmöglich, dass die Zuschlagsempfängerin die

Mindestanforderungen an die 3 Referenzen, insbesondere das Kriterium "durchschnittliche Speichergrösse", erfülle sowie dass die von ihr eingereichten Referenzen mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar seien. Ihre Argumentation im Hauptpunkt erschöpft sich primär darin, die Eignung der Zuschlagsempfängerin zu bestreiten. Ansonsten, wie die Vergabestelle zurecht geltend macht, unterlässt es die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde, auf die Frage einzugehen und glaubhaft zu machen, ob und inwiefern sie selber aufgrund ihrer Geeignetheit in das Vergabeverfahren wieder aufzunehmen wäre und realistische Chancen auf den Zuschlag hätte. Mit dem blossen Hinweis, dass sie nach eigenen Angaben "die grösste geharte Hosted Exchange Plattform" in der Schweiz betreibe oder dass keiner der konkurrierenden Anbieter die Eignungskriterien erfüllen könne, vermag sie die fehlende konkrete Auseinandersetzung mit der eigenen Eignung (hinsichtlich der Mindestanforderungen an die eigenen Referenzen) und den eigenen realen Chancen auf den Zuschlag nicht zu ersetzen. Zumindest in der Replik scheint die Beschwerdeführerin indessen selber einzusehen, dass sie die Mindestanforderungen nicht erfüllt, wenn sie sich gute Chancen auf den Zuschlag nur in Abstraktion vom Eignungskriterium EK02 einräumt. Nach dem Gesagten ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführerin mit Bezug auf das Hauptrechtsbegehren aller Voraussicht nach die Beschwerdelegitimation abzusprechen ist.

E. 5.4.4.2

Solange die Beschwerdeführerin im Eventualpunkt sinngemäss die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags verlangt, da offenbar kein Anbieter in der Schweiz die Mindestanforderungen erfüllen kann, macht sie implizit einen Verfahrensfehler geltend. Ihre Beschwerdelegitimation ist insofern zu bejahen, als bei Obsiegen ihrer Eventualanträge die Ausschreibung wiederholt werden müsste und ihre realen Chancen auf die Erteilung des Zuschlags mithin intakt blieben. Auf ihre Beschwerde im Eventualpunkt wäre daher einzutreten, unter Vorbehalt der folgenden Erwägungen.

E. 6.1.1

In der Beschwerdeschrift geht die Beschwerdeführerin generell davon aus, dass kein Anbieter in der Schweiz die Mindestanforderungen an die Referenzobjekte erfüllen kann. Insbesondere seien ihrer Ansicht nach solche Referenzen betreffend Plattformen nicht zulässig, welche für andere Kunden aufgebaut, betrieben und unterhalten werden. In der Replik nimmt die Beschwerdeführerin indes konkret auf das Mindestanforderung betreffend die durchschnittliche Kontogrösse von 4 GByte Bezug und hält diesen Wert für unrealistisch, zumal es quasi als "IT-notorisch" bezeichnet werden müsse, dass die durchschnittlichen, tatsächlichen Kontogrössen in der Regel jeweils bei einigen 100 MB liegen würden.

E. 6.1.2

Dem hält die Vergabestelle entgegen, eine solche Rüge sei verwirkt, da die Mindestanforderung der Zusammenarbeitsdauer von 36 Monaten klar und unmissverständlich der Ausschreibung zu entnehmen gewesen sei. Auch seien die zwei weiteren Mindestanforderungen im Anhang 5 des Pflichtenheftes klar festgelegt worden, so dass diesbezügliche Mängel auf Grund von Treu und Glauben ebenfalls bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätten geltend gemacht werden sollen. Da ihre Behauptung möglicherweise in Widerspruch mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts stehen könne, wonach Ausschreibungsunterlagen weder selbständiges Anfechtungsobjekt

noch Bestandteil der Ausschreibung seien, beantragt die Vergabestelle, diese zu überprüfen. Im Übrigen beteuert die Vergabestelle zuletzt in ihrer Duplik vom 2. November 2015, dass das strittige Eignungskriterium nicht zu eng festgelegt worden und zulässig sei.

E. 6.1.3

Aufgrund der geschilderten Standpunkte ist nachfolgend zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Ausschreibung hätte anfechten müssen bzw. ob sie auch gegen die Ausschreibungsunterlagen oder gegen Teile davon als Anfechtungsobjekt hätte vorgehen müssen.

E. 6.2

Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 m. H.; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38 E. 2c/aa m. H.; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 m. H.). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 m. H.; siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER, in: Baurecht 1/2014, S. 35 f.; Urteil des BVGer B 8061/2010 vom 18. April 2011 E. 5.1 m. H.; Zwischenentscheide des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 und B 1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3, je m. H.; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38 E. 3c/cc). Dabei entspricht die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, wie die Vergabestelle zu Recht festhält, nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1 bis Bst. a IVöB), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3 m. H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1255). Auch ergibt sich nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge - unabhängig von ihrer Art - offensichtlich verwirkt wäre (BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des BVGer B 1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 m. H.; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.2 m. H.). Anders könnte es sich möglicherweise verhalten, wenn in der Ausschreibung auf bestimmte Passagen der gleichzeitig mit der Ausschreibung zugänglichen Unterlagen besonders verwiesen würde und Inhalt, Bedeutung und Tragweite der Anforderungen, auf die in der Ausschreibung verwiesen wird, umgehend erkennbar wären (vgl. Urteil des BVGer B 1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 ff. und dazu die Besprechung von Martin Beyeler, in: Baurecht 1/2014, S. 35 f; vgl. auch BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 5.9, Zwischenentscheid des BVGer vom 14. Juni 2014 E. 4).

E. 6.3

In Ziff. 3.8 der Ausschreibung wird das Eignungskriterium "Erfahrung" wie folgt festgelegt: "Der Anbieter verfügt über genügend Erfahrung in Projekten, die mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Er weist diese Erfahrungen anhand von 3 Referenzen nach, welche diese Dienstleistungen beim Anbieter seit mind. 36 Monaten nutzen. Referenzauskünfte über vom Anbieter für den Bund realisierte Projekte werden nur zugelassen, wenn die aufgeführten Referenzpersonen jeweils schriftlich ihre Zustimmung zur Auskunftserteilung gegeben haben. Siehe Anhang 5 des Pflichtenhefts." Anhang 5 des Pflichtenheftes (das Referenzblatt) besteht aus einem vorgedruckten Formular, deren Felder von den Anbietern mit den jeweiligen Referenzangaben auszufüllen waren. Die an die Referenzen gestellten Mindestanforderungen sind in folgenden Feldern enthalten: - Anzahl Benutzer der Plattform: 1000 - Durchschnittliche Speicherkapazität in GB pro User: 4 - Referenz nutzt Plattform produktiv seit mindestens 36 Monaten In den von der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin ausgefüllten und mit der Offerte eingereichten Eignungsblättern sind die drei Mindestanforderungen zwar leicht anders formuliert ("Anzahl E-Mail-Konten": 1'000, "Durchschnittliche Kontogrösse in GByte": 4, "Referenz nutzt Plattform produktiv seit mindestens wie vielen Monaten?": 36) als im Pflichtenheft, jedoch ist klar erkennbar, dass die Formulierung inhaltlich mit dem im Pflichtenheft angegebenen Text übereinstimmt.

E. 6.4

Entsprechend der oben zitierten Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. E. 6.2 hiavor) ist mit Bezug auf die bereits in Ziff. 3.8 der Ausschreibung publizierte Anforderung der minimalen Nutzungsdauer der Referenzplattform von 36 Monaten festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin allfällige Einwände im Zusammenhang mit dieser an sich klar und unmissverständlich formulierten Mindestvoraussetzung bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens oder allenfalls in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen müssen. Indem sie das versäumt hat, hat sie ihr Recht verwirkt, eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids wegen einer angeblichen Unzulässigkeit oder Unregelmässigkeit bezüglich der minimalen Nutzungsdauer geltend zu machen. Insofern erweist sich das Aufhebungsbegehren als verspätet, weshalb auf die Beschwerde insoweit aller Voraussicht nach nicht einzutreten wäre.

E. 6.5

Im vorliegenden Fall waren gemäss Ziffer 3.13 der Ausschreibung vom 29. April 2015 die Ausschreibungsunterlagen ab demselben Datum der Publikation unter www.simap.ch verfügbar. Es trifft zu, dass die weiteren zwei an die Referenzen gestellten Mindestvoraussetzungen (Anzahl Benutzer, durchschnittliche Speicherkapazität pro User in GB) nicht im Ausschreibungstext selber, sondern erst im Anhang 5 des Pflichtenhefts enthalten waren. Zwar wird in Ziff. 3.8 der Ausschreibung ein expliziter Hinweis auf Anhang 5 des Pflichtenhefts gemacht und nicht etwa pauschal auf die Ausschreibungsunterlagen hingewiesen, wie dies zum Beispiel im Fall B-7216/2014 geschehen ist (vgl. den dazugehörigen Zwischenentscheid vom 30. September 2015 E. 4.5). Im konkreten Verweis auf die bestimmte Passage der Ausschreibungsunterlagen im Ausschreibungstext wird allerdings nicht ausdrücklich erwähnt, dass im Anhang 5 des Pflichtenheftes weitere Mindestanforderungen für das besagte Eignungskriterium definiert sind. Unter diesen Umständen könnten vorliegend Zweifel bestehen, dass der

Beschwerdeführerin Bedeutung und Tragweite des Verweises auf Anhang 5 des Pflichtenhefts bereits von Anfang an klar erkennbar waren. Letztlich jedoch kann die Frage einer Rügeobliegenheit der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen offen bleiben, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

E. 6.6

Selbst bei Eintreten auf die Beschwerde erweise sich die Rüge der Beschwerdeführerin hinsichtlich der sachwidrigen Beurteilung des Eignungskriteriums EK02 prima facie als offensichtlich unbegründet; denn das Angebot der Beschwerdeführerin erfüllt das Eignungskriterium EK02 offensichtlich nicht: Aus dem Evaluationsbericht geht effektiv klar und nachvollziehbar hervor, dass die drei von ihr eingereichten Referenzen die minimale Zusamenarbeitsdauer von 36 Monaten jeweils nicht erreichen (24, 7 und 14 Monate). Davon ausgehend, dass diese Mindestanforderung ausdrücklich in der Ausschreibung verlangt ist, erweist sich die Beschwerde schon allein aus diesem Grund als offensichtlich unbegründet. Dem Evaluationsbericht lässt sich sodann entnehmen, dass die Referenzobjekte der Beschwerdeführerin dreimal die geforderte durchschnittliche Kontogrösse von 4 GB unterschreiten (0.46, 0.7 und 1.1 GB) und zweimal die verlangte Mindestanzahl von E-Mail-Konten von 1000 nicht erreichen (Referenz 2: 409, Referenz 3: 174). Die von der Vergabestelle vorgenommene Evaluation wäre in diesem Punkt also nicht zu beanstanden, zumal die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben auch mit keinem Wort darauf eingeht.

E. 6.7

Soweit die Beschwerdeführerin im Eventualpunkt eine neue Durchführung des Verfahrens beantragt und dabei eine unzulässige und einschränkende Festlegung des umstrittenen Eignungskriteriums geltend macht, wären die entsprechenden Rügen, selbst wenn zulässig, als offensichtlich unbegründet zu erachten. Bereits der Umstand, dass drei von vier Angeboten dieses Eignungskriterium erfüllt haben, könnte prima facie ein Indiz dafür darstellen, dass dieses nicht einschränkend definiert worden ist. Aus der Formulierung der Mindestvoraussetzungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen lässt sich die Interpretation der Beschwerdeführerin prima facie auch nicht ableiten, wonach Referenzen betreffend Plattformen, die für andere Kunden aufgebaut, betrieben und unterhalten werden, unzulässig sein sollten. Ebenso wenig kann gestützt auf eine prima-facie-Beurteilung gesagt werden, dass die genannten Mindestanforderungen mangels Auftrags- beziehungsweise Leistungsbezug in sich vergaberechtswidrig seien und die Vergabestelle ihr Ermessen bei der Festlegung der Eignungskriterien überschritten oder missbraucht habe. An dieser Stelle sei noch erwähnt, dass die Argumentationslinie der Beschwerdeführerin nicht frei von Widersprüchen ist, wenn sie einerseits die definierten Eignungskriterien als zulässig erachtet aber andererseits ohne weitere Begründung geltend macht, dass kein Anbieter in der Schweiz sie momentan erfüllen könne. Ausserdem behauptet die Beschwerdeführerin lediglich pauschal, dass die durchschnittlichen, tatsächlichen Kontogrössen nach notorischen IT-Grundsätzen in der Regel bei einigen 100 MB liegen dürften, ohne dabei zwischen privaten und geschäftlichen Bedürfnissen näher zu differenzieren. In diesem Zusammenhang weist die Vergabestelle darauf hin, dass, bereits im gegenwärtigen Zeitpunkt, von den ca. 400 E-Mail-Konten der eidgenössischen Ratsmitglieder 80 E-Mail-Konten grösser als 3 GByte und 5 E-Mail-Konten grösser als 4 GByte seien sowie dass Microsoft beispielsweise OST-Dateien bis mindestens 15 GByte garantiere. Damit ist dem Einwand der Beschwerdeführerin, zumindest prima facie, die

Grundlage entzogen. Unter diesen Prämissen erhellt, dass selbst im Fall des Eintretens auf die Beschwerde im Eventualpunkt diese prima facie ebenfalls als offensichtlich unbegründet abzuweisen wäre.

E. 6.8

Nach dem Gesagten ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

E. 7

Der vorliegende Zwischenentscheid konnte unter Berücksichtigung der Beschwerdeschrift vom 31. August 2015, der Stellungnahme der Vergabestelle vom 11. September 2015 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin inklusive Beilagen, der unaufgeforderten Replik der Beschwerdeführerinnen vom 23. Oktober 2015 sowie der Duplik der Vergabestelle vom 2. November 2015 ergehen. Der Beschwerdeführerin wurde die Akteneinsicht in die Beilagen 1 bis 6 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 11. September 2015, insbesondere in das Pflichtenheft (Beilage 3) und die geschwärzte Fassung des Evaluationsberichts (Beilage 4), gewährt. Auch erhielt sie Gelegenheit, die Beilagen 7 bis 11, namentlich Anhang 5 des Pflichtenhefts (Beilage 11), zum Schreiben der Vergabestelle vom 23. September 2015 und die gemäss Abdeckungsvorschlag des Gerichts und der Zuschlagsempfängerin geschwärzte Beilage 13 (Referenzblatt der Zuschlagsempfängerin) zu sichten. Aufgrund der vorliegend strittigen Fragen wurden die Fristen für die Einreichung weiterer Verfahrensakten und für die Erstattung einer materiellen Beschwerdeantwort (vgl. Ziff. 6 der Zwischenverfügung vom 1. September 2015) aufgehoben. Zu einer allfälligen weitergehenden Akteneinsicht bzw. Einholung weiterer Verfahrensakten im Hauptverfahren werden gegebenenfalls mit separater Verfügung Instruktionsanordnungen getroffen werden.

E. 8

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass ihre Aussichten, den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass sie den Zuschlag erhalten würde. Daraus ist zu folgern, dass der Beschwerdeführerin aller Wahrscheinlichkeit nach die Legitimation zur Anfechtung des hier zur Diskussion stehenden Zuschlags abzuspochen und auf ihre Beschwerde im Hauptpunkt nicht einzutreten sein wird. Im Weiteren erweist sich das Aufhebungsbegehren mit Bezug auf eine angebliche Unzulässigkeit oder Unregelmässigkeit der Mindestanforderungen an das Eignungskriterium EK02 zum Teil als verspätet und selbst bei Eintreten auf die Beschwerde erweise sich diese in diesem Punkt aus materiell-rechtlichen Gründen als offensichtlich unbegründet. Angesichts dieser Ausgangslage kann dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden. Eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen erübrigt sich. Damit fällt die Zwischenverfügung vom 1. September 2015 betreffend superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahin.

E. 9

Über die Feststellung und Verlegung der Kosten des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden. Die weitere Instruktion des Hauptverfahrens erfolgt mit separater Verfügung.

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