

BVGer B-6337/2015 vom 26. April 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-04-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6337_2015

FR: TAF B-6337/2015 du 26 avril 2016

IT: TAF B-6337/2015 del 26 aprile 2016

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 27 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29 Bst. a BöB).

E. 1.2.1

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 mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.2.2

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

E. 1.2.3

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 4. Mai 2015 von einem Dienstleistungsauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48 E. 3). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung in Ziffer 2.4 der Common Procurement Vocabulary (CPV) - Referenznummer 72260000 "Dienstleistungen in Verbindung mit Software" zu, die gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung der CPC-Kategorie "[7] Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" zugeordnet wird. Die CPV-Nummer 72260000 entspricht nach der Systematik der CPCprov der Gruppe 842 "Software implementation services". Diese Kategorie wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur VöB) erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-4958/2013

vom 30. April 2014 E. 1.5.2).

E. 1.2.4

Der Zuschlag vom 18. September 2015 wurde für den Preis von Fr. 1'297'850.- (exkl. MwSt.) vergeben, wobei die Option zumindest in der Weise zu berücksichtigen ist, dass der Basisauftrag in Höhe von Fr. 152'000.- allein nicht massgebend sein kann (Art. 7 Abs. 4 BöB; vgl. Hans Rudolf Trüeb, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 1. Aufl. 2011, Rz. 15 zu Art. 7 BöB). Der für Dienstleistungen massgebende Schwellenwert in der Höhe von Fr. 230'000.- ist damit ohne Weiteres erreicht (Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 vom 2. Dezember 2013 [AS 2013 4395]). Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung fällt demnach auch vom Beschaffungsgegenstand her in den Anwendungsbereich des BöB, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

E. 1.2.5

Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

E. 1.2.6

Das BöB ist damit auf die in Streit stehende Beschaffung anzuwenden. Folglich ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.3

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. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.4

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 1.5

Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1296). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Nachfolgend ist zu prüfen, ob sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. b-c VwVG).

E. 2.2

Das besondere Berührtsein ist eine (in der Regel) notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung 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 eine beschwerdeführende Person mit ihren Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (BGE 141 II 14 E. 4.4 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 3).

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin ist als nichtberücksichtigte Anbieterin von der Zuschlagsverfügung besonders berührt. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist damit zu bejahen. Umstritten und zu prüfen ist aber, ob die Beschwerdeführerin auch ein schutzwürdiges Interesse hat.

E. 2.4.1

In ihrer Beschwerde vom 6. Oktober 2015 äussert sich die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerdelegitimation.

E. 2.4.2

In ihrer Replik vom 22. November 2015 bringt sie vor, die Beschwerde gerade deshalb zu führen, weil die Vergabestelle willkürlich die geforderten und eingereichten Eignungsbelege der bestgeeigneten Bewerberin - der Beschwerdeführerin - nicht in die Bewertung einbezogen habe (S. 3). Die Beschwerde führende Anbieterin schütze lediglich die Interessen der Allgemeinheit. Die Beschwerdeführerin trage keinen direkten Nutzen, sondern im Gegenteil weiter Kosten für die Beweisführung und eine erneute Angebotseingabe davon (S. 7).

E. 2.5.1

Die Vergabestelle schreibt in ihrer materiellen Vernehmlassung vom 23. Oktober 2015, dass die Beschwerdelegitimation fehle. In der Schlussevaluation habe die Offerte der Beschwerdeführerin den vierten Rang belegt (S. 3). Weshalb sie genau zum Zuschlag kommen würde, sollte ihren Begehren nach Zuschlagsaufhebung und Neuevaluation stattgegeben werden, werde in der Beschwerdeschrift weder behauptet noch nachgewiesen (S. 3 f.). Selbst bei einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde hätte die Beschwerdeführerin keine reelle Chance auf den Zuschlag (S. 4). Selbst wenn sie in sämtlichen von ihr materiell gerügten Zuschlagskriterien die volle Punktzahl erhalten hätte, hätte dies am Zuschlag nichts zu ändern vermocht. Die Vorbringen zielten gar nicht erst darauf ab, eine reelle Chance für den Zuschlag darzulegen (S. 10). Es fehle der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Interesse und somit an der Beschwerdelegitimation (S. 11).

E. 2.5.2

In ihrer Duplik vom 11. Oktober 2015 (richtig: 11. Dezember 2015) legt die Vergabestelle zur Beschwerdelegitimation ergänzend dar, dass die Beschwerdeführerin in der Replik der Argumentation der Vergabestelle zur fehlenden Beschwerdelegitimation zustimme. Sie stuft die Erfolgsaussichten ihrer Beschwerde als derart hoffnungslos ein, dass sie aus der Beschwerdeführung keinen direkten Nutzen davonzutragen erwarte. Die Vergabestelle und die Beschwerdeführerin stimmten somit überein, dass es ihr an einem schutzwürdigen Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zuschlagsverfügung fehle. Die Beschwerdelegitimation sei mangels belegter, reeller Chance auf den Zuschlag zu verneinen. Die Beschwerdeführerin zeige in der Replik nicht auf, wie sie zur Überzeugung gelange, aus einer Neuevaluation der Offerten nach den publizierten Massstäben dennoch als Zuschlagsempfängerin hervorzugehen. Der Beschwerdeführerin fehle es somit an einem praktischen Interesse nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG (S. 4).

E. 2.6

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin in der Rangliste der Zuschlagsempfänger auf den vierten Platz gekommen. Die Zweiplatzierte erhielt rund 2 %, die Drittplatzierte rund 3 % und die Beschwerdeführerin rund 26 % weniger Punkte als die Zuschlagsempfängerin (Evaluationsbericht vom 19. August 2015, S. 22). Es stellt sich damit die Frage, ob das Interesse der Beschwerdeführerin als Viertplatzierte tatsächlich schutzwürdig ist.

E. 2.6.1

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.; vgl. hierzu Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1) genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der früheren Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, was die Erfüllung der vorgegebenen Eignungskriterien voraussetzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieser Entscheidung nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt eine Anbieterin, die nicht im zweiten Platz rangiert wurde, Beschwerde, hängt ihre Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise sie selbst oder vielmehr die vor ihr Rangierten zum Zuge kämen. Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt die weiter hinten platzierte Anbieterin daher, dass nicht nur die Zuschlagsempfängerin, sondern auch die übrigen vor ihr platzierten Mitbewerberinnen auszuschliessen oder schlechter als sie selbst zu bewerten gewesen wären oder aber dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 und 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 ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 mit Hinweisen; zum Ganzen Urteil des BVGer

B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). Die reelle Chance auf den Zuschlag nimmt mit schlechterer Platzierung ab (BGE 141 II 14 E. 4.1 mit Hinweisen).

E. 2.6.2

Die weit hinten Rangierte ist somit nicht legitimiert, solange sie nicht die Rangierung aller Vorangehenden anfecht (BGE 141 II 14 E. 4.3 mit Hinweisen). Die viertplatzierte Anbieterin ist demnach legitimiert, wenn sie die Eignung oder Klassierung aller drei vor ihr Platzierten beanstandet. Wer allerdings ein Angebot unterbreitet hat, welches die Eignungsvoraussetzungen nicht erfüllt, kann von vornherein kein schutzwürdiges Interesse an einer Aufhebung des Zuschlags haben, zumindest solange er nicht die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags beantragt, was ihm allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde (BGE 141 II 14 E. 4.7).

E. 2.6.3

Laut der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist die viertplatzierte Anbieterin, welche den Ausschluss der Erstplatzierten verlangt, nicht legitimiert, wenn sie auch im Falle der Gutheissung ihres Begehrens als Drittplatzierte den Zuschlag nicht erhalten hätte (Urteil des BGer. 2D_74/2010 vom 31. Mai 2011 E. 1.3), ausser wenn der Unterschied zum Erstplatzierten relativ und absolut klein ist (Urteil des BGer. 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 1.3.2). Die viertplatzierte Anbieterin, die mit ihrer Beschwerde den Zuschlag an sich oder die Aufhebung des Verfahrens beantragt, aber einzig die Eignung oder Klassierung der Erstplatzierten kritisiert, ist ebenfalls nicht legitimiert. Denn wenn ihre Kritik auch begründet wäre, könnten ihre Anträge nicht gutgeheissen werden, weil der Zuschlag an die Zweitklassierte ginge (BGE 141 II 14 E. 4.7). Es fehlt derjenigen nicht berücksichtigten Anbieterin an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, die auch bei Obsiegen ihrer Anträge selber den Zuschlag nicht erhalten könnte. Das blosses Anliegen, den (behaupteterweise) rechtswidrigen Zuschlag aufzuheben, kann keine Legitimation begründen für diejenige, die zwar als Anbieterin am Verfahren teilgenommen hat, aber aufgrund ihrer Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen ihrer Auffassung keinen praktischen Vorteil erzielen könnte (BGE 141 II 14 E. 4.8).

E. 2.6.4

Daraus entsteht eine Beweiserschwernis. In einem Vergabeverfahren wird einer nicht berücksichtigten Anbieterin in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt, bevor sie nicht in ihrer Beschwerde ihre Legitimation dargelegt hat (vgl. Art. 26 BöB, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags der nicht berücksichtigten Anbieterin zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen der berücksichtigten Anbieterin sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von deren Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieterinnen abgibt (Urteil des BVerfG B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1). Die unterlegene Anbieterin kann der Zuschlagsbegründung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BöB so zwar einen Vergleich ihres eigenen Angebots mit demjenigen der Zuschlagsempfängerin entnehmen, nicht aber einen Vergleich mit den Angeboten der übrigen unterlegenen Anbieterinnen. Die unterlegene Anbieterin kennt von der Bewertung dieser anderen Anbieterinnen nichts. Entsprechend ist es der unterlegenen Anbieterin nur eingeschränkt möglich, eine unrechtmässige Bewertung gegenüber diesen anderen Anbieterinnen nachzuweisen. Diese

Beweiserschwernis 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. 2.6.5

Es ist vor der Bejahung der Legitimation demnach zunächst zu prüfen, ob die viertplatzierte Anbieterin überhaupt eine reelle Chance hat, den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 3.1

Im vorliegenden Vergabeverfahren kam die Vergabestelle zum Schluss, dass sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die zweit- und drittplatzierten Anbieterinnen sowie die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfüllten. Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien erhielt die Beschwerdeführerin von gesamthaft 10'000 möglichen Punkten nur 6'624, wogegen die Zuschlagsempfängerin 8'970 Punkte, die zweitplatzierte Anbieterin 8'825 Punkte und die drittplatzierte Offerentin 8'666 Punkte erzielten. Die Beschwerdeführerin erreichte damit nur den vierten Rang. Sie ist aber der Ansicht, dass sie mindestens die gleiche Punktzahl wie die Zuschlagsempfängerin hätte erreichen müssen.

E. 3.2

Wie dargelegt (vgl. E. 2.6.4 hiervor), verfügt eine nicht berücksichtigte Anbieterin unter Umständen über fast keine Informationen über die vor ihr platzierten, aber ebenfalls nicht berücksichtigten Angebote. Soweit sie daher in Bezug auf ihre Legitimation glaubhaft zu machen hat, dass nicht nur der Zuschlag, sondern auch diese schlechtere Platzierung unzulässig gewesen sei, kann daher im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung offensichtlich kein voller Beweis aller für diese Frage massgeblichen Sachverhaltsumstände verlangt werden. Auch unter Berücksichtigung dieser Erschwernis ist aber von einer Beschwerdeführerin zu verlangen, dass sie ihre Legitimation zumindest anhand von konkreten Anhaltspunkten glaubhaft bzw. "mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht" ("rende vraisemblable"). Eine reine "Mutmassung", für welche keinerlei konkrete Belege oder Indizien angeführt werden, kann dafür nicht ausreichen (Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.5.2).

E. 3.3

In casu kritisiert die Beschwerdeführerin als Viertplatzierte nicht nur den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin, sondern bemängelt das Vorgehen der Vergabestelle bei der Bewertung der eingereichten Angebote als Ganzes. Insofern beanstandet die Beschwerdeführerin implizit auch die Bewertung und damit die Klassierung der zweit- und drittklassierten Anbieterinnen. Eine einlässliche Substantiierung der indirekten Rüge der Klassierung der Zweit- und Drittplatzierten fehlt indessen. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass ihr als beste Anbieterin der Zuschlag zu erteilen sei, und verlangt daher sowohl die Aufhebung des ganzen Vergabeverfahrens als auch ein erneutes Verfahren, was die Neuausschreibung des Auftrags miteinschliesst. Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass sie die höchste Punktzahl erhalten sollte. Die Eignungsvoraussetzungen wie auch die technischen Spezifikationen (Mussanforderungen) wurden von der Beschwerdeführerin unstrittig erfüllt (vgl. Evaluationsbericht vom 19. August 2015, S. 15). Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob der Zuschlag bei einer Gutheissung der Beschwerde in der Tat an die Beschwerdeführerin gehen könnte.

E. 3.4.1

Die Beschwerdeführerin blieb im Zuschlagskriterium "ZK1 Technisches Konzept" 1'825 Punkte und im Kriterium "ZK3 Erfahrung des Projektleiters" 250 Punkte hinter der Zuschlagsempfängerin. Im Kriterium "ZK2 Preisangebot" erreichte die Beschwerdeführerin hingegen bis auf einen Punkt das absolute Punktemaximum und übertraf die Zuschlagsempfängerin damit um 229 Punkte. Insgesamt kamen der Beschwerdeführerin für die Zuschlagskriterien ZK1 bis ZK3 1'846 Punkte weniger als der Zuschlagsempfängerin zu (Evaluationsbericht vom 19. August 2015, S. 18-19). Zum vierten Zuschlagskriterium, der Anbieterpräsentation, war die Beschwerdeführerin nicht zugelassen worden (Evaluationsbericht vom 19. August 2015, S. 18). Die Zuschlagskriterien wurden wie folgt gewichtet: "ZK1" 50 % bei einem Punktemaximum von 5'000 Punkten, "ZK2" 30 % bei höchstens 3'000 Punkten, "ZK3" 15 % bei maximal 1'500 Punkten und "ZK4 Anbieterpräsentation" 5 % bei einer Höchstpunktzahl von 500 Punkten (Evaluationsbericht vom 19. August 2015, S. 16).

E. 3.4.2

Die Beschwerdeführerin, welche die Eignung der Zweit- und Drittplatzierten nicht in Frage stellt, vertritt die Ansicht, mindestens ein ebenso gutes technisches Konzept wie die Zuschlagsempfängerin eingereicht zu haben (Beschwerdeschrift, S. 2 und 5-6). Wäre dies der Fall und bekäme die Beschwerdeführerin im technischen Konzept mindestens ebenso viele Punkte wie die Zuschlagsempfängerin (4'950 Punkte), würde der Rückstand der Beschwerdeführerin auf diese in den übrigen Kriterien insgesamt bloss noch höchstens 21 Punkte betragen.

E. 3.4.3

In Bezug auf das Kriterium "ZK3" beschränkt sich die Kritik der Beschwerdeführerin ebenfalls auf ihre punktemässige Bewertung im Vergleich mit jener der Zuschlagsempfängerin (vgl. Beschwerdeschrift, S. 2-4). Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass ihr auch bei diesem Kriterium zumindest gleich viele Punkte zuzugestehen seien wie der Zuschlagsempfängerin (vgl. Beschwerdeschrift, S. 4). Das sind 750 Punkte.

E. 3.4.4

Aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin kann ihr Punkttotal, das ihr ihrer Ansicht nach zukommen sollte, genau bestimmt werden, nämlich mit 5'700 Punkten mehr als bisher. Denn sie behauptet, diesfalls mindestens ebenso viele Punkte zu erhalten, wie die Zuschlagsempfängerin von der Vergabestelle tatsächlich bekam ("ZK1": 4'950 Punkte; "ZK3": 750 Punkte). Wenn die Beschwerdeführerin bei den Zuschlagskriterien "technisches Konzept" und "Erfahrung des Projektleiters" die gleiche Punktzahl wie die Zuschlagsempfängerin erhalten würde, wäre die Beschwerdeführerin somit Erstplatzierte. Der von der Beschwerdeführerin angebotene Preis ist günstiger und sie verfügt über zusätzliche Punkte im Zuschlagskriterium "Anbieterpräsentation".

E. 3.4.5

Die Ansicht allein, selbst das beste technische Konzept eingereicht zu haben und auch beim Kriterium "ZK3" zumindest gleichviele Punkte wie die Zuschlagsempfängerin erhalten zu müssen, ist jedoch zu allgemein gehalten und reicht für eine genügende Begründung der behaupteten Mindestpunktzahl und Platzierung in den Kriterien "ZK1" und "ZK3" nicht aus. Die Substantiierung der Vorbringen der Beschwerdeführerin ist unzureichend. Eine

wirkliche Chance auf den reellen Zuschlag ist entsprechend, wie hiernach zu zeigen ist, nicht glaubhaft gemacht.

E. 3.5.1

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin insbesondere, dass der Zuschlag mit nicht publizierten Zuschlagskriterien begründet worden sei (Beschwerde, S. 2). Sie rügt insofern fehlende Transparenz. Die Vergabestelle bestreitet diesen Vorwurf. Unter anderem weist sie darauf hin, dass die Evaluation anhand der transparent ausgeschrieben Kriterien und Taxonomie durchgeführt worden sei. Die summarische Zuschlagsbegründung versuche der Forderung nach mehr Transparenz bei der Publikation des Zuschlags auf simap.ch Rechnung zu tragen (materielle Vernehmlassung, S. 5). In der Ausschreibung sei transparent verlangt worden, dass die Anbieterinnen die Erfüllung von Anforderungen zu belegen und allfällige explizite Verweise auf Fundstellen in anderen Dokumenten zu vermerken hätten (Duplik, S. 8).

E. 3.5.2

Mit dem BöB bezweckt der Bund unter anderem, das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB). So müssen die Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden, um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 627). Der Grundsatz der Transparenz verlangt auch, dass die Vergabestelle das (relative) Gewicht, das sie den einzelnen (Zuschlags-)Kriterien beizumessen beabsichtigt, zum Voraus deutlich präzisiert und bekannt gibt (Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.3 mit Hinweisen). Ferner muss entsprechend dem Grundsatz der Transparenz die Prüfung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien (Art. 25 VöB) durch die Vergabestelle dokumentiert werden und nachvollziehbar sein (Urteil des BVGer B-4717/2010 vom 1. April 2011 E. 9.4 mit Hinweisen). Das Transparenzgebot ist eine Regel formeller Natur (Zwischenentscheid B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 6.6; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 852). Ob bei einer Verletzung des Transparenzgebots auch eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung zu prüfen ist, kann vorliegend offen gelassen werden (vgl. Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.6.2, Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.5 und Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 8.5, je mit Hinweisen). Transparenzrügen sind jedoch von reinen Bewertungsprüfungen zu unterscheiden.

E. 3.5.3.1

Der angefochtene Zuschlagsentscheid ist nicht nur mit der Erfüllung der Kriterien des technischen Konzepts und des Preisangebots, sondern auch mit einer Bewertung von "auf das Mandat abgestimmten Referenzprojekten" begründet worden. Dieser Bezug auf Referenzprojekte ist es, welchen die Beschwerdeführerin als "nicht publizierte Zuschlagskriterien" rügt. Es ist demnach zu prüfen, ob aus der Ausschreibung transparent hervorgegangen ist, dass auch der Nachweis von Referenzprojekten ein Zuschlagskriterium bildet.

E. 3.5.3.2

In Ziff. 3.9 der Ausschreibung wird unter dem Titel "Zuschlagskriterien" darauf hingewiesen, dass der Zuschlag aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien erfolge. Darin war insbesondere die Erfüllung der Kriterien von Ziff. 3.8 der Ausschreibung

gefordert. In Ziff. 3.8 der Ausschreibung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Eignungsnachweise vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebots bestätigt bzw. beigelegt und erfüllt werden müssten, ansonsten nicht auf die Offerte eingegangen werde. Näher wird unter anderem Folgendes verlangt: "EK02: Erfahrung Der Anbieter verfügt über genügend Erfahrung in Projekten, die mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Er weist diese Erfahrung anhand von 4 Referenzprojekten in den letzten 5 Jahren (Abschluss der Projekte 2010 oder später) nach: - 1 Referenz aus dem Bereich Datenmodellierung in INTERLIS II, - 1 Referenz aus dem Bereich Konfiguration Web-GIS, - 1 Referenz aus dem Bereich Aufbau und Betrieb von mandantenfähigen Geodatenbanken, - 1 Referenz aus dem Bereich GIS-Applikationsentwicklung und Schnittstellen. EK03: Erfahrung HERMES Der Anbieter verfügt über genügend Erfahrung in Softwareentwicklungsprojekten, die mit den Vorgaben von HERMES durchgeführt worden sind. Er weist diese Erfahrung anhand von 2 Referenzen in den letzten 5 Jahren (Abschluss der Projekte 2010 oder später) nach."

E. 3.5.3.3

Damit geht aus diesen Ziff. 3.8 und 3.9 der Ausschreibung eindeutig hervor, dass für den Zuschlag mehrere, mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbare Referenzprojekte nachzuweisen sind, wobei deren Beleg durch die Anbieterin zu erbringen ist und er vollständig zu sein hat. Diese Projekte haben demgemäss mit dem ausgeschriebenen Auftrag ähnlich zu sein, was seitens der Anbieterin ohne Einschränkungen oder Abänderungen nachzuweisen ist. Dieses Erfordernis ist in der Ausschreibung transparent dargelegt. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass der Zuschlag mit nicht publizierten Zuschlagskriterien begründet worden sei, erweist sich damit als offensichtlich unbegründet. Es ist nicht ersichtlich, wie sie gestützt auf diese Rüge zu mehr Punkten in den Zuschlagskriterien und folglich einer besseren Platzierung kommen könnte.

E. 3.6.1

Was das Zuschlagskriterium "ZK1 Technisches Konzept" anbelangt, ist der technische Lösungsbeschreibung, den die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte der Vergabestelle vorlegte, knapp. Aus der Bewertungsübersicht "Qualitätskriterien X. _____ GmbH" des BAV, welche die Beschwerdeführerin ihrer Replik beilegte, gehen mehrere Beanstandungen fehlender bzw. mangelhafter technischer Elemente hervor, desgleichen aus der Begründung des BAV vom 24. September 2015 zuhanden der Beschwerdeführerin (Beschwerdebeilage 4). Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Unvollständigkeiten bzw. Mängel ihres technischen Konzepts. Unter anderem ist sie der Ansicht, dass zu Unrecht ein ausgezeichnetes Angebot aus dem Beschaffungsprozess herausgeworfen werde. Die Formulierungen zum Punkteabzug in der Begründung vom 24. September 2015 klingen für den Sachverständigen so, als ob ein diplomierter Malermeister im Detail erklären müsste, welche Pinsel er wie verwende, obwohl er vom Gartenhäuschen bis zum Wolkenkratzer schon alle Häusertypen innen und aussen angemalt habe (Beschwerde, S. 4).

E. 3.6.2

Wie in E. 3.5.3.2 hiervor erwähnt, wurde in der Ausschreibung ausdrücklich der vollständige Nachweis der Erfüllung der geforderten Kriterien durch die Anbieterin verlangt und darauf hingewiesen, dass der Zuschlag aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien erfolge (Ziff. 3.8 und 3.9 der Ausschreibung). Eines dieser Kriterien ist das technische Konzept (ZK1). Gemäss dem zu den Ausschreibungsunterlagen gehörenden

Pflichtenheft ist dieses Konzept von der Anbieterin zu erstellen (S. 35). Dabei wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die im Formular "Zuschlagskriterien" aufgeführten Einzelanforderungen zum Zuschlagskriterium ZK1 detailliert und klar verständlich formuliert und beantwortet sein müssten. Allfällige Referenzierungen auf weiterführende Unterlagen seien erlaubt, müssten jedoch exakt auf die relevanten Textabschnitte/-stellen der Unterlagen verweisen. Sei eine Anforderung in Einzelpunkte untergliedert, müsse auf all diese Einzelpunkte detailliert eingegangen werden. Die Beschaffungsstelle behalte sich vor, die von Seiten der Anbieter aufgeführten Dokumentationen und/oder referenzierten Informationen inhaltlich zu verifizieren und bei Bedarf vom Anbieter dazu zusätzliche Informationen einzufordern. Seien die Antworten nicht nachvollziehbar oder unverständlich, die geforderten Angaben oder Unterlagen nicht vorhanden oder mangelhaft, könne dies zu einer Zurückstufung der Antwort der Anbieterin auf null Punkte führen (S. 36).

E. 3.6.3

Somit konnte die Beschwerdeführerin bereits den Ausschreibungsunterlagen, namentlich dem Pflichtenheft, entnehmen, dass sie ihr technisches Konzept in der Offerte detailliert vorzulegen hat und entsprechende Lücken bzw. Mängel zu einer tieferen Bewertung in diesem Kriterium führen. Der Beschwerdeführerin musste folglich schon aufgrund der Ausschreibungsunterlagen klar sein, dass gänzlich fehlende, bloss knappe oder sonst unvollständige Angaben oder Nachweise dazu führen können, dass sie hinter einer oder mehreren anderen Anbieterinnen platziert und ihr der Zuschlag nicht erteilt wird. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie ein ausgezeichnetes Angebot eingereicht und ihr technisches Konzept nicht im Detail zu erklären habe, geht demzufolge ebenfalls fehl und ist offensichtlich unbegründet. Vielmehr hätte sie für die Erteilung des Zuschlags detailliert nachweisen müssen, dass ihr Angebot das beste aller offerierten ist. Angesichts der unvollständigen Angaben und Nachweise der Erfüllung des Kriteriums ZK1 ist nicht erkennbar, wie die Beschwerdeführerin hier zu einer höheren Bewertung und damit Rangierung gelangen könnte.

E. 3.7

Gehen aber die Rüge der ungenügenden Transparenz der Ausschreibung in Bezug auf die Zuschlagskriterien und die Rüge der fehlenden Erfordernis des detaillierten Belegs des Kriteriums ZK1 fehl, kann die Beschwerdeführerin höchstens im Zuschlagskriterium ZK3 eine höhere Bewertung als bisher erreichen. In diesem Kriterium beträgt der Rückstand der Beschwerdeführerin auf die Zuschlagsempfängerin jedoch 250 Punkte, während der Rückstand im Kriterium ZK1 allein 1'825 Punkte beträgt. Die Beschwerdeführerin vermag damit die Zuschlagsempfängerin selbst bei einer maximalen Punktezahl von 1'500 Punkten im ZK3 - also 1'000 Punkten mehr als bislang erhalten - auf jeden Fall nicht von der Schlussplatzierung im ersten Rang zu verdrängen. Daran würde auch nichts ändern, wenn die Beschwerdeführerin zusätzlich auch die maximale Punktezahl von 500 Punkten für die Anbieterpräsentation erhalten würde. Die zweitplatzierte Anbieterin ist für die Beschwerdeführerin mit einem Vorsprung von 1'450 Punkten im Zuschlagskriterium ZK1 und einem Plus von 500 Punkten im Kriterium ZK3 ebenfalls unerreichbar. Entsprechendes gilt für die drittplatzierte Anbieterin, auf welche die Beschwerdeführerin im Zuschlagskriterium ZK1 einen Rückstand von 1'700 Punkten aufweist, während diese beide Anbieterinnen im Kriterium ZK3 punktemässig gleichauf sind.

E. 4.1

Die Eignung der zweit- und drittplatzierten Anbieterinnen zieht die Beschwerdeführerin in keinster Weise in Zweifel. Die beschwerdegemässe Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Neuurteilung der eingereichten Angebote würde somit angesichts dieser unstrittigen Eignung mangels ausdrücklicher, substantiiertes Kritik an der Klassierung dieser beiden zur Erteilung des Zuschlags an die Zweit- oder Drittplatzierte führen. Der Beschwerdeführerin selbst könnte der Zuschlag nicht erteilt werden. Denn sie hat weder genügend substantiiert noch geht aus den vorliegenden Akten hervor, dass für sie bei einer Neuevaluation der eingegangenen Offerten dieses Beschaffungsverfahrens eine Aussicht auf den Zuschlag bestehen würde.

E. 4.2

Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle hätte damit nicht zur Folge, dass der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen wäre. Es fehlt ihr somit insoweit an einem eigenen, unmittelbaren Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

E. 4.3

Soweit die Beschwerdeführerin eine Gelegenheit zu einer erneuten Offertstellung verlangt, kann sie von vornherein mangels Bemängelung der Ausschreibungsunterlagen bzw. -modalitäten nicht durchdringen. Die Ausschreibung ist in casu bereits rechtskräftig und kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr angefochten werden. Eine neue Einladung zur Offertstellung setzt voraus, dass die Ausschreibung als solche wegen Mängeln in der Durchführung wiederholt werden muss. Im Übrigen würde der Antrag der Beschwerdeführerin, das ganze Beschaffungsverfahren neuerlich durchzuführen, ihr zwar grundsätzlich die Möglichkeit verschaffen, das eigene Angebot zu überarbeiten und nach dessen neuerlicher Einreichung eventuell den Zuschlag zu erhalten. Ein solcher Antrag reicht indessen gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei einer Viertplatzierten, welche die Eignungsvoraussetzungen erfüllt hat, was vorliegend auf die Beschwerdeführerin zutrifft (vgl. E. 3.3 hiervor), für die Begründung eines schutzwürdigen Interesses nicht aus. Es müsste wenn schon eine reelle Chance auf den Zuschlag vorhanden sein (vgl. E. 2.6.5 vorstehend). Die Beschwerdeführerin hat indessen nicht genügend substantiiert noch ist den Akten zu entnehmen, dass bei einem Abbruch des Beschwerdeverfahrens und einer Neuausschreibung des konkreten Beschaffungsprojekts "Datenbank Eisenbahninfrastruktur Schweiz" eine solche Chance tatsächlich vorhanden wäre. Vielmehr ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass erneut eine andere der Anbieterinnen vor der Beschwerdeführerin platziert sein würde.

E. 4.4

Insgesamt gelingt es der Beschwerdeführerin somit nicht, glaubhaft zu machen, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass, sofern ihre Rügen in Bezug auf den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin begründet wären, sie und nicht die vor ihr im zweiten und dritten Rang platzierten Mitbewerberinnen den Zuschlag erhalten würde. Folglich hat die Beschwerdeführerin kein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist. Demnach fehlt die Rechtsmittellegitimation, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

E. 5.1

Das Bundesverwaltungsgericht hat der Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 3. November 2015 Einsicht in die von der Vergabestelle als "der Akteneinsicht zugänglich" bezeichneten Akten sowie in das geschwärzte Aktenverzeichnis gewährt.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin hat daraufhin replikweise unter anderem Einsicht in "die detaillierten Aufzeichnungen zum Bewertungsblatt 'Qualitätskriterien X. _____ GmbH' im 'Evaluationsbericht zum Projekt (1551) 802 Datenbank Eisenbahninfrastruktur Schweiz Bundesamt für Verkehr (BAV)'" beantragt. Diesem Begehren wurde bisher keine Folge geleistet.

E. 5.3

Inwieweit bzw. in welchem Ausmass eine Beschwerdeführerin in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Zuschlag Anspruch auf Akteneinsicht hat, wenn ihre Legitimation bestritten ist und ein möglicher Nichteintretensentscheid sich abzeichnet, ist differenziert zu beurteilen. Einerseits gilt der allgemeine Grundsatz, dass das Akteneinsichtsrecht an die Parteistellung gebunden ist (vgl. Art. 26 ff. VwVG; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 503). Die Beschwerdelegitimation ist insofern eine Voraussetzung für den Anspruch auf Akteneinsicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass, wie dargelegt, in Vergabeverfahren die Akteneinsicht überhaupt erst im Rechtsmittelverfahren stattfinden kann, da ein entsprechendes Recht im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. Art. 26 BöB, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Das Bundesverwaltungsgericht hat daher in einem anderen Verfahren entschieden, einem Beschwerdeführer sei in dieser Situation jedenfalls Einsicht in diejenigen Akten zu gewähren, welche in Bezug auf die Legitimationsfrage relevant seien (vgl. Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 5; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1368).

E. 5.4

Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführerin Einsicht insbesondere in diejenigen Akten gewährt, die angesichts ihrer Argumentation für die Legitimationsfrage relevant erscheinen könnten, soweit die Einsicht unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der zweit- und drittplatzierten Anbieterinnen als zulässig erschien (vgl. E. 5.1 vorstehend). Die detaillierten Aufzeichnungen zum Bewertungsblatt 'Qualitätskriterien X. _____ GmbH' im 'Evaluationsbericht zum Projekt (1551) 802 Datenbank Eisenbahninfrastruktur Schweiz Bundesamt für Verkehr (BAV)', in welche die Beschwerdeführerin zusätzlich Einsicht verlangt hat (E. 5.2 vorstehend), finden sich nicht in den vorliegenden Akten, sondern nur das eben erwähnte Bewertungsblatt. Die dortigen Angaben reichen indessen für den Entscheid über die Eintretensfrage aus.

E. 5.5

Die Frage, inwieweit der Beschwerdeführerin Einsicht in weitere Akten, unter anderem in die in E. 5.2 hiervor erwähnten Aufzeichnungen, hätte sich nur gestellt, wenn auf die Beschwerde einzutreten gewesen wäre. Da die Beschwerdeführerin jedoch, wie dargelegt, nicht beschwerdelegitimiert ist, sind diese Akten offensichtlich nicht entscheidrelevant, und es besteht kein Anspruch auf Einsicht.

E. 6.1

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin nach Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 2'500.- festgelegt. Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

E. 6.2

Die Zuschlagsempfängerin hat mit Schreiben vom 16. Oktober 2015 darauf verzichtet, am Beschwerdeverfahren teilzunehmen und sich als Beschwerdegegnerin zu konstituieren. Entsprechend sind ihr für das vorliegende Beschwerdeverfahren weder Verfahrenskosten aufzuerlegen noch ist ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen.

E. 6.3

Im Übrigen haben weder die obsiegende Vergabestelle noch die unterliegende Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

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