

BVGer B-6834/2018 vom 11. Juni 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6834_2018

FR: TAF B-6834/2018 du 11 juin 2019

IT: TAF B-6834/2018 del 11 giugno 2019

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

E. 1.1

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). 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. 2.1

Die Vergabestelle ist in Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB ausdrücklich als Vergabestelle genannt und untersteht somit trotz eigener Rechtspersönlichkeit dem BöB (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 2.2).

E. 2.2

Die Vergabestelle geht gemäss Ziffer 1.8 der Ausschreibung von einem Dienstleistungsauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff

"Dienstleistungsauftrag" ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des 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 ff.). Die Vergabestelle hat das Beschaffungsobjekt unter folgender Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung): "30232000 - Peripheriegeräte" Diese Nummer entspricht nach der Systematik der CPCprov der Referenznummer 84 "Informatik und verbundene Tätigkeiten". 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 auch das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2).

E. 2.3

Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 6'000'000.- inkl. MwSt. vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.-. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

E. 2.4

Eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Das BöB ist folglich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

E. 2.5

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung - der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG).

E. 2.5.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

E. 2.5.2

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss, der Zuschlag sei aufzuheben und die Beschaffung sei neu auszuschreiben. Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten, so hätte die Beschwerdeführerin als an dritter Stelle rangierte Anbieterin allenfalls eine Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H., Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2).

E. 2.6

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Eintretensvoraussetzungen sind daher im vorliegenden Fall erfüllt.

E. 3

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle fordere gemäss Anforderungskatalog für alle Systeme Adobe PostScript 3 Druckertreiber (ETH Standard). Damit sei klar vorgegeben worden, dass es sich bei den Druckertreibern um Original Adobe PostScript 3 Treiber handeln müsse und somit keine Emulationen zulässig seien. Dies habe einen entscheidenden Einfluss auf die offerierten Systeme der Beschwerdeführerin gehabt. Die Vergabestelle macht demgegenüber geltend, sie habe für die Hardware (Drucker) nirgends die Original-PS3 von Adobe verlangt. In den von der Beschwerdeführerin zitierten Stellen des Anforderungskataloges der Ausschreibung sei lediglich verlangt worden, dass der auf der Hardware vorhandene Interpreter PS3-kompatibel sein müsse.

E. 3.1

Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Vergabestelle Drucker mit Adobe Postscript oder nur Adobe Postscript-kompatible Drucker (Emulationen) ausgeschrieben hat bzw. wie die seitens der Vergabestelle formulierten Anforderungen (technischen Spezifikationen) zu verstehen waren. Unter Emulationen werden eigene Interpreter für die Hardware (Drucker) von Herstellern von Drucksystemen verstanden, die günstiger sind als die die Original-PS3 von Adobe.

E. 3.1.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produktanforderungen sind - soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergibt - absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (BVGE 2017/IV/3 E. 4.3.2 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

E. 3.1.2

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" m. H. auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65; vgl. zum Ganzen BVGE 2017/IV/3 E. 4.3.3).

E. 3.1.3

Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 m. H. "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 mit Hinweisen). Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist. (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B-4958/2013 E. 2.6.1 m. H. "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 3.2

Gegenstand der Beschaffung sind gemäss Ausschreibung (Ziff. 2.2) "Managed Printer Services". Unter dem detaillierten Aufgabenbeschrieb wurde als Beschaffungsziel die schrittweise Ablösung der heute installierten Geräte mit Verbrauchsmaterial-Management, Pull- und Push-Printing beschrieben. Dabei sollen sich die derzeit im Einsatz befindlichen Geräte (rollend) durch Hardware mit neuer/aktueller Technik abgelöst werden. Die bestehenden Geräte und Printer-Server Instanzen sollen konsolidiert und mit neuen Services ergänzt werden (Ziff. 2.6 der Ausschreibung).

E. 3.2.1

Wie sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdeführerin übereinstimmend ausführen, braucht es für den Ausdruck eines Dokuments auf der Seite des Nutzers grundsätzlich immer einen Treiber, welcher das Dokument richtig in die Seitenbeschreibungssprache übersetzt und es braucht auf dem Drucker (Hardware) einen Interpreter, welcher diese Sprache richtig "interpretiert" bzw. übersetzt und sodann korrekt ausdruckt. Ausschreibungsgegenstand waren dabei lediglich die Drucker (Hardware), auf welchen als Software ein Interpreter vorhanden sein muss, der die erzeugte Beschreibung übersetzt und das Dokument entsprechend druckt. Nicht Gegenstand der Beschaffung waren demgegenüber die Treiber auf Seiten des Nutzers, der das zu druckende Dokument in die gewünschte Seitenbeschreibungssprache umsetzt.

E. 3.2.2

Die Rügen der Beschwerdeführerin beziehen sich vor allem auf die Nummern 209 und 228 des Anforderungskatalogs bzw. stellt sich die Frage, wie diese Muss-Kriterien zu verstehen sind. Diese beiden Nummern des Anforderungskatalogs, welche Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen bildeten, stehen unter der Rubrik Spezifikationsgruppe/Kapitel "Druckertreiber" und lauten wie folgt: Nr. 209 (Muss-Kriterium): "Treiberversion auf Printserver verfügbar als PCL6 und als Alternative Adobe Postscript 3 (noch ETH Standard)". Nr. 228 (Muss-Kriterium): "Der Treiber unterstützt PCL6 und Adobe Postscript 3".

E. 3.2.3

Da der Printserver nicht Gegenstand der Ausschreibung war, kann Nr. 209 des Anforderungskatalogs nur so verstanden werden, dass es sich hier einzig um eine Beschreibung des Ist-Zustandes bei der Vergabestelle handeln kann. Mit der Anforderung "Treiberversion auf Printserver verfügbar als PCL6 und als Alternative Adobe Postscript 3" wird somit lediglich umschrieben, was treiberseitig bei der Vergabestelle vorhanden ist und folglich mit was die offerierte Hardware bzw. die darauf vorhandene Software (Interpreter) kompatibel sein muss.

E. 3.2.4

Gleiches gilt für Nr. 228 des Anforderungskatalogs, welche sich ebenfalls unter "Spezifikationsgruppe/Kapitel: Druckertreiber" findet. Mit dem Hinweis, "der Treiber unterstützt PCL6 und Adobe Postscript 3", wird im Zusammenhang mit Nr. 209 klar, dass die Vergabestelle mit dieser Anforderung nur gemeint haben kann, dass mit dem Drucksystem ein "Adobe Postscript 3- Interpreter" zu offerieren war, der mit dem Treiber auf der Client/PC-Seite, welcher zur Zeit noch Original PS3 ist, kompatibel sein muss. Aus den Ausschreibungsunterlagen lässt sich jedenfalls nicht der Schluss ziehen, dass das Original-PS3 von Adobe zu offerieren war. Zurecht wendet die Vergabestelle ein, dass, sofern dies verlangt worden wäre, dies in der Ausschreibung unter der zu beschaffenden Software (Drucker) explizit als Muss-Kriterium hätte festgehalten werden müssen. Entsprechend war es zulässig, Emulationen zu offerieren, weshalb die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu "Adobe" und "Postscript" als geschützte Marken der Adobe Systems Incorporated nicht zielführend sind für das vorliegend zu beurteilende Beschaffungsobjekt.

E. 3.2.5

Für die Auslegung im Sinne der Vergabestelle spricht im Übrigen auch das effektive Verhalten der übrigen Anbieter, die die hier interessierenden Anforderungen im Sinne der Vergabestelle verstanden haben.

E. 3.2.6

Die Beschwerdeführerin befand sich in diesem Punkt offenbar in einem Irrtum. Da die Offerte der Beschwerdeführerin aber hinreichend klar war, bestand für die Vergabestelle kein Bedarf für das Einholen einer Berichtigung bzw. einer Angebotserklärung. Ebenso wenig gab es Bedarf an einer Offertbereinigung, da sich die Offerte der Beschwerdeführerin ohne Weiteres mit den übrigen Offerten vergleichen liess. Entsprechend war die Vergabestelle im Rahmen ihrer vorvertraglichen Treuepflicht nicht gehalten, allein im Interesse der Beschwerdeführerin nach allfälligen Fehlern oder Irrtümern zu suchen, zumal ein wesentlicher Irrtum in der Regel lediglich zum Ausscheiden des Angebots aus dem Verfahren führen und dem irrenden Bieter eine Korrektur der irrumsbehafteten Offerte

vergaberechtlich ohnehin verwehrt bliebe (vgl. zum Ganzen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2192).

E. 3.2.7

Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf die Vorteile von Adobe Postscript 3 gegenüber den entsprechenden Emulationen und weist darauf hin, dass die Vergabestelle in der Vergangenheit darauf bestanden habe, dass auf den Druckern Adobe Postscript 3 installiert und keine Emulationen verwendet worden seien. Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle auch bei der Festlegung der technischen Spezifikationen der zu beschaffenden Ware ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift (Zwischenverfügung des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 5.3 m.H.). Unter Beachtung dieses breiten Ermessensspielraums ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung auch Emulationen von Adobe Postscript 3 zugelassen hat. An dieser Sichtweise würde auch der Umstand nichts ändern, wenn dies in früheren Ausschreibungen nicht der Fall gewesen sein sollte. Im Übrigen wäre es ohnehin beschaffungsrechtlich problematisch, wenn der Beschaffungsgegenstand konkret mit einer Marke umschrieben würde (vgl. zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 405).

E. 4

Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle einen qualifizierten Ermessensfehler begangen hätte, indem sie die technische Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin und somit ihre grundsätzliche Geeignetheit als gegeben erachtete und diese am Vergabeverfahren teilnehmen liess und deren Angebot auch bewertete. Da die Zuschlagsempfängerin alsdann die höchste Punktzahl erreichte, verstösst auch der Zuschlag an sie nicht gegen Bundesrecht.

E. 5

Da das Ergebnis der Evaluation im vorliegenden Fall unbestritten ist und auch sonst kein Grund ersichtlich ist, weitere Akteneinsicht zu gewähren, erscheint die Sache, zumal bereits ein Schriftenwechsel zur Hauptsache stattgefunden hat, als liquid, weshalb es nicht erforderlich ist, zuerst gesondert über den Antrag auf aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Vielmehr kann das Verfahren bereits jetzt mit einem Endurteil abgeschlossen werden.

E. 6

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall auf Fr. 9'000.- festgesetzt.

E. 7

Bei diesem Verfahrensausgang ist der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle als Bundesamt hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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