

BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-02-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7062_2017

FR: TAF B-7062/2017 du 16 février 2018

IT: TAF B-7062/2017 del 16 febbraio 2018

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 2

Die Zuständigkeit zum Entscheid über ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

E. 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 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. Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 11. Juli 2017 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. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA (vgl. Anhang 1 Annex 4) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VöB, SR 172.056.11] Anhang 1a). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang 1 Annex 4 GPA (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1045). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste

verweist auf einzelne Ziffern der provCPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification) (zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff.; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). In Ziffer 2.1 der Ausschreibung wies die Vergabestelle die Beschaffung der "Dienstleistungskategorie CPC: [7] Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" zu. Gemäss Anhang 1a zur VöB entspricht Ziffer 7 "Informatik und verbundene Tätigkeiten" der provCPC-Referenznummer 84 (ebenso Anhang I Annex 4 GPA: "Services informatiques et services connexes: numéro de référence CPC 84"). Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann der Gemeinschaftsvokabular (CPV)-Kategorie 72000000 "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" sowie 72600000 "Computerunterstützung und -beratung" zu (Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Gemäss Ziffer 2.6 der Ausschreibung ist das SECO zum Betrieb von Informationssystemen zum Vollzug der ALV und zur Unterstützung der Arbeitsvermittlung verpflichtet. Der Beschaffungsgegenstand beinhaltet eine Modernisierung und Digitalisierung des aktuellen Systems ASAL zur Auszahlung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Mit der Ausschreibung wird ein Anbieter gesucht, welcher die neue ASAL Lösung umsetzt, einführt sowie deren Wartung, Support und Weiterentwicklung sicherstellt. Die Einstufung in die Kategorie "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" gemäss provCPC-Referenznummer 84 respektive in die Kategorie "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" gemäss CPV-Referenznummer 72000000 und "Computerunterstützung und -beratung" gemäss CPV-Referenznummer 72600000 erscheint daher als zutreffend, so dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB handelt. Der Beschaffungsgegenstand fällt somit in den sachlichen Anwendungs-bereich des BöB. Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 107'966'638.- (inkl. Optionen, aber ohne MwSt), wobei der Grundauftrag Fr. 5'828'040.- beträgt, ist davon auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- übersteigt (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]). Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache und damit auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig.

E. 4

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 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1 .2 mit Hinweisen; vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1340, mit Hinweisen).

E. 5

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

E. 6

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. Sie kann aber durch das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). 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 mit Hinweis "Lüftung Belchentunnel"). 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 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweis). 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. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). 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) "Vermessung Durchmesserlinie" 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 "Hörgeräte"). 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 (BBI 1994 IV 950, insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", 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 mit Hinweis; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification GrolleyIFR"). 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 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

E. 7

Die Vergabestelle bestreitet vorab die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei ausgeschlossen worden, weil es unvollständig gewesen sei (selbstständige Eliminierung der Optionen 04a und 04b) und 27 von 52 Eignungskriterien und 25 von 47 technischen Spezifikationen nicht erfüllt habe. Demgegenüber hätten das Angebot der Zuschlagsempfängerin alle und dasjenige der dritten Anbieterin alle bis auf zwei (kommerzielle) Musskriterien erfüllt. Selbst wenn sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen Unvollständigkeit ihres Angebots als unrechtmässig herausstellen sollte und gewisse der von ihr nicht erfüllten Eignungskriterien widerrechtlich festgelegt worden wären (was nicht der Fall sei), würde ihr Angebot immer noch zahlreiche weitere Musskriterien, deren Bestand nicht gerügt werde, nicht erfüllen. Im Fall der beantragten Rückweisung zur Neuurteilung habe sie daher keine reelle Chance auf den Zuschlag. Ihr fehle daher ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse. Ein Abbruch bzw. eine Neuausschreibung kämen nur bei Vorliegen gravierender Verfahrensmängel in Frage, welche aber vorliegend weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht worden seien. Der beantragte Abbruch falle demnach ausser Betracht. Auf die Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

E. 7.1

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 7.2

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 II 14 E. 4 f.) 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. 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 auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen. 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. Ist die Eignung aller Anbieter umstritten, darf der Anspruch

eines unterlegenen Anbieters auf gerichtliche Prüfung der Eignung des Zuschlagsempfängers nicht vereitelt werden, indem ihm die Legitimation abgesprochen wird. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der beschwerdeführende Anbieter die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags beantragt, was ihm allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde. Insofern hat ein ausgeschlossener Anbieter auch dann ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zuschlags, wenn er dadurch keinen direkten Zuschlag an sich selbst, sondern lediglich eine Neuausschreibung erwirken könnte (BGE 141 II 14 E. 4.7, vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb und vom 5. April 2016 C-689/13 PFE; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"). Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (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 ("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 (BGE 141 1114 E. 5.1 mit Hinweisen).

E. 7.3

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde. Sie beantragt, der Zuschlag sei aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin sei auszuschliessen und die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin macht unter anderem geltend, die Zuschlagsempfängerin hätte aufgrund der Nichterfüllung des Eignungskriteriums 23 sowie aufgrund ihrer Vorbefassung ausgeschlossen werden müssen. Sie habe von einer Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin erfahren, dass diese an der Ausschreibung des Projekts mitgearbeitet habe. Auch hätten die Ausschreibungsunterlagen ein Spezifikationsdokument enthalten, dessen Ausarbeitung ohne den Einbezug der Firma, welche für die bestehende Funktionalität des SAP-Systems verantwortlich sei, nicht möglich sei. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr eigener Ausschluss wegen der Nichterfüllung des EK19 (Qualitätsmanagement) und der Nichterfüllung von Eignungskriterien im Bereich SAP sei unverhältnismässig, denn mit diesen Eignungskriterien habe die Vergabestelle JAVA-Anbieterinnen gegenüber SAP-Anbieterinnen diskriminiert. Es mache den Anschein, dass die Ausschreibung auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten worden sei. Einzig diese, die bestehende Lieferantin des SECO, habe sämtliche Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfüllt. Das Verfahren sei daher abzubrechen und auf eine Weise, die den Wettbewerb nicht auf eine Anbieterin beschränke, nochmals auszuschreiben. Im vorliegenden Fall wurden insgesamt nur drei Angebote eingereicht. Sowohl das Angebot der Beschwerdeführerin als auch das der dritten Anbieterin wurden ausgeschlossen, wobei der Ausschluss der dritten Anbieterin rechtskräftig ist. Selbst wenn der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden wäre, so würde, wenn ihrer Auffassung gefolgt und auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin wegen Vorbefassung ausgeschlossen würde, daher kein Angebot verbleiben, das alle formalen Anforderungen, Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfüllen würde. In diesem Fall müsste die Vergabestelle daher das

Verfahren abbrechen und die Beschaffung neu ausschreiben. Dann hätte die Beschwerdeführerin Aussicht darauf, dass eine Neuausschreibung erfolgen würde, bei der sie möglicherweise erneut eine Offerte einreichen könnte. Das Argument der Vergabestelle, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle die Eignungskriterien nicht, schliesst daher ihre Legitimation nicht aus.

E. 7.4

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 7.5

Soweit die Vergabestelle geltend macht, die Eintretensvoraussetzungen seien im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfüllt, kann ihr daher nicht gefolgt werden.

E. 8

Die Beschwerdeführerin beanstandet, mit dem angefochtenen Zuschlag sei das Prinzip des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel verletzt worden. Die Vergabestelle habe nicht dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erteilt, sondern dem einzigen Angebot, das sie nicht ausgeschlossen habe. Der von der Beschwerdeführerin offerierte Preis sei um rund 47 Mio. Fr. günstiger gewesen als der Zuschlagspreis, und er hätte noch tiefer liegen können, wenn nicht für die Übernahme beziehungsweise Weiterverwendung existierender Aufgaben, insbesondere für den SAP-Teil, Kosten hätten aufgeführt werden müssen. Die Ausschreibung sei in unzulässiger Weise auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten worden. Gegenstand der Ausschreibung sei ein IT-Grossprojekt, das für viele, auch ausländische IT-Anbieterinnen hätte sehr interessant sein können. Dennoch habe ausser der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin nur eine dritte Anbieterin überhaupt am Verfahren teilgenommen. Dies zeige, dass die Ausschreibung nicht diskriminierungsfrei erfolgt sei. In der Ausschreibung seien zwar alle drei Architekturvarianten (SAP, JAVA, IBM) als gleichwertig deklariert worden, durch die weiteren Vorgaben werde aber eine SAP-Variante bevorzugt. Es liege daher keine wettbewerbsneutrale Ausschreibung vor. Beispielsweise beträfen 9 von 52 Eignungskriterien (EK35-EK43) ausschliesslich SAP-Berater in diversen Modulen und bei den Zuschlagskriterien zu den Mitarbeitern 290 von 1000 Punkten SAP-Zertifikate (12 Zertifikate). Eine JAVA- oder IBM-Anbieterin könne bei einer derart grossen Anzahl auf SAP ausgerichteter Eignungskriterien kaum je alle davon erfüllen. JAVA- oder IBM-Anbieter wären gezwungen, im Hinblick auf einen möglichen Zuschlag Mitarbeiter mit SAP-Qualifikationen auf Vorrat einzustellen. Dadurch seien diese Anbieter gegenüber den auf SAP-Basis arbeitenden Anbietern benachteiligt. Die Eignungskriterien seien somit nicht architekturneutral, wie in den Ausschreibungsunterlagen deklariert. Diskriminierend sei auch, dass die Neuausschreibung des Verwaltungssystems mit SAP-Teilen verknüpft worden sei, obwohl dafür keine sachliche Notwendigkeit bestanden habe. Die Beschwerdeführerin habe dies erst nach gründlichem Studium der Ausschreibungsunterlagen feststellen können. Auch seien die Mitarbeiter der Z. _____ AG, welche das Beschaffungsverfahren vorbereitet und durchgeführt hätten, SAP geprägt und nicht unabhängig gewesen. Die Folge dieser fehlenden Neutralität sei gewesen, dass einzig der bestehende Lieferant des SECO, die Zuschlagsempfängerin, sämtliche Eignungskriterien und Technischen Spezifikationen erfülle. Die Vergabestelle hätte das Verfahren abbrechen und auf eine Weise, die den Wettbewerb nicht auf eine Anbieterin

beschränke, nochmals ausschreiben sollen. Die Vergabestelle macht dagegen geltend, die Beschwerdeführerin verkenne die Definitionsfreiheit der Vergabestelle, betreffe doch ein Grossteil ihrer Rügen die Festlegung des Beschaffungsgegenstands, der Eignungskriterien und -nachweise und/oder der Zuschlagskriterien. Insbesondere behaupte die Beschwerdeführerin zu Unrecht, die Ausschreibung sei auf SAP-basierte Lösungen ausgerichtet und benachteilige Anbieter, die nicht auf SAP spezialisiert seien, indem angeblich unnötige Eignungsnachweise verlangt würden. Die Vorbringen seien angesichts der vergaberechtlichen Definitionsfreiheit nicht zu hören. Gleichzeitig seien verschiedene vorbestehende und nicht zu ersetzende SAP-basierte IT-Systeme in die Planung einzubeziehen, an ASALfutur anzubinden oder zu erweitern gewesen. Diese Vorgaben seien technisch zwingend gewesen. Dem SAP-Anteil komme aufgrund des Einbezugs und der Erweiterung der bestehenden SAP-Systeme notgedrungen eine gewisse Bedeutung zu, weshalb die Anbieter entsprechende Eignungsnachweise hätten vorlegen müssen. Es liege keine Diskriminierung bestimmter Anbieter beziehungsweise keine unzulässige Bevorzugung von SAP-Anbietern vor. Die Beanstandungen betreffend die EK35-EK43 sowie auch die Kritik an EK19 bezögen sich ausschliesslich auf angebliche Mängel der Ausschreibung selbst, die für sie von Anfang an erkennbar gewesen seien. Diesbezüglich sei die Beschwerdeführerin nicht mehr zu hören. Die Anbieter seien nach Treu und Glauben verpflichtet, zumindest offensichtliche Mängel der Unterlagen oder des Verfahrens sofort und unaufgefordert zu rügen und nicht bis zur Einreichung einer Beschwerde zuzuwarten. Die Beschwerdeführerin habe zwar mit Schreiben vom 21. September 2017 verschiedene Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen vorgebracht. In der Beschwerde bringe sie aber weitere Beanstandungen vor, die sie bereits in einem früheren Zeitpunkt hätte vorbringen können. Diese Rügen habe die Beschwerdeführerin verwirkt, und überdies seien sie unerheblich oder unhaltbar.

E. 8.1

Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E.3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38 E. 5a). 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. "Rohre für Kühlwasser" mit Hinweisen) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3; Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65). Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt aber nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 VöB und zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz

bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter beziehungsweise nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Zwischenentscheide des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1 "Rohre für Kühlwasser" mit Hinweisen und B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten" mit Hinweisen; 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 BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 mit Hinweisen). Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB) dagegen gibt dem einzelnen Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des - aus seiner Sicht - "richtigen" Produkts zu erstreiten (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E.3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser").

E. 8.2

Nicht nur der Zuschlag, sondern auch bereits die Ausschreibung sind selbstständig anfechtbare Verfügungen (Art. 29 Bst. b BöB). Wird die Ausschreibung nicht angefochten, erwächst sie in Rechtskraft, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 10.1.1 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer 504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"; Marc Steiner, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., insb. S. 412 mit Hinweisen).

E. 8.3

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Offerte der Beschwerdeführerin insbesondere die Eignungskriterien EK35-EK43 nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin rügt, diese Eignungskriterien seien vergaberechtswidrig, weil sie Qualifikationen oder Erfahrung mit SAP beinhalteten und JAVA- oder IBM-Anbieter, die nicht über einen entsprechenden Personalbestand verfügten, dadurch benachteiligt würden. Diese Eignungskriterien und die beizubringenden Eignungsnachweise waren indessen bereits in der Ausschreibung vom 11. Juli 2017 enthalten. Die Ausschreibung verlangt ausdrücklich mehrjährige Erfahrung und Fähigkeiten der angebotenen Personen in der Konzeption und Umsetzung und Einführung von SAP Finanzlösungen (EK35), von SAP Controlling Lösungen (EK36), von Konsolidierungslösungen mit SAP EC-CS (EK37), von SAP Materialwirtschafts- und Beschaffungslösungen (EK38), von SAP Vertriebslösungen (EK39), von Archivierungen von Belegen und Dokumenten über SAP ArchiveLink (EK40), betreffend SAP Benutzer- und Berechtigungswesen (EK41), von SAP ERP Entwicklungen und SAP Schnittstellen (EK42) sowie von SAP Umgebungen (EK43), die mit der umzusetzenden Lösung im SAP Umfeld vergleichbar sind. Zum Nachweis wurden Referenzen über vergleichbare Projekte gefordert. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, aufgrund dieser Formulierungen in der Ausschreibung sei nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, welches Gewicht die

Vergabestelle diesen Fähigkeiten und dieser Erfahrung beimessen wolle. Es ist unbestritten, dass sie die Ausschreibung vom 11. Juli 2017 nicht angefochten hat. Wenn die Beschwerdeführerin rügt, die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise seien vergaberechtswidrig, da sie zu SAP-lastig seien und damit auf unzulässige Weise auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten und nicht wettbewerbs- und technikneutral seien, kann diese Rüge im jetzigen Verfahrensstadium daher nicht mehr gehört werden. Für die Beurteilung der Eignung durch die Vergabestelle - und damit auch im Rahmen der Rechtskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht - sind die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und Eignungsnachweise verbindlich.

E. 8.4

Hinzu kommt, dass die Offerte der Beschwerdeführerin offenbar auch andere Eignungskriterien nicht erfüllt, wie die verlangte Erfahrung mit HERMES (EK05), Erfahrung mit ITIL (EK06), Sprachkenntnisse der Schlüsselpersonen (EK10-11) und ein eingeführtes Qualitätsmanagementsystem ISO 9001 oder gleichwertig (EK19). Auch diese Eignungskriterien ergeben sich aus der Ausschreibung. Während die Beschwerdeführerin die Forderung nach einem derartigen Qualitätsmanagementsystem als unverhältnismässig kritisiert - was, wie bereits dargelegt, in diesem Verfahrensstadium nicht mehr gehört werden kann - bringt sie bezüglich der anderen Eignungskriterien gar keine Rügen vor. Dass die Offerte der Beschwerdeführerin auch diese Eignungskriterien nicht erfüllt, wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

E. 8.5

Die Nichterfüllung von Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters. Ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht kompensiert werden, weder durch bessere Erfüllung von Zuschlagskriterien, noch durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580).

E. 8.6

Prima facie ist daher offensichtlich nicht zu beanstanden, dass die Offerte der Beschwerdeführerin ausgeschlossen wurde.

E. 9

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, auch die Zuschlagsempfängerin habe nicht alle Eignungskriterien erfüllt und hätte deshalb ihrerseits ausgeschlossen werden müssen. Es sei nicht möglich, dass die Zuschlagsempfängerin das EK23 (Wartung, Support und Weiterentwicklung der Lösung während mindestens 10 Jahren ab Gesamtabnahme des Basisreleases) erfüllen könne, da sie keine Rechte an den Standardsoftwarekomponenten von SAP und anderen Produkten habe. Diese Rechte lägen bei SAP und die üblichen Lizenzverträge würden dem Lizenznehmer keine Weiterentwicklung der Basissoftware gestatten. Die Zuschlagsempfängerin könne daher nicht alle EK erfüllt haben, und die Vergabestelle habe die Eignung der Zuschlagsempfängerin zu Unrecht bejaht. Die Vergabestelle bringt vor, die Zuschlagsempfängerin habe sämtliche erforderlichen Garantien für den Betrieb der von ihr angebotenen Lösung abgegeben und diese Garantien hinreichend belegt. Dies gelte auch für alle zukünftigen Wartungsarbeiten.

E. 9.1

Das Eignungskriterium 23 lautet: "Der Anbieter verpflichtet sich im Falle des Zuschlages zur Wartung bzw. Pflege, zum Support und zur Weiterentwicklung der Lösung während mindestens 10 Jahren ab dem Zeitpunkt der erfolgreichen Gesamtabnahme des Basisreleases. Dies gilt auch für die eingesetzten Standardsoftwarekomponenten sowie Frameworks".

E. 9.2

Die Zuschlagsempfängerin hat eine derartige Verpflichtungserklärung abgegeben. Ob die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin könne eine derartige Verpflichtung gar nicht eingehen, insbesondere nicht bezüglich der eingesetzten Standardsoftwarekomponenten, da die entsprechenden Rechte bei SAP lägen, zutrifft, kann vorliegend offen gelassen werden, da die Zuschlagsempfängerin die C._____ AG als Subunternehmerin in ihr Angebot eingebunden hat, welcher dieser Einwand offensichtlich nicht entgegengehalten werden kann.

E. 9.3

Prima facie erweist sich diese Rüge daher als offensichtlich unbegründet.

E. 10

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Zuschlagsempfängerin sei vorbefasst gewesen, weshalb sie vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Es sei möglich oder wahrscheinlich, dass Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hätten beziehungsweise bei der Ausarbeitung der Prototypen beteiligt gewesen seien. Einerseits habe ein Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdeführerin im Januar 2017 von einer Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin erfahren, dass die Zuschlagsempfängerin zu diesem Zeitpunkt bereits seit Monaten an der Ausschreibung für das ASALfutur-Projekt arbeite. Andererseits habe die Z._____ AG in den letzten drei Jahren mehrere Zuschläge von der Vergabestelle erhalten, aber keinen für die Entwicklung der fraglichen Prototypen, obwohl der Schwellenwert für eine Ausschreibung in einem offenen Verfahren wohl erreicht worden sei. Die Entwicklung eines Prototyps, der die Machbarkeit und Architektur für ein so komplexes Verwaltungssystem garantieren solle, verursache einen sehr grossen Arbeitsaufwand, der den Einsatz von mehr erfahrenen Programmierern erfordern würde, als die Z._____ AG aufzuweisen habe. Die Beschwerdeführerin beantragt diesbezüglich die Einholung eines Gutachtens zur Frage, welche Kompetenzen für die Programmierung der Prototypen erforderlich gewesen seien. Dass diese Aufgabe die Möglichkeiten der Z._____ AG übersteigen würde, ergebe sich bereits daraus, dass gemäss Zuschlag der Prototyp, welcher durch die Zuschlagsempfängerin zu entwickeln sei, fast 6 Mio. Fr. kosten solle. Es bestünden daher Zweifel, ob die Z._____ AG diese Prototypen wirklich alleine entwickelt habe. Die Beschwerdeführerin beantragt, dass ihr die entsprechenden Arbeitsrapporte/Rechnungen sowie die Logindaten der Entwickler zum Abspeichern des Softwarecodes auf den Servern des SECO herausgegeben würden. Sollte die Zuschlagsempfängerin bei der Ausarbeitung des Prototypen mitgewirkt haben, hätte sie preislich gegenüber anderen Anbietern einen unzulässigen Vorteil gehabt, da sie in Bezug auf den zu entwickelnden neuen Prototypen die Erfahrungen und das Know-how nicht mehr bei der Offerte hätte einpreisen müssen. Die Vergabestelle bestreitet diese Unterstellungen. Das SECO sei bei der Planung und Durchführung der Ausschreibung auf die Unterstützung durch einen externen Dienstleister angewiesen gewesen. Der entsprechende Basisauftrag sei

im Oktober 2016 an die Informatikdienstleisterin Z._____ AG vergeben worden. Die vereinbarten Leistungen hätten insbesondere die Analyse des aktuellen Systems, die Beratung im Projektsetup und im Architekturmanagement sowie die Konzeption und Ausschreibung von ASALfutur umfasst. Zur Klärung von Machbarkeitsfragen im Zusammenhang mit diesen Konzepten habe das SECO auch verschiedene Prototypen bzw. "proofs of concept" benötigt, weshalb es damit ebenfalls die Z._____ AG beauftragt habe. Diese Vergabe sei freihändig erfolgt, da der Auftragswert unter dem Schwellenwert von Fr. 150'000.- gelegen habe. Im externen Projektteam seien ausschliesslich Angestellte der Z._____ AG tätig gewesen.

E. 10.1

Das GPA regelt die Vorbefassung in Art. VI Abs. 4. Diese Bestimmung hat den folgenden Wortlaut: "Die Beschaffungsstellen dürfen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können."

E. 10.2

Im BöB fehlt eine explizite Normierung der Vorbefassung. Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 BöB, welcher die Gleichbehandlung aller Anbieter fordert, wurde indessen in die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen eine einschlägige Bestimmung aufgenommen. Art. 21a VöB regelt die Vorbefassung wie folgt: "1 Die Auftraggeberin schliesst Anbieter und Anbieterinnen aus einem Verfahren aus, wenn: a. diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann; und b. dieser Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen nicht gefährdet. 2 Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere: a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten; b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten; c. die Verlängerung der Mindestfristen." Unter den kumulativen Voraussetzungen von Art. 21a Abs. 1 Bst. a und b VöB ist der Ausschluss daher zwingend.

E. 10.3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Vorbefassung vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes. Eine solche Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren. Der vorbereitete Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt beziehungsweise die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergabebehörde durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1; Zwischenentscheid B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5 "Kommunikationsnetzwerk Nationalstrassen"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1043 ff.; Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2009, S. 122 ff.; Res Nyffenegger/Hans Ulrich Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, BVR 2004 Heft 2, S. 55).

E. 10.4

Eine Vorbefassung hat im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge, es sei denn, dass der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist. Zulässig kann die Vorbefassung auch dann sein, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt werden. Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.3). Ob eine Vorbefassung durch geeignete Mittel ausgeglichen werden kann oder ob sie zum Ausschluss führen muss, hängt somit von ihrer Intensität ab. Insbesondere etwa die Ausarbeitung des Leistungsbeschreibs durch einen Unternehmer muss grundsätzlich zur Folge haben, dass dieser als Anbieter in der betreffenden Submission infolge Vorbefassung keine Offerte einreichen darf (Galli/ Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1048).

E. 10.5

Bezüglich der Beweislastverteilung bei behaupteten Wettbewerbsvorteilen aus geltend gemachter Vorbefassung gibt es unterschiedliche Auffassungen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1049 mit Hinweisen). Ausgehend von der allgemeinen Beweislastregel, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB), hat im Fall der Anfechtung eines Zuschlags der Konkurrent, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht, die Vorbefassung sowie deren Art und Intensität zu beweisen. Dass aus einer Vorbefassung im Sinne von Art. 21a Abs. 1 Bst. a VöB ein Wettbewerbsvorteil resultiert, ist eine gesetzliche Vermutung. Der Nachweis dafür, dass im konkreten Fall kein derartiger Vorteil resultierte oder dass der Wissensvorsprung angemessen ausgeglichen worden ist, obliegt - je nach Konstellation - der Vergabestelle oder dem vorbefassten Anbieter, aber jedenfalls nicht dem Konkurrenten (vgl. Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.3 und E. 3.7.5; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1049; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.): Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 11 BöB N. 13).

E. 10.6

Im vorliegenden Fall legt die Vergabestelle dar, sämtliche Arbeiten an den Konzepten und Ausschreibungsunterlagen seien von der Zuschlagsempfängerin und allen weiteren aktuellen externen Dienstleistern des SECO systematisch abgeschottet worden, unter anderem durch entsprechende interne Weisungen, räumliche und datentechnische Trennung, Zutrittsbeschränkungen etc. Auch habe das SECO im Hinblick auf SAP-technische Analysen eine getrennte SAP ERP-Instanz aufgebaut. Das involvierte Personal sei zur Vertraulichkeit verpflichtet worden. Von allen Beteiligten seien Unbefangenheitserklärungen eingeholt worden. Die Z. _____ AG habe sämtliche Leistungen, einschliesslich der Entwicklung der Prototypen, allein und ohne Subunternehmer erbracht. Weder die Zuschlagsempfängerin noch deren Mitarbeiter seien in irgendeiner Form involviert gewesen. Die Identität der Z. _____ AG sei potentiellen

Anbietern nicht offengelegt worden. Es sei zudem in den Ausschreibungsunterlagen (Pflichtenheft, S. 15) sichergestellt worden, dass die Lieferantin der Prototypen als Anbieterin oder Subakkordantin von der Teilnahme an der Ausschreibung ASALfutur ausgeschlossen sei.

E. 10.7

Die Vergabestelle hat den Vertrag zwischen dem SECO und der Z._____ AG vom 19./31. Dezember 2016 ins Recht gelegt. Gegenstand dieses Vertrages ist die Erstellung des Pflichtenhefts im Hinblick auf eine offene WTO Ausschreibung sowie die Beratung im Architekturmanagement. Der Vertrag nennt die von der Auftragnehmerin eingesetzten Mitarbeiter mit Namen und Funktion und sieht vor, dass der Austausch der eingesetzten Mitarbeiter bei der Auftragnehmerin nur mit vorgängig eingeholter schriftlicher Zustimmung durch den Auftraggeber zulässig ist (Vertrag Ziffer 3). Weiter hat die Vergabestelle den Vertrag mit der Z._____ AG vom 17. Mai/26. Juli 2017 über die Erstellung von drei "proof of concept" Prototypen in der Zeit von 1. Mai 2017 bis 31. Juli 2017 eingereicht. Dieser Vertrag nennt ein Kostendach von rund Fr. 150'000.-. Die Vergabestelle liess die Mitarbeiter der Z._____ AG Unbefangenheitserklärungen unterzeichnen, in denen diese Mitarbeiter sich unter anderem ausdrücklich verpflichteten, vor und während des Vergabeverfahrens keinen Kontakt mit potentiellen Anbietern zu haben, der die Gleichbehandlung aller Anbietenden gefährden könnte. Die Vergabestelle hat diese Unbefangenheitserklärungen eingereicht. Weiter ergibt sich aus dem von ihr eingereichten Pflichtenheft von ASALfutur, dass vier verschiedene Unternehmen bis anhin im Bereich der Arbeitslosenkasse des SECO Wartungs-, 3rd-Level Support- und Weiterentwicklungsleistungen erbracht haben, darunter auch die Zuschlagsempfängerin, dass diese Unternehmen aber im Projekt ASALfutur nicht involviert seien, weder in den Phasen Initialisierung und Konzept der neuen Lösung noch im Ausschreibungsprozess (Pflichtenheft Ziffer 4.3).

E. 10.8

Angesichts dieser Belege erscheint die Behauptung der Beschwerdeführerin, in Wirklichkeit habe nicht die Z._____ AG, sondern die Zuschlagsempfängerin beziehungsweise deren Mitarbeiter die Ausschreibung vorbereitet und die Prototypen erstellt, prima facie als widerlegt und unzutreffend.

E. 10.9

Zwar kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die von der Beschwerdeführerin zur Herausgabe beantragten Arbeitsrapporte und Rechnungen sowie Logindaten zum Abspeichern des Softwarecodes auf den Servern des SECO ergeben könnten, dass die Z._____ AG, entgegen ihrer vertraglichen Verpflichtung, Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin zur Entwicklung dieser Prototypen herangezogen haben könnte. Die Vergabestelle hat diese, nicht zu den eigentlichen Vergabeakten gehörenden, Dokumente und Daten bisher nicht eingereicht. Angesichts des Anspruchs der Z._____ AG auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse ist nicht mit Sicherheit davon auszugehen, dass das Bundesverwaltungsgericht dem Antrag der Beschwerdeführerin, ihr selbst sollte darin Einsicht gewährt werden, stattgeben würde. Möglich wäre diesbezüglich aber allenfalls auch die Anordnung einer Edition zu Handen des Gerichts und eine gerichtlich angeordnete Expertise zur Auswertung dieser Codes, soweit das Gericht dies mangels einschlägiger Fachkenntnisse nicht selbst tun könnte. Inwieweit dem Editionsantrag der

Beschwerdeführerin insofern stattzugeben sein wird oder nicht, wird aber gegebenenfalls im Hauptverfahren zu entscheiden sein. Ebenfalls nicht mit völliger Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass das von der Beschwerdeführerin beantragte Gutachten zur Frage, welche Kompetenzen für die Programmierung der Prototypen erforderlich waren, die Glaubwürdigkeit des durch die Vergabestelle eingereichten Vertrags mit der Z._____ AG, der dafür ein Kostendach von rund Fr. 150'000.- vorsieht, erschüttern könnte. Immerhin erscheint prima facie die Annahme als wesentlich naheliegender, dass es sich bei den von der Vergabestelle im Kontext der Vorbereitung der Ausschreibung verlangten "proof of concept"- Prototypen nicht notwendigerweise um die gleiche Art von Prototypen handelt wie derjenige, der Teil des Beschaffungsgegenstandes ist, und dass der für die Programmierung eines Prototypen erforderliche Aufwand wesentlich vom Entscheid des Auftraggebers abhängt, welche Erkenntnisse er vom betreffenden Prototypen erwartet beziehungsweise wie viel er dafür bezahlen will. Aufgrund des in Beschaffungsverfahren, namentlich bis zum Zwischenentscheid betreffend die Gewährung der aufschiebenden Wirkung, geltenden qualifizierten Beschleunigungsgebots ist über das Gesuch um aufschiebende Wirkung lediglich im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Sach- und Rechtslage aufgrund der Parteivorbringen und der bereits eingereichten Dokumente zu entscheiden (Zwischenentscheid des BVGerB-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"). Die hypothetische Möglichkeit, dass diese bisherige Aktenlage durch weitere, noch einzuholende Beweismittel, Zeugenaussagen oder Gutachten widerlegt werden könnte, kann dabei nicht berücksichtigt werden, sofern dafür, wie im vorliegenden Fall, keine konkreten Anhaltspunkte vorhanden sind.

E. 10.10

Bei dieser Sachlage erscheint die Rüge der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin sei vorbefasst, weil sie beziehungsweise ihre Mitarbeiter die Ausschreibung vorbereitet und die Prototypen erstellt hätten, prima facie als offensichtlich unbegründet.

E. 11

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Zuschlagsempfängerin, welche die Wartung und den Support für einen wichtigen Teil des derzeit bestehenden Verwaltungssystems erbringe, über Vorkenntnisse verfüge, die als Vorbefassung einzustufen seien. Firmen, die aktuell für die Vergabestelle tätig seien, hätten keine Kosten für die Übernahme der bestehenden Wartungsarbeiten (Option 07), wogegen Firmen, die die Aufgabe neu übernehmen wollten, keinen Aufwand von Null buchen könnten. Dies führe zu einer Ungleichbehandlung in Bezug auf die Anbieter. Die Zuschlagsempfängerin sei diesbezüglich bevorzugt worden. Auch weise der Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin zahlreiche der bei den Eignungskriterien geforderten Zertifikate erst kurz vor Veröffentlichung der Ausschreibung beziehungsweise vor der Frist zur Abgabe des Angebots erhalten habe, darauf hin, dass sie durch ihre Support- und Wartungstätigkeit für die Vergabestelle einen Wettbewerbsvorteil erlangt habe. Die Vergabestelle bestreitet, dass eine Bevorzugung der bisherigen Anbieterin von Wartungsarbeiten stattgefunden habe. Die Übernahme von Wartungsarbeiten sei vielmehr so ausgestaltet worden, dass alle Anbieter gleiche Chancen hätten.

E. 11.1

Wie bereits dargelegt, ist eine Vorbefassung im Sinne von Art. 21a VöB definiert als Beteiligung eines Anbieters an der Vorbereitung der Beschaffung. Davon zu unterscheiden

ist die Situation eines Anbieters, der aufgrund früherer, ähnlicher Aufträge für dieselbe Vergabestelle allfällige Wettbewerbsvorteile gegenüber den übrigen Anbietern hat, insbesondere aufgrund von Vorkenntnissen. Zwar kann - gerade im Informatikbereich - die Ausführung eines früheren Auftrags und die Vorbereitung der Ausschreibung eines späteren Auftrags gelegentlich schwer abzugrenzen sein, so dass diesbezüglich nicht allein auf formale Kriterien abgestellt werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz 1055). Soweit ein Anbieter aber lediglich früher einen ähnlichen Auftrag für dieselbe Vergabestelle ausgeführt hat, ohne dass darin faktisch eine Beteiligung an der Vorbereitung der neuen Ausschreibung zu sehen ist, stellt dies keinen Vorbefassungstatbestand dar. Allfällige Wettbewerbsvorteile wegen der entsprechenden Vorkenntnisse können daher allenfalls, aufgrund des Gleichbehandlungsgebots, einen Anspruch der übrigen Anbieter auf Ausgleichsmassnahmen begründen, nicht aber auf den Ausschluss des betroffenen Anbieters.

E. 11.2

Es ist unbestritten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin wesentlich günstiger war als jenes der Zuschlagsempfängerin. Die Zuschlagsempfängerin erhielt den Zuschlag nicht deshalb, weil sie aufgrund ihres Wartungsauftrags für das bisherige System einen Vorteil bei der genaueren oder günstigeren Kalkulation ihrer Offerte hatte, sondern weil die Offerte der Beschwerdeführerin unter anderem aufgrund der Nichterfüllung verschiedener Eignungskriterien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist. Ob die Zuschlagsempfängerin aufgrund ihres früheren Auftrags für die Vergabestelle Wettbewerbsvorteile gegenüber den anderen beiden Anbieterinnen hatte, die diese allenfalls zu Ausgleichsmassnahmen berechtigt hätten, ist in Bezug auf diesen Ausschluss nicht relevant und daher für die Nichterteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin nicht kausal.

E. 11.3

Prima facie erscheint diese Rüge der Beschwerdeführerin daher als offensichtlich irrelevant.

E. 12

Zusammenfassend und aufgrund einer prima facie-Würdigung der Akten ergibt sich somit, dass einerseits der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht zu beanstanden ist und andererseits die Argumente, mit denen die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Ausschluss der Offerte der Zuschlagsempfängerin begründet, offensichtlich unbehelflich sind. Bei diesem Zwischenergebnis ist auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen, denn diese betreffen lediglich Punkte, die sich auf die Bewertung der Offerten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin auswirken könnten, und daher - selbst wenn sie begründet wären - den Zuschlag für die einzige nicht ausgeschlossene Offerte offensichtlich nicht in Frage stellen könnten. Prima facie erscheint die Beschwerde daher als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich wäre.

E. 13

Die Beschwerdeführerin hat vollständige Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens beantragt, inklusive der Akten hinsichtlich der Vorbereitung der Ausschreibung und des Erarbeitens der beiden in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Prototypen. Diesbezüglich beantragt sie auch Einsicht in die entsprechenden

Arbeitsrapporte/Rechnungen sowie die Logindaten der Entwickler zum Abspeichern des Softwarecodes auf den Servern des SECO. Im Weiteren beantragt sie Einsicht in die Zertifikate der Zuschlagsempfängerin sowie in die Rechnungen, die die Zuschlagsempfängerin der zentralen Bundesverwaltung gestellt habe und aus welchen sich die genaue Tätigkeit der Zuschlagsempfängerin für diese ergebe. Ausserdem beantragt sie ein Gutachten zur Frage, welche Kompetenzen für die Programmierung der Prototypen erforderlich waren.

E. 13.1

Auch in Beschwerdeverfahren bezüglich Beschaffungssachen gilt, dass die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme darstellt (Art. 26 ff. VwVG). Vom Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse besteht (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Im Kontext eines Zwischenentscheids über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde bedeutet dies, dass die im Hinblick auf diese Frage unterliegende Partei Einsicht in diejenigen Akten erhalten muss, welche für eine allfällige Anfechtung des Zwischenentscheides relevant sein könnten. Die betreffende Partei soll sich aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ein Bild von der Ausgangslage machen können, um ihre Erfolgchancen abschätzen und gegebenenfalls den Zwischenentscheid fristgerecht anfechten zu können (Zwischenentscheid des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 8).

E. 13.2

Für den vorliegenden Fall entscheidend sind - wie dargelegt - vorab allein die Fragen, ob die Beschwerdeführerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist und ob die Zuschlagsempfängerin ihrerseits auszuschliessen sei, weil sie das Eignungskriterium 23 nicht erfülle oder wegen Vorbefassung. Werden diese Fragen, wie dargelegt, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin beantwortet, so ist auf ihre anderen Rügen nicht weiter einzugehen. Ob die Ausschreibung auf unzulässige Weise auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten und damit nicht wettbewerbsneutral war oder ob die Zuschlagsempfängerin einen unzulässigen Vorteil aus dem bisherigen Wartungs- und Supportvertrag gezogen hat, ist für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht relevant, wenn die Ausschreibung in Rechtskraft erwachsen ist und die Offerte der Zuschlagsempfängerin die einzige nicht ausgeschlossene Offerte ist. Damit sind im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheids auch nur diejenigen Akten relevant, welche sich auf die Erfüllung der in Frage stehenden Eignungskriterien und auf die behauptete Vorbefassung beziehen.

E. 13.3

Dies sind in erster Linie Akten, über welche die Beschwerdeführerin bereits verfügt (Ausschreibung und dazugehörige Unterlagen, Beilagen zur Stellungnahme der Vergabestelle, teilweise abgedeckter Evaluationsbericht) oder die sie selbst eingereicht hat (Angebot der Beschwerdeführerin). Die übrigen Akten des Vergabeverfahrens, insbesondere die Offerten der anderen Anbieter und deren Evaluation durch die Vergabestelle, erscheinen dagegen diesbezüglich zwar punktuell relevant, doch kann der Beschwerdeführerin wegen der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse der

Zuschlagsempfängerin nicht ohne Weiteres Akteneinsicht gewährt werden. In diesem Verfahrensstadium reicht es daher aus, dass die entsprechenden entscheidungsrelevanten Informationen in dieser Zwischenentscheidung dargelegt werden. Inwieweit der Beschwerdeführerin weitere Akteneinsicht in die übrigen Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren ist, wird im Hauptverfahren zu entscheiden sein. Den Akten hinsichtlich der Vorbereitung der Ausschreibung und des Erarbeitens der beiden in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Prototypen, insbesondere den entsprechenden Arbeitsrapporten/Rechnungen sowie den Logindaten der Entwickler zum Abspeichern des Softwarecodes auf den Servern des SECO, in welche die Beschwerdeführerin ebenfalls Einsicht beantragt hat, kann zwar, wie dargelegt, nicht zum Vorneherein jede Relevanz abgesprochen werden. Dasselbe gilt für das von der Beschwerdeführerin beantragte Gutachten zur Frage, welche Kompetenzen für die Programmierung der Prototypen erforderlich waren. Bis zur Entscheidung über das Gesuch um aufschiebende Wirkung gilt in Beschaffungssachen ein qualifiziertes Beschleunigungsgebot, weshalb in der Regel Gutachten, Zeugeneinvernahmen und die Behandlung von Einsichtsbegehren in umfangreiche oder komplexe Akten, die prima facie als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, ins Hauptverfahren zu verschieben sind (Zwischenentscheidung des BVGer B-3797/2015 vom 13. Juli 2015 E. 5 "Publicom"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Das Begehren der Beschwerdeführerin um Einsicht in die Akten bezüglich der Vorbereitung der Ausschreibung und ihr Antrag auf eine Expertise sind demzufolge vorerst abzuweisen beziehungsweise ihre Behandlung ist auf das Hauptverfahren zu verschieben.

E. 14

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheidung wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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