Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-1600/2014
stm/rob/fao

Zwischenentscheid vom 2. Juni 2014

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner.

In der Beschwerdesache

Parteien

X.____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Daniel Ronzani, LL.M,
und PD Dr. Simon Schlauri, Ronzani Schlauri Anwälte,
Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

alcosuisse,
Länggassstrasse 35, 3000 Bern 9,
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb
und/oder Kim Leuch, Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Enterprise Resource Planning (ERP) alcosuisse – SIMAP-Meldungsnummer 811969 (Projekt-ID: 105450),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Am 31. Oktober 2013 schrieb die alcosuisse, das Profitcenter der Eidgenössischen Alkoholverwaltung EAV (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP unter dem Projekttitel "ERP alcosuisse" ein Enterprise-Resource-Planning System im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer: 796193, Projekt-ID 105450). Gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung sind Gegenstand der Beschaffung eine ERP-Lösung und ein leistungsfähiger Anbieter für die Implementierung und Datenmigration sowie nach der Betriebsaufnahme für verschiedene optionale Serviceleistungen. Als Eignungskriterium wurde unter EK-10 die Einreichung zweier Referenzen gefordert, die belegen, dass der Anbieter in den letzten fünf Jahren sowohl ERP-Einführungsprojekte als auch dazugehörige Wartungs-, Support- und Betriebs-Dienstleistungen durchgeführt hat. Letztere sollen mindestens einen Zeitraum von zwei Jahren abdecken (Ziffer 3.8 der Ausschreibung).

B.
Am 6. März 2014 publizierte die Vergabestelle die Zuschlagserteilung an die M.___ AG mit Sitz in [CH] auf der Internetseite SIMAP.CH (Meldungsnummer: 811969). Zu einem Debriefing zwischen der Vergabestelle und der X.___ AG, welche ebenfalls ein Angebot eingereicht hatte, kam es nicht.

C.
Gegen die Zuschlagsverfügung vom 4. März 2014 erhob die X.___ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 26. März 2014 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Als Vergabestelle (bzw. Beschwerdegegnerin) bezeichnete sie die Schweizerische Eidgenossenschaft, Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL). Sie beantragt, es sei die Nichtigkeit des Zuschlags festzustellen, eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zur neuerlichen Auswertung zurückzuweisen, subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Ausserdem stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, es sei ihr die volle Akteneinsicht zu gewähren und Gelegenheit zu geben, vor dem Ergehen des Entscheids betreffend aufschiebende Wirkung zu den Unterlagen Stellung zu nehmen und die Be-

schwerde zu ergänzen; eventualiter sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen. Die Beschwerdeführerin legt dar, dass, sollte die Muttergesellschaft der Zuschlagsempfängerin das Angebot eingereicht haben, die Zuschlagsverfügung an die falsche Adressatin ergangen sei und die Verfügung damit nichtig wäre. Des Weiteren begründet sie die Beschwerde hauptsächlich damit, dass die Zuschlagempfängerin das EK-10 nicht erfüllen könne, da diese erst am […] 2012 im Handelsregister eingetragen worden sei und deshalb über keine Referenzen verfügen könne, die sie im Zeitraum von mindestens zwei Jahren betreute. Die Zuschlagsempfängerin könne sich jedenfalls nicht ohne ausdrückliche Garantien auf die Referenzen der deutschen Muttergesellschaft berufen. Konzerngesellschaften würden im Vergaberecht keinen besonderen Status geniessen, insbesondere gebe es keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Konzerngesellschaften. Die Beschwerdeführerin bringt zudem vor, die Vergabestelle habe nicht dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erteilt. Denn sie habe das preislich günstigste Angebot eingereicht und es sei nicht nachvollziehbar, dass sie bei den anderen Zuschlagskriterien unterdurchschnittlich bewertet worden sei. Um die Beurteilung der Zuschlagskriterien abschätzen zu können, verlangt die Beschwerdeführerin Akteneinsicht in die dafür relevanten Unterlagen.

D.
Mit Verfügung vom 27. März 2014 erteilte der Instruktionsrichter der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle jegliche Vollzugshandlungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Des Weiteren wurde festgehalten, dass prima facie die alcosuisse, und nicht wie von der Beschwerdeführerin bezeichnet, das BBL als Vergabestelle zu qualifizieren sei. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit dem Hinweis Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, dass sie als eigentliche Gegenpartei behandelt werde, sofern sie formelle Anträge stellen würde.

E.

E.a Die Vergabestelle nahm am 9. April 2014 zu den prozessualen Anträgen Stellung. Dabei beantragt sie die Abweisung der Beschwerde und stellt folgende prozessuale Anträge: "Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und das Superprovisorium sei umgehend aufzuheben." Die Vergabestelle gibt an, dass eindeutig die schweizerische Tochtergesellschaft M.___ AG mit Sitz in [CH] das Angebot eingereicht habe und die Gesamtverantwortung für

das Projekt übernehme, weshalb auch ihr der Zuschlag erteilt worden sei. Hinsichtlich der Erfüllung des EK-10 führt sie aus, dass die Zuschlagsempfängerin von den Referenzen der deutschen Muttergesellschaft profitieren und das EK-10 somit erfüllen könne. Eine anderweitige Auffassung wäre ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot gemäss Government Procurement Agreement GPA. Ausserdem sei es nicht Aufgabe des Vergaberechts, die Anbieter in bestimmte Organisationsformen zu zwingen, denn die Muttergesellschaft der Zuschlagsempfängerin hätte in der Schweiz ebenso eine Zweigniederlassung errichten können. Gegen den Vorwurf der Verletzung des Grundsatzes, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält, wendet die Vergabestelle ein, dass nicht allein der Preis ausschlaggebend sei. Erhebliche Nachteile bei anderen Zuschlagskriterien hätten zum Unterliegen gegenüber dem Angebot der Zuschlagsempfängerin geführt. Soweit die Beschwerdeführerin die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien angreife, seien ihre Vorbringen nicht substanziiert; ausserdem habe die Beschwerdeführerin das angebotene Debriefing abgelehnt. Damit sei ihren Begehren lautend auf Gewährung der Akteneinsicht und ergänzende Stellungnahme nach Erhalt der die Evaluation betreffenden Unterlagen nicht zu entsprechen. Zusammenfassend sei die Beschwerde offensichtlich unbegründet. Im Fall einer Interessenabwägung habe sie, die Vergabestelle, ein überwiegendes Interesse an einem raschen Vertragsschluss. Damit die Privatisierung der Vergabestelle durchgeführt werden könne, müsse zuerst die vollständige operative Ablösung von der EAV sichergestellt werden. Dazu gehöre auch ein neues IT-Betriebssystem, da das aktuelle sehr eng mit jenem der EAV verknüpft sei.

E.b Mit separater Eingabe liess sich die Vergabestelle ebenfalls am 9. April 2014 zu den Verfahrensakten vernehmen und reichte dem Gericht sowohl als vertraulich gekennzeichnete Aktenstücke ein, die von der Akteneinsicht auszunehmen seien, als auch geschwärzte Aktenstücke, die der Beschwerdeführerin in dieser Form zugänglich gemacht werden können.

E.c Die Zuschlagsempfängerin verzichtete auf eine Stellungnahme und hat sich nicht als Partei konstituiert.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 11. April 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag, es sei die superprovisorische Anordnung betreffend Untersagen des Vertragsschlusses aufzuheben, mangels qualifizierter

Dringlichkeit ab. Des Weiteren lud das Gericht die Beschwerdeführerin ein, eine Stellungnahme beschränkt auf die Fragen der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung, der Erfüllung des EK-10 durch die Zuschlagsempfängerin und der Dringlichkeit der Vergabe zu erstatten. Im selben Sinne wurde die Akteneinsicht einstweilen beschränkt. Die Vergabestelle wurde mit derselben Verfügung aufgefordert, umgehend ein zustellbares Aktenverzeichnis und die einschlägigen Aktenstücke einzureichen.

G.
Die Vergabestelle kam der Aufforderung des Gerichts mit Eingabe vom 15. April 2014 nach und reichte weitere Akten mit entsprechenden Abdeckungsvorschlägen ein. Diese wurden der Beschwerdeführerin mit Verfügung am 17. April 2014 zugestellt.

H.
Am 22. April 2014 stellte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin eine Beilage zur Eingabe vom 15. April 2014 betreffend den Ablauf der Eignungsprüfung zu, wogegen der für die Frage der Dringlichkeit relevante Projektplan der Vergabestelle, in Bezug auf welchen Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht werden, einstweilen nicht zugestellt wurde.

I.

I.a Die Beschwerdeführerin nahm am 29. April 2014 innert erstreckter Frist zu den prozessualen Begehren der Vergabestelle Stellung. Sie hält am Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung fest, stellt aber unter Ziff. 2 der Rechtsbegehren eventualiter den Antrag, es seien Schwärzungen und Auslassungen an den Dokumenten "Allgemeine Angaben" und "Einhaltung der Bestimmungen" zu entfernen, soweit sie die Identifikation der offerierenden Firmen und Unterzeichner dieser Dokumente verunmöglichen. Betreffend die dieserart entschwärzten Dokumente sei ihr eine weitere Stellungnahme vor dem Ergehen des Zwischenentscheids zu gewähren. Schliesslich sei sie subeventualiter über die gemäss Ziff. 2 offen zu legenden Informationen vom Gericht in Kenntnis zu setzen.

I.b Im Rahmen der Begründung ihrer Anträge macht die Beschwerdeführerin weiterhin geltend, dass die Identität der Zuschlagsempfängerin unklar sei. Es sei nach dem Stand ihrer Akteneinsicht nicht auszuschliessen, dass es sich bei der Anbieterin nicht um die Zuschlagsempfängerin, sondern um die [Muttergesellschaft] M.___ AG mit Sitz in [D] handle. Zum

Vorwurf der Verletzung des Grundsatzes der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung wendet die Beschwerdeführerin ein, sie rüge gar nicht den Auslandbezug der Muttergesellschaft. Es gehe lediglich um die Frage, wie – nicht ob – die Muttergesellschaft an der Ausschreibung habe teilnehmen dürfen. Zur Frage der Erfüllung des EK-10 äussert sich die Beschwerdeführerin dahingehend, dass sich eine Anbieterin zwar gemäss Rechtsprechung des Kantons Zürich auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft stützen könne, jedoch nur dann, wenn die Anbieterin den Nachweis erbringe, dass sie tatsächlich über die entsprechenden Mittel verfügen könne. Vorliegend habe die Zuschlagsempfängerin keinen entsprechenden Nachweis, namentlich keine unwiderrufliche Zusage der Muttergesellschaft, z.B. eine Patronatserklärung, eingereicht. Zur Frage nach dem Verzicht auf ein Debriefing legt die Beschwerdeführerin dar, sie sei als Zweitplatzierte sehr an einem Debriefinggespräch interessiert gewesen und habe einen Termin vereinbart, der jedoch von Seiten der Vergabestelle unter Beizug von Rechtsvertretern stattfinden sollte. Dies sei keine Einladung zu einem Debriefing, welches den Bestimmungen des Vergaberechts entspreche. Schliesslich liege keine Dringlichkeit vor, welche einen sofortigen Vertragsschluss rechtfertigen würde. Die Privatisierung der Vergabestelle sei bis im Jahr 2016 geplant, womit der Vergabestelle noch zweieinhalb Jahre verblieben.

J.
Mit Verfügung vom 30. April 2014 stellte der Instruktionsrichter der Vergabestelle einen Abdeckungsvorschlag eines Auszugs aus der Bewertung der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf das Projektteam zu mit der Aufforderung, zu dessen Zustellbarkeit an die Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

K.

K.a Mit Stellungnahme vom 6. Mai 2014 erhob die Vergabestelle keine Einwände gegen die Akteneinsicht in den Auszug aus der Evaluation der Zuschlagsempfängerin. Zudem beantragt sie, es sei zuhanden der Beschwerdeführerin zu bestätigen, dass in den von ihr offen zu legenden Unterlagen Organe der Zuschlagsempfängerin unterzeichnet haben. Der Antrag auf weitergehende Akteneinsicht sei abzulehnen und die Beilagen 7 und 8 ihrer Stellungnahme seien von der Akteneinsicht auszunehmen.

K.b In ihrer Stellungnahme führt die Vergabestelle namentlich aus, entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin gehe aus dem Angebot klar hervor, dass die schweizerische Tochtergesellschaft das Angebot eingereicht habe und als Zuschlagsempfängerin anzusehen sei, wogegen die Muttergesellschaft darin einbezogen worden sei. Um die Bedenken der Beschwerdeführerin zu beseitigen, reiche sie ausserdem eine Patronatserklärung der M.___ AG, [D], vom 8. April 2014 ein. Es handle sich bei der Patronatserklärung jedoch nicht um ein zu erfüllendes Eignungskriterium; vielmehr sei diese Teil des Beschaffungsvertrags. Aufgrund dessen könne eine solche Erklärung auch nachgereicht werden. Die Beschwerdeführerin reichte auch elektronische Mitteilungen (Beilagen 9 und 10) ein, die belegen sollen, dass die Vergabestelle ein die Anforderungen von Art. 23 Abs. 2 BöB erfüllendes Debriefinggespräch organisiert hätte. Zur Dringlichkeit bringt die Vergabestelle vor, die Implementierung eines ERP benötige eine beachtliche Zeitdauer, weshalb die termingerechte Privatisierung von einem raschen Vertragsschluss abhänge.

L.

L.a Das Bundesverwaltungsgericht stellte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 7. Mai 2014 die Stellungnahme der Vergabestelle vom 6. Mai 2014 mit Beilagen 9 und 10 sowie den geschwärzten Auszug der Bewertung der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf das Projektteam zu. Der Zuschlagsempfängerin wurde ein gerichtlicher Abdeckungsvorschlag zur Beilage 7 (Angebot der Zuschlagsempfängerin betreffend EK-01 und EK-07) und die Beilage 8 (Patronatserklärung) zugestellt und Gelegenheit gegeben, zur Akteneinsicht der Beschwerdeführerin in diese Beilagen Stellung zu nehmen.

L.b Die Zuschlagsempfängerin erhob mit Stellungnahme vom 9. Mai 2014 keine Einwände gegen die Akteneinsicht der Beschwerdeführerin in die erwähnten Beilagen 7 und 8. Die Zuschlagsempfängerin machte darüber hinaus materielle Ausführungen und reichte dem Gericht eine eigene Beilage ein.

L.c Mit Verfügung vom 9. Mai 2014 stellte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin neben den gerichtlichen Abdeckungsvorschlag zur Beilage 7 und die Beilage 8 auch die Stellungnahme mit Beilage der Zuschlagsempfängerin vom 9. Mai 2014 zu. Der Beschwerdeführerin wurde freigestellt, innert Frist eine Stellungnahme zu den Unterlagen einzureichen. Zudem hielt der Instruktionsrichter fest, die Zuschlagsempfän-

gerin sei prima facie trotz materiellen Ausführungen mangels fristgerechter Anträge keine Verfahrenspartei.

L.d Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 13. Mai 2014 fristgerecht Stellung zu den Beilagen 7 und 8 sowie zur Eingabe der Zuschlagsempfängerin. Sie macht erneut geltend, es sei nicht ersichtlich, wer das Angebot unterzeichnet habe und somit als Anbieterin zu qualifizieren sei. Zudem weist sie die Annahme, dass es sich bei der Patronats- bzw. Konzernerklärung nicht um ein zu erfüllendes Eignungskriterium handle, zurück. Da die Patronatserklärung vom 8. April 2014 datiere, habe die Vergabestelle einen Entscheid über die Eignung gefällt, ohne die notwendige ökonomische und operative Zusicherung für die Durchführung der Beschaffung abgeklärt zu haben.

M.

M.a Mit Verfügung vom 14. Mai 2014 stellte der Instruktionsrichter der Zuschlagsempfängerin folgende Unterlagen zu: Erklärung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen vom 13. Dezember 2013, erste Seite der "Allgemeinen Unterlagen, erste Seite der Offerte für die Einführung von Microsoft Dynamics™ NAV 2013 inkl. M.___ Branchenlösung. Die Zuschlagsempfängerin wurde mit Blick auf die Klärung der Identität der Anbieterin aufgefordert, zur Zustellbarkeit dieser Aktenstücke an die Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

M.b Die Zuschlagsempfängerin erklärte sich mit Eingabe vom 15. Mai 2014 mit der Zustellung der Unterlagen an die Beschwerdeführerin einverstanden. Das Bundesverwaltungsgericht stellte gleichentags die unter Ziff. M.a genannten Unterlagen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle zur Kenntnis zu und fügte hinzu, der Schriftenwechsel mit Blick auf den Zwischenentscheid werde ohne anders lautende Anträge geschlossen. Mit Eingabe vom 16. Mai 2014 verzichtete die Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (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 Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

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

2.

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.

2.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die alcosuisse, das Profitcenter der EAV, als Vergabestelle zu qualifizieren ist. Das Bundesamt für Bauten und Logistik hat entgegen der ersten Parteibezeichnung durch die Beschwerdeführerin das Vergabeverfahren nicht durchgeführt. Sowohl Art. 2 Abs. 1 Bst. b BöB als auch der Anhang I Annex 1 zum GPA nennen die Eidgenössische Alkoholverwaltung EAV ausdrücklich als dem Gesetz unterstehende Auftraggeberin. Nachdem die alcosuisse noch nicht privatisiert ist, teilt sie prima facie in Bezug auf die Anwendbarkeit des BöB derzeit noch das rechtliche Schicksal der EAV. Dies wird im Übrigen seitens der Vergabestelle im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den prozessualen

Anträgen der Beschwerdeführerinnen vom 9. April 2014 (S. 4) ausdrücklich anerkannt.

2.3

2.3.1 Die Vergabestelle sucht vorliegend nach einer ERP-Lösung. Unter anderem werden folgende Leistungsbestandteile erwähnt: ERP-System, Projekt und Migration sowie einmalige Lizenzen für die Nutzung der ERP Software. Gemäss Pflichtenheft (Stand 30. Oktober 2013) umfasst die nachgefragte Leistung nebst Dienstleistungsanteilen auch die Lieferung einer betriebsbereiten ERP-Software ("werkvertraglich mit Kostendach") und den Kauf von Lizenzen. Indessen scheint der Dienstleistungsanteil zu überwiegen (vgl. Ziffer 2.2 der Ausschreibung). Die Preisspanne der eingegangenen Angebote beträgt Fr. 2'998'094.00 bis Fr. 4'710'106.76 (vgl. Ziffer 3.2 der Zuschlagspublikation vom 6. März 2014), womit der für Lieferungen und Dienstleistungen gleichermassen massgebende Schwellenwert erreicht ist (Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 [AS 2011 5581]). Damit bleibt im Folgenden nur zu prüfen, ob die nachgefragte Dienstleistung dem BöB untersteht.

2.3.2 Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist bei Dienstleistungsaufträgen nur gegeben, wenn der Vertrag zwischen der Auftraggeberin und dem Zuschlagsempfänger eine Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 zum GPA bzw. Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 und 32 Bst. a Ziff. 2 VöB betrifft (Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB; BVGE 2008/48 E. 2.3, BVGE 2011/17 E. 5.2.1). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung in Ziffer 2.4 der CPV-Kategorie 72260000 Dienstleistungen in Verbindung mit Software zu, welche nach der CPCprov zur Klasse 842 mit der Bezeichnung "Software implementation services" gehört. Damit ist die Beschaffung der Kategorie "Informatik und verbundene Tätigkeiten" mit der Referenznummer 84 zuzuordnen, welche von Anhang 1 Annes 4 GPA erfasst wird (vgl. mutatis mutandis das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2).

2.4 Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf den Anwendungsbereich des Gesetzes, dass eine prima facie dem BöB unterstehende Vergabestelle eine vom BöB erfasste Leistung vergeben hat, wobei der einschlä-

gige Schwellenwert überschritten ist. Eine Ausnahme nach Art. 3 BöB wird nicht geltend gemacht.

2.5 Das Angebot der Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Vergabeverfahren keine Berücksichtigung gefunden bzw. sie hat den Zuschlag nicht erhalten. Sie ist folglich im Sinne von Art. 48 VwVG beschwerdelegitimiert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 1.5 mit Hinweisen).

3.

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

3.1 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

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

oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle hätte die Zuschlagsempfängerin mangels Erfüllung des Eignungskriteriums EK-10 aus dem Vergabeverfahren ausschliessen müssen. Es ist vorliegend zu prüfen, ob sich die Zuschlagsempfängerin zu Recht auf die Referenzen der Muttergesellschaft berufen und das EK-10 dadurch erfüllen konnte.

4.2 Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33 E. 2a/aa).

4.3 Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Wahl der Eignungskriterien als auch bei deren Beurteilung ein grosser Ermessensspielraum zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; Entscheid der BRK 2005-002 vom 30. Mai 2005, publiziert in VPB 69.105, nicht veröffentlichte E. 2b/aa; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 557 und 564 f.). Die Eignungskriterien sind aber in jedem Fall auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen zu formulieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 13. Juli 2011 E. 3). Nach Anhang 3 zur VöB i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VöB können von den Anbietern unter anderem eine "Liste der in den letzten fünf Jahren vor der Ausschreibung erbrachten wichtigen Leistungen" (Ziff. 7) und "Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen [...] kann [...]" (Ziff. 8) erhoben werden. Nach Rechtsprechung und Lehre ist der Nachweis von Referenzprojekten im Rahmen der Eignungsprüfung grundsätzlich zulässig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 E. 4.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 559). Dabei gilt, dass je anspruchsvoller und komplexer eine Leistung ist, desto höher auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzprojekte sein dürfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E.4.3).

4.3.1 Gemäss am 31. Oktober 2013 publizierter Ausschreibung verlangt die Vergabestelle unter EK-10 Folgendes: "Der Anbieter verfügt über 2 Referenzen, in denen er jeweils innerhalb der letzten 5 Jahre sowohl ERP-Einführungsprojekte als auch Wartungs-, Support- und Betriebs-Dienstleistungen für ERP-Systeme durchgeführt hat. […] Darüber hinaus sollen die in den Referenzen genannten ERP-Lösungen jeweils über ei-

nen Zeitraum von mindestens zwei Jahren vom Anbieter hinsichtlich Wartung, Support und Betrieb betreut worden sein."

4.3.2 Das von der Vergabestelle ausgeschriebene ERP-Projekt soll – in Zusammenhang mit der Privatisierung der alcosuisse – der zukünftigen Geschäftsabwicklung dienen. Es handelt sich prima facie um ein relativ komplexes Dienstleistungsprojekt, das über mehrere Jahre betreut werden soll. In Anbetracht dessen liegt die geforderte Art und Anzahl der Referenzen im Ermessen der Vergabestelle. Die Anforderungen gemäss EK-10 an sich werden denn auch zu Recht nicht als unzulässig beanstandet.

4.4

4.4.1 Zur Erfüllung des EK-10 führt die Beschwerdeführerin aus, dass Konzerngesellschaften keinen besonderen vergaberechtlichen Status hätten. Sie seien als Dritte zu qualifizieren. Es gebe keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Konzerngesellschaften. Demnach müsse die Muttergesellschaft als Mitglied einer Bietergesellschaft (was gemäss Ziffer 3.5 der Ausschreibung ausdrücklich nicht zugelassen sei) oder Subunternehmerin konkret in die Offerte eingebunden werden. Da die Zuschlagsempfängerin rechtlich weder zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch zum Zeitpunkt des Zuschlags länger als zwei Jahre bestanden habe, könne diese nicht über Erfahrungen im Bereich Wartung, Support und Betrieb von mehr als zwei Jahren verfügen.

Die Vergabestelle widerspricht dieser Auffassung, indem sie davon ausgeht, dass sich eine Tochtergesellschaft in gleicher Weise auf die Referenzen ihrer Muttergesellschaft berufen könne wie eine Zweigniederlassung. Demnach würde ihrer Auffassung nach ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin eine Verletzung sowohl des Gebots der Inländerbehandlung im Sinne des GPA als auch der Organisationsautonomie der ausländischen Anbieterin bedeuten. Es sei aus vergaberechtlicher Sicht irrelevant, ob die M.___ AG mit Sitz in [D] in der Schweiz mit einer Zweigniederlassung oder in Form einer Tochtergesellschaft vertreten sei. Ausserdem sei – so die Vergabestelle wohl im Sinne eines Eventualarguments – die Muttergesellschaft als Subunternehmerin beigezogen worden. Es sei bei Beschaffungsprojekten Standard, dass Konzerngesellschaften mittels Patronatserklärungen die Leistungsfähigkeit ihrer Tochtergesellschaften absicherten. Schliesslich sei das Abstützen auf die Leistungsfähigkeit und Referenzen einer Konzerngesellschaft in der Rechtsprechung anerkannt. Bezüglich Zurechnung im Konzernverhältnis führt

die Vergabestelle an, es sei aus dem Angebot klar ersichtlich, dass die schweizerische Tochtergesellschaft offeriert habe, wobei jedoch teilweise auf die Software, Fachexpertise, Supportleistungen, Entwicklungen etc. der Muttergesellschaft zurückgegriffen werde. Die Gesamtverantwortung liege demnach bei der Zuschlagsempfängerin; die deutsche Muttergesellschaft nehme als Subunternehmerin am Verfahren teil.

4.4.2 Unbestritten geblieben ist die Tatsache, dass die Tochtergesellschaft selbst bereits aufgrund des Datums ihrer Gründung keine den Anforderungen der Vergabestelle genügenden Referenzen vorweisen kann. Um die Frage zu beantworten, inwieweit Referenzen der Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft zugerechnet werden, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob Leistungen und Fähigkeiten von Konzerngesellschaften, die im Vergabeverfahren involviert sind, als anbieterintern zu betrachten sind oder ob es sich bei den Konzerngesellschaften um Dritte handelt, die nur als Subunternehmer, Lieferant oder Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren teilnehmen können. Gilt die Konzerngesellschaft als der Hauptanbieterin zugehörig, werden prima facie auch die Referenzen der Konzerngesellschaft der Anbieterin zugerechnet. Ist die Konzerngesellschaft, die nicht Hauptanbieterin ist, indessen als Dritte zu qualifizieren, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zurechenbarkeit von Referenzen zulässig ist.

4.4.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits mit der Frage auseinandersetzt, ob Leistungen von Tochtergesellschaften anbieterintern sind oder ob diese als Subunternehmerinnen am Vergabeverfahren teilnehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.3.3). Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass Tochtergesellschaften allenfalls Subunternehmer oder Lieferanten des Anbieters sind, ihre Tatsachen und Rechtspositionen jedoch nicht dem Anbieter zugerechnet werden. Folglich gibt es nach diesem Entscheid keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Tochtergesellschaften des Bieters; dasselbe gilt für Konzerngesellschaften (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5563/2012 E. 3.3.3). Auch BEYELER vertritt die Meinung, dass im Vergaberecht mit Blick auf die Rechtssicherheit strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen ist; es gebe keine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines Durchgriffs (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1374 ff.). Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche Konzern-

gesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin nach dieser Ansicht konkret in ihre Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in rechtlicher Nähe eines konkreten Vergabeverfahren, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1377 ff.). Demgegenüber spielt es nach dieser Lehrmeinung im Rahmen der Organisation mit unselbständiger Zweigstelle oder Niederlassung keine Rolle, ob die Offerte etwa auf die Niederlassung lautet: Insofern sei, wenn es um das Stammhaus oder andere Niederlassungen derselben Person gehe, nicht von Konzernverhältnissen zu sprechen, sondern von anbieterinterner Organisation (BEYELER, a.a.O., Rz. 1378 in fine).

4.4.4 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (E. 4.4.3 hiervor) wie auch der dargestellten Lehrmeinung, welche sich prima facie in der ausführlichsten Weise mit der sich hier stellenden Frage auseinandersetzt (E. 4.4.3 hiervor), gibt es offenbar einen Unterschied zwischen dem Näheverhältnis einer Konzerngesellschaft einerseits und der Anbieterorganisation unter Beteiligung von Stammhaus und Niederlassung andererseits. Die Muttergesellschaft ist nach dem dargestellten Konzept gegenüber der Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit Dritte im vergaberechtlichen Sinne, welche etwa als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder Subunternehmerin einzubinden ist, und nicht schon aufgrund des unbestrittenen besonderen Näheverhältnisses Teil der Anbietersphäre. Soweit die Beschwerdeführerin sich auf die dargestellte Rechtsauffassung beruft, kann ihr Rechtsmittel entgegen den Vorbringen der Vergabestelle von vornherein nicht als aussichtslos qualifiziert werden.

Soweit die Vergabestelle geltend macht, dass die Unterscheidung zwischen einer lokalen Niederlassung und einer Tochtergesellschaft sowohl das Diskriminierungsverbot als auch die Organisationsautonomie der ausländischen Anbieterin verletze – die deutsche Muttergesellschaft hätte auch eine Zweigniederlassung ohne eigene juristische Persönlichkeit gründen können – beruft sie sich in ihrer Stellungnahme namentlich auf Art. III Abs. 2 Bst. b GPA. Nach dieser Bestimmung haben die Vertragsparteien sicher zu stellen, dass ihre Beschaffungsstellen einen im Inland niedergelassenen Anbieter nicht aufgrund des Grades der ausländischen Kontrolle oder Beteiligung ungünstiger behandeln als einen anderen im Inland niedergelassenen Anbieter. Mit Blick auf den Zweck dieser Vorschrift sind tatsächlich Vorgaben in Bezug auf die Anbieterorganisation denkbar, welche gegen das GPA verstossen. Nach BEYELER lässt die

Vorschrift, dass Verbote von Subunternehmen und Bietergemeinschaften nicht ohne gute Gründe zulässig sind, genügend Raum für eine Einbindung von Konzerngesellschaften in ein Vergabeverfahren (BEYELER, a.a.O., Rz. 1378). Damit steht nach diesem Autor die Rechtsauffassung, wonach die Rechtsform für die Zuordnung zur Sphäre der Anbieterin ausschlaggebend ist (E. 4.5.3 hiervor), aufgrund des festgestellten Spielraums wohl zumindest nicht generell in Widerspruch zu höherrangigem Recht. Dieser Auffassung neigt auch das Gericht zu. Damit wird zwar im Hauptverfahren zu prüfen sein, ob es im Ergebnis zu einer Diskriminierung führt, wenn man die Muttergesellschaft der Anbieterin vergaberechtlich als Dritte behandelt. Indessen ist eine solche Diskriminierung jedenfalls nicht derart offensichtlich, dass mit dieser Begründung die aufschiebende Wirkung verweigert werden könnte. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Vergabestelle ihre eigenen – aufgrund ihrer Argumentation möglicherweise diskriminierenden – Vorgaben gemäss der Ausschreibung, wonach Bietergemeinschaften nicht zugelassen werden (Ziffer 3.5), naheliegenderweise nicht angreift.

4.4.5 Die Argumente der Vergabestelle sind nach dem Gesagten prima facie insofern widersprüchlich, als sie zum einen behauptet, die Muttergesellschaft sei Subunternehmerin, und zum anderen geltend macht, es sei keine Unterscheidung zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft zu machen. Soll eine Konzerngesellschaft nämlich als Subunternehmerin am Vergabeverfahren teilnehmen, setzt dies wohl voraus, dass Hauptanbieterin und Subunternehmerin je eigenständige juristische Personen sind. Dahingehend ist im Sinne eines Eventualarguments auf die Frage einzugehen, ob die Muttergesellschaft im vorliegenden Fall in einer Weise als Subunternehmerin beigezogen worden ist, welche es namentlich erlaubt, im Rahmen der Eignungsprüfung auf deren Referenzen zurückzugreifen Das Beiziehen der Muttergesellschaft als Teil einer Bietergemeinschaft fällt aufgrund der Vorgaben in der Ausschreibung jedenfalls ausser Betracht. Folglich kann die Muttergesellschaft bei erster, vorläufiger Beurteilung der Rechtslage wohl nur in der Rolle der Subunternehmerin am strittigen Vergabeverfahren teilnehmen. Ob auch eine der Subunternehmerin analoge Teilnahme möglich ist, kann hier vorläufig offengelassen werden.

4.4.5.1 Die Vergabestelle macht geltend, dass die Zuschlagsempfängerin die Muttergesellschaft als Subunternehmerin ins Vergabeverfahren beigezogen habe (vgl. Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 9. April 2014, Rz. 18). Die Vergabestelle hat Subunternehmer zwar

grundsätzlich zugelassen. Sie hat diesbezüglich aber nicht nur festgestellt, dass der Anbieter die Gesamtverantwortung übernehmen muss, sondern in Ziffer 3.6 der Ausschreibung ausdrücklich verlangt, dass alle Subunternehmer mit den ihnen zugewiesenen Rollen aufgeführt werden. Mit dieser Anforderung an die Offerte bezweckt die Vergabestelle, dass sie die einzelnen Arbeiten einer Beteiligten, ob nun der Hauptanbieterin oder einer Subunternehmerin, genau zurechnen kann. Mit dieser Vorgabe sollen namentlich Qualität und optimale Koordination der zu erbringenden Leistungen sichergestellt werden.

4.4.5.2 Somit ist zu prüfen, ob die Vergabestelle die Bedingung gemäss Ziff. 3.6 der Ausschreibung anhand der Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin als erfüllt betrachten durfte. Unter EK-07 (Support-Organisation) des Angebots der Zuschlagsempfängerin (der Beschwerdeführerin am 9. Mai 2014 zugestellt) gibt diese an, ihr stehe ein zentrales Supportteam zur Verfügung, welches per Telefon und E-Mail erreicht werden kann. Die M.___ AG Hotline sei unter einer deutschen Telefonnummer zu erreichen. Zudem verfüge die M.___ AG über ein Help-Desk-Web Portal. Ein Vor-Ort Support werde im Rahmen der Projektplanung berücksichtigt. Folglich wird zumindest der telefonische Supportdienst aus Deutschland und somit wohl von der Muttergesellschaft abgewickelt. Hingegen ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, wie weit das Engagement der Muttergesellschaft geht bzw. ob sie nur Anfragen entgegennimmt oder auch entsprechende Supportarbeiten leistet. Die Vergabestelle macht ferner geltend, es werde neben den Supportleistungen auch teilweise auf die Software, Fachexpertise, Entwicklungen etc. der Muttergesellschaft zurückgegriffen. Wie indessen etwa in den Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin unter EK-01 ersichtlich, wird jeweils vom "Unternehmen M.___ AG" gesprochen. Dies erschwert tendenziell die Feststellung einer klaren Rollenaufteilung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft. Es kann ebenfalls festgehalten werden, dass nach erster, vorläufiger Beurteilung der Angebotsunterlagen weder ausdrücklich auf die Muttergesellschaft als Subunternehmerin hingewiesen wird noch eine konzise Auflistung der konkreten Rollen der Beteiligten zu finden ist.

4.4.5.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Muttergesellschaft nach der Offerte zwar Aufgaben, insbesondere in Bezug auf die Supportleistungen, wahrnimmt, dass hingegen aus den Angebotsunterlagen prima facie nicht letzte Klarheit darüber hergestellt wird, welche Rolle sie innehat. Es ist insbesondere nicht offensichtlich, dass sich die Mutterge-

sellschaft als Subunternehmerin am Vergabeverfahren beteiligt. Folglich ist die Beschwerde in diesem Punkt mit Blick auf die ausdrückliche Vorgabe der Ausschreibung, wonach die Rolle der Subunternehmerin transparent zu machen ist, nicht offensichtlich unbegründet. Da bereits die Angaben zur Rolle der deutschen Muttergesellschaft die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet erscheinen lassen, kann überdies die Frage, ob und in welcher Rolle die von der Zuschlagsempfängerin beigezogene N.___ AG als Subunternehmerin im Vergabeverfahren teilnimmt, offengelassen werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Tochtergesellschaft, welche den Zuschlag erhalten hat, auch die Offerte erstellt hat, wobei aus der Offerte prima facie erkennbar ist, dass sich wohl die M.___ AG [CH] gegenüber der Vergabestelle verpflichten wollte.

4.4.6 Obwohl die Beschwerde bereits gemäss Ziff. 4.4.5.3 hiervor als nicht offensichtlich unbegründet zu qualifizieren ist, ist es aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt, auch die zweite Frage (vgl. Ziff. 4.4.2 hiervor), ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine Tochtergesellschaft auf die Referenzen der Muttergesellschaft berufen kann, zu behandeln. Dazu konnte sich das Verwaltungsgericht Zürich im Urteil vom 8. April 2009 äussern. Demnach kann sich eine Anbieterin gegebenenfalls auf die fachlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, wenn sie den Nachweis erbringt, dass sie tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Gesellschaft verfügt. Es genügt hingegen nicht, wenn in der Offerte lediglich ein allgemeiner Hinweis auf die Beziehungen zur Muttergesellschaft gemacht wird (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 3.5; vgl. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648). Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat sich, worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist, zur Frage nach der Zurechenbarkeit von Belegen für die Eignung eines Anbieters positiv geäussert; auch hier wird aber vorausgesetzt, dass der Bieter nachweist, dass er unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehungen tatsächlich über die Mittel der Unternehmen verfügen kann, die für den Eignungsnachweis herangezogen werden (vgl. Urteil des EuGH vom 2. Dezember 1999 C-176/98 Holst Italia/Commune di Cagliari, Slg. 1999 I-8625 Rn. 29, bestätigt im Urteil vom 12. Juli 2001 C-399/98 Ordine degli Architetti and Others/Commune di Milano, Slg. 2001 I-5435 Rn. 92 und C-314/01 vom 18. März 2004 Siemens and ARGE Telekom/Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Slg. 2004 I-2581 Rn. 44).

4.4.7 Folgt das Bundesverwaltungsgericht dieser Ansicht, bleibt zu prüfen, ob aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin hinreichend klar ersichtlich ist, dass diese auf die Fähigkeiten der Muttergesellschaft zurückgreifen kann.

4.4.7.1 Die Vergabestelle hat mit Stellungnahme vom 6. Mai 2014 eine Konzernerklärung vom 8. April 2014 eingereicht, in welcher die Muttergesellschaft bestätigt, dass sie sehr eng mit der Zuschlagsempfängerin zusammenarbeite und dieser in finanzieller, strategischer und operativer Hinsicht ihre vollste Unterstützung zukommen lassen würde. Sie könne die Zuschlagsempfängerin in allen Belangen bei der Realisierung des Beschaffungsprojekts unterstützen. Schliesslich sei sie auch bereit, für die Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag mit der Vergabestelle ergeben könnten, einzustehen. Eine entsprechende Erfüllungsgarantie würde auf Wunsch der Vergabestelle unterzeichnet werden.

4.4.7.2 Es ist mithin zu prüfen, ob die im Beschwerdeverfahren beigebrachte Konzernerklärung noch berücksichtigt werden darf. Zu dieser Frage hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-4902/2013 vom 14. März 2014 (E. 7.2.2) dahingehend geäussert, dass Belege, die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereicht worden sind und deren Existenz im Angebotszeitpunkt noch nicht behauptet worden war, nicht mehr berücksichtigt werden. Offen gelassen wurde, ob Eignungsnachweise, welche erst nach Ablauf der Antragsfrist beigebracht werden, noch Gehör finden. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 (E. 3.2) wurde festgehalten, für den Fall, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin Referenzen nachliefern, die Vergabestelle, welche die nachgelieferten Belege der Zuschlagsempfängerin berücksichtigt, auch diejenigen der Beschwerdeführerin zu würdigen hat. Nach kantonaler Rechtsprechung ist es vertretbar, dass eine nachträglich beigebrachte Konzernerklärung dann berücksichtigt werden kann, wenn diese lediglich eine Bestätigung dessen ist, was im Angebot offenkundig zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 E. 5.2.1).

4.4.7.3 In den Angebotsunterlagen finden sich verschiedene Hinweise auf die Muttergesellschaft. So führt die Zuschlagsempfängerin im Dokument "Allgemeine Angaben" unter Ziff. 1.3 neben ihrer eigenen Adresse auch jene der Muttergesellschaft auf. Unter EK-01 (wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit) des Angebots der Zuschlagsempfängerin gibt diese sodann an, dass das Unternehmen M.___ AG über eine sehr gute wirt-

schaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verfüge und führender Microsoft Partner sei (170 Mitarbeiter, 22. Mio. Umsatz). Auf die Anzahl Mitarbeiter wird auch in den "Allgemeinen Angaben" (Seite 4) hingewiesen. Im "Management Summary" spricht die Zuschlagsempfängerin von Erfahrungen im Ethanolhandel, da sie das Unternehmen O.___ in Deutschland zu ihren Kunden zählen können. Aufgrund des Auslandbezugs wird es sich dabei wohl um ein Kunde der deutschen Muttergesellschaft handeln. Ein Hinweis auf die Muttergesellschaft findet sich denn auch in den Angebotsunterlagen zu den Eignungskriterien unter EK-10, welche auf zwei Anhänge verweisen. Infolgedessen ist in den Angebotsunterlagen zwar ersichtlich, dass die deutsche Muttergesellschaft im zu beurteilenden Beschaffungsprojekt involviert ist. Indessen ist aufgrund der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zumindest nicht offensichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin auch ohne die erst am 8. April 2014 abgegebene und im Beschwerdeverfahren nachgereichte Patronatserklärung auf die Leistungen und Erfahrungen der Muttergesellschaft tatsächlich zurückgreifen kann. Wenn das Nachreichen der Patronatserklärung nur das bestätigen sollte, was aus der Offerte hervorgeht, kann es im Sinne der Zürcher Rechtsprechung im Ergebnis vertretbar sein, die nachgereichte Patronatserklärung trotz darin lediglich angebotener Erfüllungsgarantie zuzulassen; aber auch das ist zumindest nicht im Sinne der Voraussetzungen der Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung offensichtlich. Jedenfalls Zweifel weckt die Argumentation der Vergabestelle, wonach die Patronatserklärung von ihrem Gehalt her nicht (zumindest auch) als Eignungsnachweis dient, sondern nur "Teil des Beschaffungsvertrags" ist.

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass einerseits gewisse Zweifel bestehen, ob die Muttergesellschaft tatsächlich im Sinne der spezifischen Anforderungen gemäss der Ausschreibung, wonach alle Subunternehmerinnen "mit den ihnen zugewiesenen Rollen" aufzuführen sind, als Subunternehmerin am Verfahren teilgenommen hat. Andererseits ist insbesondere aufgrund der anfänglich fehlenden Patronatserklärung nicht ohne weiteres ersichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot in genügender Weise belegt hat, dass sie tatsächlich auf die Fähigkeiten der Muttergesellschaft zurückgreifen kann. Zumal auch die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin mit der im Beschwerdeverfahren nachgereichten Konzernerklärung im Beschwerdeverfahren zu hören ist, nicht eindeutig im Sinne der Vergabestelle beantwortet werden kann.

5.
Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, da zumindest Zweifel bestehen, ob die Vergabestelle das EK-10 zu Recht als erfüllt erachtete und die Zuschlagsempfängerin zum Vergabeverfahren zugelassen hat.

6.

6.1 Nachdem festgestellt wurde, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind die sich gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle sowie der Zuschlagsempfängerin abzuwägen (vgl. dazu E. 3.2 hiervor).

6.2 Das ausgeschriebene ERP-Projekt soll der Vergabestelle während der Umstrukturierungsphase wie auch nach der abgeschlossenen Privatisierung bei der Geschäftsabwicklung dienen. Die Vergabestelle bringt vor, dass die Privatisierung von der termingerechten Realisierung verschiedener Teilprojekte abhänge, wozu auch die Einführung des ERP-Systems gehöre. Eine Verzögerung des Projekts wäre mit dem zeitlichen Rahmen, aufgezeigt im eingereichten, jedoch als vertraulich zu behandelnden Projektplan, nicht vereinbar. Die Vergabestelle beziehe noch sehr viele Dienstleistungen von der EAV, darunter in den Bereichen IT, Personal und Finanzen. Das IT-Betriebssystem könne nicht eigenständig betrieben werden, da es sehr eng mit den Systemen der EAV verknüpft sei.

Der Projektplan wird als "best case" Plan betitelt, womit die Vergabestelle implizit anerkennt, dass die jeweilige Terminierung der einzelnen Projekte den Idealfall repräsentieren. Dass eine Beschwerde gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag erhoben wird, ist in die Planung einzubeziehen (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4825/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4 und B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Ausser dem Interesse der Vergabestelle, den Projektplan "best case" einzuhalten, sind keine weiteren öffentlichen Interessen ersichtlich, und werden auch nicht geltend gemacht, die einen unverzüglichen Vertragsschluss rechtfertigen würden. Der politischen Planung allein kommt, ohne dass etwa nicht hinnehmbare finanzielle Folgeschäden geltend gemacht würden, regelmässig nicht der Gehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu. Umso weniger ist glaubhaft dargetan, dass die Vergabestelle ohne sofortigen Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin nicht mehr in der Lage wäre, ihre Geschäftstätigkeit wahrzunehmen.

6.3 Demgegenüber liegt die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes namentlich mit Blick auf Art. XX GPA einerseits im öffentlichen Interesse (vgl. E. 3.2 hiervor). Andererseits hat die Beschwerdeführerin ein erhebliches Interesse daran, den Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu verhindern. Wird der Vertrag geschlossen, hat die Beschwerdeführerin lediglich die Möglichkeit, Schadenersatz für die in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen zu verlangen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1325).

6.4 Die Interessenabwägung fällt nach dem Gesagten zugunsten der Beschwerdeführerin aus, sodass ihrem Gesuch um Erteilung der aufschiebende Wirkung zu entsprechen ist.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, ihr sei volle Akteneinsicht zur gewähren und Gelegenheit zu geben, vor dem Ergehen des Zwischenentscheids betreffend aufschiebende Wirkung zu den Unterlagen Stellung zu nehmen. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion mit Verfügungen vom 17. April, 7. und 9. Mai 2014 bereits in nicht unerheblichem Umfang Akteneinsicht gewährt worden ist.

7.2 Namentlich wurden ihr unter Abdeckung von Personennamen und Identität von Drittanbietern und Preisangaben ein Auszug aus dem Evaluationsbericht der Vergabestelle, sowie den teilweise geschwärzten "Auswertungsbogen zur WTO (1382) ERP alcosuisse, Bewertung Angebot M.___" und den ungeschwärzten "Auswertungsbogen zur WTO (1382) ERP alcosuisse, Bewertung Angebot X.___" (je eine Seite) unter besonderer Berücksichtigung der Beurteilung des EK-10 und namentlich ein Auszug des Angebots der Zuschlagsempfängerin zu den Eignungsnachweisen (Angaben der Zuschlagsempfängerin geschwärzt, ausser jene zum EK-10) sowie ein Auszug aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin, Anhang R1 Referenzkunden (Abdeckung der Namen und der Projektthemen, Seite 3) zugestellt. Sodann wurde der Beschwerdeführerin Einsicht in den "Auswertungsbogen zur WTO (1362) ERP alcosuisse, Bewertung Angebot M.___" hinsichtlich das ZK1 04.02 (Seite 8) gewährt, sowie in einen Auszug aus dem Angebot der Zuschlagsempfänge-

rin zu den Eignungskriterien in Bezug auf das EK-01 und EK-07 (Seite 1) und in die Konzernerklärung vom 8. April 2014.

7.3 Das Akteneinsichtsbegehren ist einstweilen abzuweisen soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Da die Beschwerdeführerin mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsiegt, kann ihrem Begehren mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot einstweilen nicht entsprochen werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

8.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Beschwerde vom 26. März 2014 wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung gewährt.

2.

2.1 Die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerin werden einstweilen abgewiesen, soweit ihnen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

2.2 Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

3.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

5.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP Projekt-ID 105450; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab in elektronischer Form)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Beatrice Rohner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 2. Juni 2014