Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

{T 0/2}

Geschäfts-Nr. B-7252/2007

Zwischenentscheid vom 6. Februar 2008

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Richter Claude Morvant,
Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____,
vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Stefan Wehrenberg,
Blum Rechtsanwälte, Usteristrasse 14, Postfach 3880,
8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Y._____,
vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Christian Bär,
Binder Rechtsanwälte, Langhaus am Bahnhof,
5401 Baden,
Zuschlagsempfängerin,

und

armasuisse, Bundesamt für Führungs-, Telematik- und Ausbildungssysteme, Kasernenstrasse 19, 3003 Bern,
vertreten durch Herrn Fürsprecher Dr. Wolfgang Straub, und Herrn Fürsprecher Prof. Dr. Fridolin Walther, Effingerstrasse 17, Postfach, 3001 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (Entwicklung, Lieferung und Installation eines EC 635 und eines AS 532 [Cougar] Simulators),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Die armasuisse (Kommerz Ausbildungssysteme; nachfolgend: Vergabestelle) schrieb am 30. September 2005 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB Nr. 190) unter dem Projekttitel "EC 635 & AS 532 (Cougar) Simulatoren" einen Lieferauftrag (Werkvertrag) im selektiven Verfahren aus (WTO-Ausschreibung). Die Simulatoren für die Helikopter EC 635 Leichter Transport- und Schulungshelikopter (LTSH) und AS 532 (Cougar) sollen in den Bereichen Grundausbildung und Training, Weiterbildung, Vorbereitung von Umschulungen, Instrument Flight Rules (IFR)-Ausbildung, -Training und -Checks sowie zur Vorbereitung spezieller Einsätze eingesetzt werden.

In der Ziff. 3.5 der Ausschreibung wurden die 7 Eignungskriterien und in Ziff. 3.6 die je Kriterium geforderten Nachweise bekanntgegeben. Bezüglich der Zuschlagskriterien wurde auf die in den Unterlagen genannten Kriterien verwiesen. Als Schlusstermin für die Einreichung der Angebote wurde der 18. November 2005 festgesetzt.

Im SHAB Nr. 2 vom 4. Januar 2006 veröffentlichte die Vergabestelle, dass zur Angebotsabgabe die X._____ und die Y._____ eingeladen würden, da diese die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung vom 30. September 2005 erfüllten.

Nach dieser Teilnehmerauswahl lud die Vergabestelle die beiden Firmen jeweils mit Schreiben vom 8. Juni 2006 zur Abgabe eines Angebots ein. Mit diesen Schreiben wurden unter anderem Unterlagen wie die Bedingungen und Erläuterungen zum Angebot, die technischen

Anforderungen AS 532 Simulator und die Zuschlagskriterien inklusive Gewichtung EC 635 Simulator zugestellt. Am 27. Juli 2006 ergänzte die Vergabestelle ihre Angebotsanfrage vom 8. Juni 2006 und stellte die technischen Anforderungen und die Zuschlagskriterien für den Helikopter EC 635 zu. Die beiden Firmen reichten am 13. beziehungsweise am 14. November 2006 ihre Offerten ein.

Am 15. Februar 2007 orientierte die Vergabestelle die beiden Offertstellerinnen, dass sich seit der Angebotseinreichung neue Erkenntnisse ergeben hätten. Darum habe sie beschlossen, von beiden Anbieterinnen voraussichtlich Ende März 2007 ein neues Angebot einzufordern, welches vorwiegend den kommerziellen und terminlichen Bereich umfassen werde.

Unter Bezugnahme auf das Y._____ Angebot vom 14. November 2006 und auf eine Besprechung bei der armasuisse, teilte die Vergabestelle den Offertstellerinnen mit Schreiben vom 30. April 2007 mit, dass sich auch die technischen Anforderungen (u.a. Konfigurationsänderungen) teilweise bedeutsam geändert hätten, beziehungsweise dass auf bestimmte angebotene Leistungen verzichtet werde. Eine Auswertung des Angebotes habe zudem ergeben, dass die Beschaffungskosten nicht im vorgegebenen finanziellen Rahmen des bewilligten Rüstungsprogramms lägen, weshalb zum jetzigen Zeitpunkt aus kommerzieller Sicht keine Zuschlagserteilung erfolgen könne. Entsprechend sei der Leistungs- und Lieferumfang angepasst worden. Ein bereinigtes Angebot sei bis spätestens 31. Mai 2007 einzureichen. Diesem Schreiben legte die Vergabestelle unter anderem neue kommerzielle Bedingungen an das Angebot sowie eine neue Beilage III „Beistellungen armasuisse mit Liefertermin“ bei.

Am 31. Mai 2007 reichten die beiden Firmen ihre neuen Offerten (Abgebote) ein und am 18. beziehungsweise 19. Juni 2007 präsentierten sie diese in den Räumlichkeiten der Vergabestelle.

Schliesslich fand am 26. Juni 2007 je eine trilaterale Besprechung zwischen den Offertstellerinnen, Z._____ und der Vergabestelle statt.

Mit Eingaben vom 24. Juli 2007 (X._____) und vom 3. August 2007 (Y._____) ergänzten die Offertstellerinnen ihre Angebote beziehungsweise nahmen zu Fragen Stellung.

B.
Am 5. Oktober 2007 erteilte die armasuisse den Zuschlag für die Entwicklung, Lieferung und Installation eines EC 635 und eines AS 532 (Cougar) Simulators an die Y._____ und veröffentlichte den Zuschlag im SHAB Nr. 193 vom 5. Oktober 2007. Es teilte gleichentags den Offertstellerinnen den Zuschlagsentscheid schriftlich mit. Als Begründung gab die Vergabestelle an, das berücksichtigte Angebot weise insbesondere folgende Vorzüge auf: wirtschaftlich günstigstes Angebot, systematische Umsetzung der Anforderungen, sehr gute Eigenschaften im Bereich Sichtsystem und Datenbank. Gleichzeitig wurde ein Abschlussgespräch in Form eines Debriefings angeboten.

C.
Mit Eingabe vom 25. Oktober 2007 focht die X._____ (Beschwerdeführerin) den Vergabeentscheid beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Anträgen an:

1. Der Entscheid der armasuisse vom 4. Oktober 2007 sei aufzuheben.

2. Das Beschaffungsprojekt sei an die armasuisse zurückzuschicken, damit diese die Anbieter zu einer Neukalkulation einlädt und anschliessend aufgrund der neu berechneten Offerten neu entscheidet.

3. Eventualiter sei die armasuisse anzuweisen, der Beschwerdeführerin im Rahmen einer Akteneinsicht die notwendigen Informationen nach Art. 23 Abs. 2 BoeB offenzulegen, damit diese ihre Beschwerde substantiieren kann.

4. In Ergänzung zu Ziff. 3 sei der Beschwerdeführerin eine Nachfrist von 10 Tagen anzusetzen, damit diese in Kenntnis der notwendigen Informationen über den Zuschlag ihre Beschwerde substantiieren kann.

5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens seien von der Staatskasse zu tragen.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, der Zuschlagsentscheid verstosse gegen das verfassungsrechtliche

Willkürverbot von Art. 9 der Bundesverfassung, zumal sich dieser nicht auf die neuste Fassung der technischen Voraussetzungen für die Simulatoren stütze. Am 26. Juni 2007 sei bekannt geworden, dass die Herstellerfirma der Helikopter, die französische Firma Z._____, nicht bloss Daten für die Erstellung der Simulationsprogramme, sondern fertige Programme zur Verfügung stellen werde. Dies bedeute eine erhebliche Abweichung von den ausgeschriebenen technischen Spezifikationen, was normalerweise eine erhebliche Änderung des Angebots in technischer wie auch in finanzieller Hinsicht zur Folge haben müsse. Das Angebot der Beschwerdeführerin wäre dadurch ca. um einen CHF-_____betrag reduziert worden. Da nicht zum vornherein habe beurteilt werden können, ob sich dies Projektänderung bei beiden Anbietern gleich auswirken werde, hätte den Anbietern die Möglichkeit gegeben werden sollen, ihre Angebote zu überprüfen und in technischer wie auch finanzieller Hinsicht anzupassen. Erst gestützt darauf hätte die Zuschlagserteilung erfolgen dürfen.

Weiter lehne es die armasuisse gestützt auf Art. 23 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen ab, der Beschwerdeführerin weitere Informationen über die Zuschlagserteilung als die im Schreiben vom 5. Oktober 2007 enthaltene Kurzinformation zu erteilen. Das Einreichen einer substantiierten Beschwerde werde dadurch verunmöglicht, zumal auch ein Debriefing erst nach Ablauf der Beschwerdefrist in Aussicht gestellt worden sei. Es sei ihr Einsicht in die Bewertung der beiden Offerten entsprechend den Zuschlagskriterien zu geben und ihr insbesondere die Preiskalkulation der Mitbewerberin offen zu legen. Anschliessend sei der Beschwerdeführerin eine Nachfrist von 10 Tagen zu gewähren, damit sie entscheiden könne, ob sie die Beschwerde ergänzen oder zurückziehen wolle.

Die aufschiebende Wirkung sei zu gewähren, da die Beschwerdeführerin im Falle einer Projektanpassung und einer damit verbundenen Neukalkulation gute Aussichten auf eine Zuschlagserteilung habe. Der ausgeschriebene Auftrag sei zudem für die Beschwerdeführerin von grosser wirtschaftlicher Bedeutung. Zudem sei keine zeitliche Dringlichkeit für die Vergabe und die Ausführung des Projekts ersichtlich.

D.

Mit Verfügung vom 26. Oktober 2007 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung

und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollziehungsvorkehrungen, namentlich den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin.

E.
Am 12. November 2007 liess sich die Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin) vernehmen. Sie stellt folgende Anträge:

1. Es sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

2. Bezüglich Akteneinsicht sei wie folgt zu entscheiden:

a) Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der Akteneinsicht sei mit Bezug auf sämtliche von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Dokumente und mit Bezug auf sämtliche von der Vergabestelle produzierten Dokumente vollständig abzuweisen.

b) Eventualiter sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der Akteneinsicht nur teilweise gutzuheissen, und zwar nur in demjenigen Umfang, wie es für den Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung verfahrenswesentlich ist, und in jedem Fall unter vollständiger Wahrung der von der Zuschlagsempfängerin geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen an sämtlichen von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Dokumenten und an sämtlichen von der Vergabestelle produzierten Dokumenten. Dabei seien die von der Vergabestelle produzierten Dokumente nur nach ausdrücklicher Zustimmung durch die Zuschlagsempfängerin der Akteneinsicht zu unterstellen.

3. Sofern und soweit der Beschwerdeführerin Akteneinsicht gewährt wird, sei der Zuschlagsempfängerin spiegelbildlich im gleichen Umfang Akteneinsicht zu gewähren wie der Beschwerdeführerin.

4. Vorbehalten bleiben weitere Ausführungen und Anträge nach Ansetzung einer Frist zur Erstattung der materiellen Beschwerdeantwort.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung begründet sie damit, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet und eine überwiegend negative Erfolgsprognose auszustellen sei. Zum einen sei in den Ausschreibungsunterlagen von Anfang darauf hingewiesen worden, dass die Beschaffung der Hubschrauberdaten dem Simulatorhersteller obliege. Zudem habe nach der Präsentation der Firma Z._____ vom 26. Juni 2007 allen Beteiligten auch ohne formelle Aufforderung klar sein müssen, ihre Angebote um den noch offenen Punkt zu vervollständigen. Die Zuschlagsempfängerin habe dies denn auch mit Schreiben vom 3. August 2007 gemacht. Es hätten beide Anbieterinnen in gleicher Weise Gelegenheit gehabt, ihre Offerten anzupassen. Von mangelnder Transparenz oder ungleicher Behandlung könne in diesem Zusammenhang keine Rede sein. Soweit es die Beschwerdeführerin verpasst habe, ihr Angebot auf den neusten Stand zu bringen, sei das allein ihr Verschulden und habe nichts zu tun mit einem Fehlverhalten der Vergabestelle. Im weiteren ständen einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung auch überwiegende öffentliche Interessen entgegen. Die Zuschlagsempfängerin nahm schliesslich noch zum Begehren um Akteneinsicht umfassend Stellung.

F.
Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 12. November 2007, auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei nicht einzutreten, eventuell sei dieses abzuweisen. Das eventualiter gestellte Gesuch um Gewährung von Akteneinsicht sei als gegenstandslos abzuschreiben, eventuell sei auf dieses nicht einzutreten, subeventuell sei es abzuweisen. Schliesslich sei von der Ansetzung einer Frist zur Beschwerdeergänzung abzusehen. Gleichentags reicht sie die amtlichen Akten ein.

In der Begründung führt die Vergabestelle aus, das aktuelle Angebot der Beschwerdeführerin liege klar über dem vom Parlament bewilligten Kredit. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei aber auch in den übrigen Bewertungskategorien schlechter beurteilt worden als das der Zuschlagsempfängerin. Dieser Rückstand von insgesamt 68.41 Punkten könne selbst mit einem günstigeren Preis nicht mehr aufgeholt werden. Die von der Beschwerdeführerin gerügte Frage der Beistellung der Software durch Z._____ sei für den Evaluationsbericht nicht relevant gewesen, weil beide Firmen beim Erstellen der Abgebote von denselben Voraussetzungen ausgegangen und auch gleich behandelt worden sei-

en. Da das Angebot der Beschwerdeführerin in allen Wertungskategorien schlechter ausgefallen sei als dasjenige der Zuschlagsempfängerin, sei die Beschwerde aussichtslos.

Weiter seien die Anbieterinnen bereits anlässlich der Angebotspräsentationen vom 18./19. Juni 2007 auf mögliche Varianten hingewiesen worden. Spätestens nach dem trilateralen Treffen mit Z._____ vom 26. Juni 2007 sei klar gewesen, dass das Gesamtpaket voraussichtlich durch Z._____ geliefert werde. Beiden Anbieterinnen sei die Gelegenheit gegeben worden, Offertergänzungen bis anfangs August 2007 einzureichen. Am 24. Juli 2007 sei denn auch eine Offertergänzung der Beschwerdeführerin eingegangen. Es seien jedoch darin keine Einsparungen in Bezug auf den Softwareentwicklungsaufwand ausgewiesen worden. Es widerspreche dem Gebot von Treu und Glauben, infolge nicht mehr zutreffender Annahmen eine zu hohe Offerte abzugeben und im späteren Wissen, dass die Zuschlagsempfängerin einen tieferen Preis geboten habe, diese Argumentation im Rechtsmittelverfahren vorzubringen. Es sei im übrigen zeitlich dringend und es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse, dass möglichst rasch mit der Herstellung der Simulatoren begonnen werden könne. Schliesslich äusserte sich die Vergabestelle auch zum Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin.

G.
In der Beschwerdeergänzung vom 12. November 2007 macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, dass am 1. November 2007 im Rahmen eines Debriefings eine technische Auswertung präsentiert worden sei. Dabei sei der Eindruck entstanden, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin aufgrund der älteren und nicht der jüngeren von beiden Eingaben bewertet habe. Es seien wenige oder keine sachliche Mängel an ihrem Angebot dargelegt worden. Sie glaube auch, dass insbesondere „Soft Factors“ wie die Art und Weise der Angebotsabgabe und der Präsentation und somit nicht harte materielle Fakten zu einer schlechteren Bewertung geführt hätten. Im weiteren bemängelte die Beschwerdeführerin verschiedene schlechtere Bewertungen im Vergleich zum Angebot der Zuschlagsempfängerin.

H.
Mit Verfügung vom 7. Dezember 2007 brachte der Instruktionsrichter die Stellungnahmen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu den prozessualen Anträgen sowie die Beschwerdeergänzung der Beschwerdeführerin den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis. Er setzte der

Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin Frist zur Stellungnahme zur Beschwerdeergänzung der Beschwerdeführerin an. Zudem wurde die Vergabestelle aufgefordert, mitzuteilen, ob und allenfalls welche Teile des Evaluationsberichtes samt Beilagen und des Inhaltsverzeichnisses der amtlichen Akten von der Akteneinsicht auszunehmen seien und allenfalls durch Abdeckung modifizierte Unterlagen einzureichen.

I.
Mit Eingabe vom 18. Dezember 2007 beziehungsweise 19. Dezember 2007 nehmen die Zuschlagsempfängerin und die Vergabestelle ausführlich zur Beschwerdeergänzung Stellung und halten an ihren Anträgen fest.

J.
Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen und eingaben wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

1.1 Beim angefochtenen Akt handelt es sich um eine Zuschlagsverfügung. Es gilt zu prüfen, ob diese Verfügung unter den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) fällt. Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind, alle übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11; Art. 1 Bst. b) geregelt.

Das BoeB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BoeB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BoeB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist.

1.1.1 Dem BoeB unterstehen als Auftraggeberinnen die allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung und die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten (Art. 2 Abs. 1 Bst. a-c BoeB). Bei der Vergabebehörde, der armasuisse (vormals Gruppe Rüstung), handelt es sich um eine Verwaltungseinheit des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (Art. 3 i.V.m. Art. 12 f. der Organisationsverordnung vom 7. März 2003 für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport [OV-VBS, SR 172.214.1]) und somit um eine Auftraggeberin der allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB. Diese ist zudem in der Liste der Vergabestellen des Bundes gemäss Anhang 1 Annex 1 ÜoeB ausdrücklich aufgeführt (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG [BRK 2002-004], publiziert in: VPB 66.86, E. 1a).

1.1.2 Unter einem Lieferauftrag im Sinne des BoeB ist ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf zu verstehen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a BoeB).

Das BoeB ist nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den massgebenden Schwellenwert ohne Mehrwertsteuer erreicht (Art. 6 Abs. 1 BoeB). Bei Lieferungen beträgt der Schwellenwert für das Jahr 2007 Fr. 248 950.- (Art. 1 Bst. a der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007, AS 2006 5611).

1.1.3 Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Lieferauftrag, nämlich die Entwicklung, die Herstellung und die Lieferung je eines EC 635 und AS 532 (Cougar) Simulators.

Die Offertsumme der Zuschlagsempfängerin überschreitet den für die Anwendbarkeit des BoeB massgebenden Schwellenwert von Fr. 248 950.- deutlich.

1.1.4 Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB ist das BoeB nicht anwendbar für die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee. Diese Bestimmung setzt Art. XXIII Ziff. 1

ÜoeB um. Danach sind die Signatarstaaten berechtigt, zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen in Bezug auf die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder in Bezug auf für die nationale Sicherheit oder die Landesverteidigung unerlässliche Beschaffungen Massnahmen zu treffen oder Auskünfte zu verweigern, soweit sie dies für erforderlich erachten.

Die Ausnahme gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB ist namentlich mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzungen des BoeB in Bestätigung der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen eng auszulegen (vgl. Zwischenentscheid vom 15. Juli 1997 [BRK 10/97], publiziert in: VPB 62.32 I, nicht publizierte Erwägung 1d; Entscheid vom 22. September 2004 im Verfahren BRK 2004-007, E. 1b mit Hinweisen).

1.1.4.1 Bei Helikoptersimulatoren handelt es sich weder um Waffen oder Munition, noch kommt ihnen Kriegsmaterialqualität zu (vgl. Art. 5 des Kriegsmaterialgesetzes vom 13. Dezember 1996 [KMG, SR 514.51] i.V.m. Art. 2 und Anhang 1 der Kriegsmaterialverordnung vom 25. Februar 1998 [KMV, SR 514.511]), weshalb das Beschaffungsrecht grundsätzlich auf die Beschaffung dieser Simulatoren Anwendung findet.

Der Anhang I Annex 1 zum ÜoeB enthält eine Liste über ziviles Material für Verteidigung und Zivilschutz, das unter das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen fällt. Es handelt sich hierbei um eine Positivliste, d.h. dass die armasuisse als Vergabestelle nur insoweit vom ÜoeB erfasst wird, als der Gegenstand der Beschaffung in dieser Positivliste enthalten ist (VPB 66.86 E. 1a; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 128).

1.1.4.2 In den Positivlisten im Anhang 1 des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979 haben sich die Mitgliedstaaten auf zwei Arten von internationalen Waren-Klassifikationen gestützt: auf die Federal Supply Classification (Vereinigte Staaten, Kanada, Japan) und auf die Nomenklatur des Rates für die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens [NRZZ] (Schweiz, Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Schweden). Demnach ist für die Auslegung der schweizerischen Positivliste des GATT-Kodexes von 1979 wie des ÜoeB vorderhand auf die NRZZ abzustellen. Es ist indessen zu berücksichtigen, dass die NRZZ am 1. Januar 1988 durch das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren (HS) ersetzt

wurde. Die Klassifizierung des HS stützt sich im weitesten Sinn auf die NRZZ ab; z.B. verschwand aber beim Übergang vom NRZZ zum HS das Kapitel 98 („verschiedene Waren“), das im Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB wiederum enthalten ist.

Das HS wird von den einzelnen Staaten nicht nur zur Ausarbeitung ihrer nationalen Zolltarife übernommen, sondern auch zur Gewährung von Zugeständnissen bezüglich Waren im Rahmen von internationalen Handelsabkommen, insbesondere mit der WTO. So ist die Schweiz dem Internationalen Übereinkommen vom 14. Juni 1983 über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren (SR 0.632.11) beigetreten, welches für sie am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist. Vor dem 1. Januar 1988 basierte der schweizerische Zolltarif auf der Klassifizierung der NRZZ. Nach dem 1. Januar 1988 und mit dem Inkrafttreten des HS resultierte eine Anpassung des schweizerischen Zolltarifs (vgl. Art. 9 des Zolltarifgesetzes vom 9. Oktober 1986 [ZTG, SR 632.10]).

Auch die Schweiz verwendet ihren Zolltarif nicht nur im Hinblick auf die Verzollung von Waren, sondern auch zur Festlegung ihrer internationalen Verpflichtungen in Bezug auf Waren im Rahmen von Handelsabkommen (vgl. Botschaft vom 22. Oktober 1985 betreffend das Internationale Übereinkommen über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren sowie über die Anpassung des schweizerischen Zolltarifs [BBl 1985 III S. 360-362, 370]). Somit stützen sich die Konzessionslisten, wie sie von der Schweiz im Zusammenhang mit den verschiedenen GATT Abkommen von 1979 im Rahmen der Tokyo-Runde (vgl. Genfer Protokoll [1979] zum Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Juni 1979 [SR 0.632.231]) und insbesondere dem GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979 hintergelegt wurden, auf den dazumal gültigen schweizerischen Zolltarif, der seinerseits auf der internationalen Nomenklatur der NRZZ basiert.

Bei der Annahme der WTO-Übereinkommen anlässlich der Uruguay Runde im Jahre 1994 kam es unter den Mitgliedstaaten im Rahmen des GATT 1994 zu Neuverhandlungen, welche auf der Nomenklatur des HS fussten (vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen [GATT-Botschaft 1] vom 19. September 1994, BBl 1994 IV, S. 144, Ziff. 2.2.2.5). Indessen hat die Schweiz ihre Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoeB nicht dem HS angepasst, son-

dern die Liste gemäss GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen von 1979 unverändert übernommen. Da sich diese Liste auf die NRZZ stützte, hat sich eine Auslegung der Positivliste des GATT-Kodexes von 1979 wie auch des ÜoeB auf die Nomenklatur der NRZZ zu beziehen.

Heute kann die NRZZ noch indirekt beigezogen werden über den Schweizerischen Zolltarif, wie er 1979 in Kraft war. So entsprechen bei den Positionen mit vier Ziffern des Zolltarifs die ersten zwei Ziffern jedem Kapitel der NRZZ. Weiter entsprechen die Positionen mit vier Ziffern den Unterpositionen innerhalb jedes Kapitels. Der schweizerische Zolltarif von 1979 ist grösstenteils wiedergegeben in der schweizerischen Konzessionsliste (Anhang zum_Genfer Protokoll [1979] zum Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen [Liste LIX – Schweiz], SR 0.632.231; vgl. zum Ganzen: Entscheid vom 27. März 2003 im Verfahren BRK 2003-005, E. 3e).

1.1.4.3 In der fraglichen Positivliste sind unter Kapitel 88 die Luftfahrzeuge (Ausnahme ex 88.02: Flugzeuge; nachzusehen unter: Anhang I des Übereinkommens vom 12. April 1979 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.421) explizit erwähnt. Da Bodengeräte zur Flugausbildung (siehe: http://xtares.admin.ch/ [unter Tarifnummer 8805]) unter den Oberbegriff Luft- oder Raumfahrzeuge (Tarifnummer 88) fallen, untersteht die Beschaffung der hier in Frage stehenden Helikoptersimulatoren dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

Das BoeB ist daher im vorliegenden Fall anwendbar.

1.2 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBl 2001 4393). Nach der Praxis der Rekurskommis-

sion für das öffentliche Beschaffungswesen hat je nach Bedeutung des Falles deren Präsident oder der Spruchkörper in Dreier- oder gar Fünferbesetzung über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung befunden (vgl. nur die Zwischenentscheide in den Verfahren 008/06 vom 17. Februar 1997 und BRK 2001-014 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 61.24 bzw. 66.37). Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als lex specialis zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass Art. 39 Abs. 2 VGG verletzt wird, wenn ausnahmsweise nicht nur zwei, sondern alle drei Richter des Spruchkörpers im Rahmen der Erhebung von Beweisen mitwirken. Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB) wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2; Zwischenentscheid im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: Martin Beyeler, Baurecht 2/2007, S. 86). Insbesondere wollte der Gesetzgeber damit auch nicht den Rechtsunterworfenen vor einer möglichen Dreier- oder gar Fünfer-Besetzung schützen. Entsprechend ist den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 1. November 2007 der Beizug der Richter des Spruchkörpers mitgeteilt worden unter Ansetzung einer Frist für die Einreichung allfälliger Ausstandsbegehren.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin ohne weiteres im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 1.3; BGE 125 II 86 E. 4).

Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge ist daher einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die Fragen der aufschiebenden Wirkung und der Akteneinsicht.

2.
Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren.

2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu 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 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, 2. Auflage, Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich auf eine "prima-facie" Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens massgeblich. Dass der Gesetzgeber im BoeB 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 (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5865/2007 vom 3. Dezember 2007 E. 2.1; Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; Evelyne Clerc, L' ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 884; Martin Beyeler, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90 mit Hinweisen).

2.2 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, so ist die anbegehrte 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 erwähn-

ten Interessenabwägung zu befinden. Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei zum Vornherein ein erhebliches Gewicht zu (BVGE B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3 mit Hinweisen). Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis auch die Interessen der Beschwerdeführerin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2; Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 2b, veröffentlicht im Internet unter: http://www.reko-efd.ch/de/brk/entscheide/index.htm; zuletzt besucht am 6. Februar 2008).

3.
Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, es sei bei ihr anlässlich des Debriefings vom 1. November 2007 der Eindruck entstanden, die Kritikpunkte der Vergabestelle am Angebot der Beschwerdeführerin würden sich mit Ausnahme des Kriteriums der Datenbasispräsentation nur auf das erste Angebot vom 13. November 2006 und nicht auch auf dasjenige vom 31. Mai 2007 beziehen. Eine solche Vorgehensweise sei als krasser Mangel im Zuschlagsverfahren zu werten.

3.1 Nachdem die Offertstellerinnen am 14. November 2006 ihre Angebote zu den EC 635 & AS 532-Simulatoren eingereicht hatten, lud sie die Vergabestelle zu einer weiteren Angebotsabgabe ein. Die Vergabestelle begründete diese Abgebotsanfrage in ihrer Vorinformation vom 15. Februar 2007 mit neuen Erkenntnissen. Diese beträfen den Zeitplan AS 332 M1 Super Puma Upgrade, die Datenbeistellungen und gewünschte Simulatorkonfigurationen. Am 18. bzw. 20. April 2007 orientierte die Vergabestelle die Offertstellerinnen je anlässlich eines Meetings über die Abgebotsrunde. Am 30. April 2007 erliess die Vergabestelle die kommerziellen Bedingungen und Erläuterungen zur Angebotsanfrage. Die Vorgehensweise der Vergabestelle ist einleitend kurz zu würdigen.

3.1.1 Die Frage, inwieweit ein Projekt nach der Ausschreibung geändert werden darf, kann mit Blick auf die aktuelle Gesetzgebung Rechtspraxis und Literatur nicht eindeutig beantwortet werden (vgl. zur ganzen Problematik Peter Rechsteiner, Erkenntnisgewinn im Verfahren-darf man klüger werden?, in: Baurecht Sonderheft 2006, S. 35 ff.).

Das ÜoeB sieht diesbezüglich in Art. XIV Ziff. 4 Bst. b immerhin die grundsätzliche Möglichkeit von Änderungen der Kriterien und technischen Anforderungen innerhalb von Verhandlungen vor. Demgegenüber beinhalten weder das BoeB noch die VoeB explizit Bestimmungen zur Änderung der Grundlagen von laufenden Vergabeverfahren.

Ausgehend vom Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot hält beispielsweise das Bundesgericht eine nachträgliche Projektänderung in seinem Urteil 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 4c als unzulässig. Zu beurteilen hatte das Bundesgericht den Fall, in welchem eine Vergabestelle nach der Offertöffnung einseitig auf eine im offenen Verfahren ausgeschriebene, wertmässig untergeordnete Position verzichtete und diese Position im Leistungsverzeichnis strich. Es erachtete das Leistungsverzeichnis als Teil der Ausschreibungsunterlagen und (auch) für den Auftraggeber verbindlich. Demgegenüber stützte das Bundesgericht in seinem Urteil 2P.282/2002 vom 11. Juni 2003 einen Entscheid der Vergabestelle (und des kantonalen Verwaltungsgerichts), nachträglich zwei Auftragspositionen zu streichen, weil diese durch die Auftraggeberin selbst ausgeführt werden sollten. Diese Streichung bewirkte eine Änderung bei der aus der Beurteilung entstandenen Rangfolge der Offerten.

Einem generellen Abänderungsverbot des Leistungsverzeichnisses steht beispielsweise Hubert Stöckli kritisch gegenüber (vgl. dessen Publikation: Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in BR 2002, S. 3 ff.). In die gleiche Stossrichtung zielt ebenfalls das Waadtländer Verwaltungsgericht, welches in einem Urteil vom 4. Juli 2003 (publiziert in: BR 2004 S. 70) die Auffassung vertrat, die Vergabebehörde könne auch nach Ablauf des Eingabetermins das Leistungsverzeichnis mit Bezug auf untergeordnete Punkte erweitern. Dabei sei das Einverständnis aller Anbietenden erforderlich. Diese müssten sodann die Möglichkeit haben, ihr Angebot nochmals vollständig, nicht nur bezüglich des zusätzlichen Teils, neu zu berechnen und diese neue Offerte einzureichen.

Je nach Grösse der Änderung von Auftragsumfang, Anforderungen oder Zuschlagskriterien im Rahmen eines Vergabeverfahrens sind folgende Varianten denkbar:

- kleine Änderungen sind gestützt auf Art. XIV Ziff. 4 Bst. b ÜoeB und im Rahmen von Verhandlungen möglich;

- ev. sind auch grössere Änderungen möglich (höhere Reizschwelle), wenn das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot strikt eingehalten werden und die Anbieter die Möglichkeit haben, ihr Angebot noch einmal vollständig zu berechnen;

- Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens bei wesentlicher Projektänderung gemäss Art. 30 Abs. 3 VoeB.

3.1.2 Im Rahmen einer prima facie-Würdigung und ohne sich bereits grundsätzlich zur Frage zu äussern, in welchem Ausmass eine Änderung von Kriterien und technischen Anforderungen seitens der Vergabebehörde möglich ist, erachtet das Bundesverwaltungsgericht die Vorgehensweise der Vergabestelle in casu als zulässig.

3.1.2.1 Die Projektänderung war einerseits sachlich geboten, da die vom Parlament bestimmte Höhe des Beschaffungskredits unterhalb des Betrages lag, welcher von der Vergabestelle für die Beschaffung der beiden Simulatoren budgetiert worden war. Entsprechend sah sich die Vergabestelle veranlasst, nach Möglichkeiten zu suchen, um innerhalb des vom Parlament bewilligten Kredites zu bleiben.

3.1.2.2 Grundlage für die zweite Angebotsanfrage vom 30. April 2007 bildete weiterhin die Angebotsanfrage vom 8. Juni 2006. Entsprechend blieben die Technischen Anforderungen weitestgehend unverändert gültig. Die Änderungen betrafen lediglich einzelne taktische Manöver gemäss A._____, die elektrische Bewegungs- und Vibrationsplattform, welche zumindest als Option angeboten werden solle, das Projektionssystem V._____ der Firma R._____, zwei Konfigurationsänderungen bezüglich des TH89/06 Hubschraubers. Schliesslich konnten die beiden Offertstellerinnen auf die Beschaffung der Flugdaten bei der Firma Z._____ verzichten, da die armasuisse plante, die Flugdaten selber zu erfliegen und bereitzustellen.

Die Vergabestelle hielt ausdrücklich fest, dass für die Auswertung weiterhin die Zuschlagskriterien inkl. Gewichtung gemäss der ersten Angebotsanfrage gelten würden. Zusätzlich zum Technischen Teil des ersten Angebots würden nur die erwähnten Änderungen ausgewertet und bewertet.

Daraus wird ohne weiteres nachvollziehbar, dass in technischer Hinsicht den Angaben der ersten Angebotsanfrage vom 8. Juni 2006 weiterhin grosses Gewicht zukam.

Da sich die Projektänderung weder derart im Auftragswert niederschlug, dass ein aufgrund der Schwellenwerte höherstufiges Verfahren zu wählen gewesen wäre, noch dass dadurch eine Ausweitung des potentiellen Anbieterkreises zu erwarten war (zumal es sich um ein selektives Verfahren und um einen sehr spezifischen Markt [Hubschraubersimulatoren] handelt), noch eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich zog oder sich grundsätzlich auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter auswirkte, ist von einer unwesentlichen Projektänderung auszugehen (vgl. zum Ganzen HUBERT STÖCKLI, a.a.O., S. 11). Entsprechend war die Vergabestelle auch nicht verpflichtet, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen (Art. 30 Abs. 3 VoeB).

3.1.2.3 Es sind im weiteren keine Gründe ersichtlich, noch werden solche geltend gemacht, dass allein durch die Angebotsanfrage vom 30. April 2007 die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens verletzt worden wären. Einerseits wurden beide im Rahmen der Präqualifikation ermittelten Anbieterinnen gleichermassen über die zweite Angebotsanfrage informiert. Dies geschah mit Schreiben der Vergabestelle an die Offertstellerinnen vom 15. Februar 2007, mit Meeting vom 18. bzw. 20. April 2007 sowie mit der Abgabe der kommerziellen Bedingungen und Erläuterungen zur Angebotsanfrage vom 30. April 2007. Die beiden Anbietenden hatten sodann die Möglichkeit, innert derselben Frist (31. Mai 2007) eine überarbeitete Offerte einzureichen.

3.1.2.4 An der Präsentation vom 26. Juni 2007 gab die Firma Z._____ der Vergabestelle und den Anbieterinnen bekannt, dass sie nicht Daten für die Erstellung der Simulationsprogramme, sondern ein Gesamtpaket fertiger Programme zur Verfügung stellen werde.

Die Beschwerdeführerin rügt, dies stelle eine erhebliche Abweichung im Vergleich zu den ausgeschriebenen technischen Spezifikationen dar, was ebenfalls eine erhebliche Änderung des Angebots in technischer und finanzieller Hinsicht zur Folge haben müsse. Da die Vergabestelle den Anbieterinnen nicht die Möglichkeit gewährt habe, die Angebote zu überprüfen und allenfalls anzupassen, habe sie ihren Zuschlagsentscheid auf eine veraltete technische Ausgangslage

gestützt.

Mit dieser Argumentationsweise übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle bereits in der Angebotsanfrage vom 8. Juni 2006 (Beilage I: Bedingungen an das Angebot, Ziff. 1.3.1) darauf hingewiesen hat, dass die Beschaffung von Hubschrauberdaten dem Simulatorhersteller obliege. Dabei müsse der Anbieter den Ursprung des für den Simulator verwendeten Datenpaketes gegenüber der Vergabestelle offen legen. Diese ziehe zwei Möglichkeiten in Betracht: Entweder werde das Helikopter Datenpaket (unter Offenlegung des Umfanges und Preises des Datenpaketes an die Vergabestelle) durch den Simulatorhersteller bei Z._____ beschafft oder das Helikopter Datenpaket werde ganz oder teilweise durch armasuisse erflogen und dem Simulatorhersteller zur Verfügung gestellt.

Spätestens nach dem Treffen mit Z._____ vom 26. Juni 2007 war klar, dass Z._____ nicht nur Daten für die Erstellung der Simulatorprogramme sondern fertige Programme zur Verfügung stellen würde. Es wäre sodann an der Beschwerdeführerin gelegen, einen Minderaufwand betreffend Softwareentwicklung spätestens in ihrer ergänzenden Eingabe vom 24. Juli 2007 darzulegen. Indem sie sich erst nach dem für sie ungünstigen Vergabeentscheid vom 5. Oktober 2007 veranlasst sah, einen solchen Minderaufwand geltend zu machen und eine neue Kalkulation zu verlangen, verstösst sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 420 ff.).

4.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei beim Debriefing der Eindruck entstanden, dass insbesondere „Soft-Factors“ wie die Art und Weise der Angebotsabgabe und die Demonstration der Datenbasis zu einer schlechteren Bewertung ihres Angebots geführt hätten.

Die Vergabestelle führt in ihrer Vernehmlassung vom 19. Dezember 2007 aus, „Soft-factors“ hätten keinen Einfluss auf die Evaluation gehabt. Auf entsprechende Mängel der Offerte sei im Rahmen des Debriefings nur ergänzend hingewiesen worden, um der Beschwerdeführerin Anhaltspunkt für eine Verbesserung ihrer Offerten in zukünftigen Vergabeverfahren zu geben.

Diese Ausführungen der Vergabestelle werden mit Blick auf die Nutzwertanalyse bestätigt. Daraus ist ersichtlich, dass für die Offertpräsentationen und die Angebotsqualität der beiden Anbieterinnen keine Punkte vergeben wurden.

5.
Weiter bringt die Beschwerdeführerin Rügen im Zusammenhang mit der Datenbasis und dem Bildgenerator vor. Aufgrund der schlecht bewerteten Datenbasis seien offenbar auch Abzüge beim Bildgenerator gemacht worden. Dies sei nicht statthaft, da der Bildgenerator unabhängig von der Datenbasis zu bewerten sei.

Die Vergabestelle führt diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung aus, die Datenbasis der Beschwerdeführerin sei als eher schlecht bewertet worden. Dies habe jedoch keine Auswirkungen auf die Bewertung des Bildgenerators gehabt. Im Gegenteil habe die Demonstration vom 6. März 2007 die aufgrund der technischen Daten in der Offerte herrschenden positiven Erwartungen bezüglich des Bildgenerators bestätigt.

Der Evaluationsbericht und die Nutzwertanalyse bestätigen die Befürchtungen der Beschwerdeführerin nicht, wonach die schlecht bewertete Datenbasis zu Abzügen bei der Bewertung der Leistungsfähigkeit des Bildgenerators geführt hätte. So wird im Evaluationsbericht festgehalten, dass die Bildgeneratoren der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin die Anforderungen erfüllten, so dass sich in diesem Bereich keine eindeutige Präferenz ergebe. Die Punktedifferenz beträgt denn in diesem Bereich gemäss Nutzwertanalyse auch nur einen Punkt (Beschwerdeführerin: 17.50; Zuschlagsempfängerin: 18.50 Punkte).

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass ihr eine weitere Präsentationsmöglichkeit hätte gewährt werden sollen, da die Demonstration vom 6. März 2007 unglücklich verlaufen sei. Dies umso mehr als der Zuschlagsempfängerin eine zusätzliche Demonstration zugebilligt worden sei.

Die Vergabestelle hat die Datenbasis der Beschwerdeführerin schlechter bewertet (EC 635:12.75 Punkte; AS 532: 12 Punkte) als diejenige der Zuschlagsempfängerin (EC 635: 21 Punkte; AS 532: 19.75 Punkte). Sie bemängelte die Musterdatenbank der Beschwerdeführerin, da beispielsweise die Bebauungsdichte viel kleiner als bei der

Zuschlagsempfängerin gewesen sei. Auch seien nicht alle Landschaftsdaten in die Musterbank eingeflossen.

Der Vorinstanz kann gefolgt werden, wenn sie in ihrer Vernehmlassung ausführt, dass eine zusätzliche Demonstration der Projektionsqualität das schlechte Abschneiden der Beschwerdeführerin im Bereich der Datenaufbereitung nicht hätte kompensieren können.

Grund für die „zweite Präsentation“ der Zuschlagsempfängerin war der Umstand, dass ihr Bildgenerator vorher noch nie mit dem V._____-Projektionssystem gekoppelt worden war. Diese Prüfung diente der Risikoeinschätzung und war entsprechend auch kein Beurteilungskriterium in der Nutzwertanalyse. Unbestrittenermassen bestand das Risiko einer Inkompatibilität der Bildgeneratoren der Beschwerdeführerin mit den Projektoren nicht, da die Kompatibilität bereits in realisierten Projekten nachgewiesen war. Entsprechend erübrigte sich eine weitere Prüfung, zumal sie nicht als weitere Demonstration der Musterdatenbasis ausgelegt war.

Das Vergaberecht kennt denn auch keinen Anspruch auf allfällige Wiederholung einer misslungenen Präsentation. Im Gegenteil ist die Korrektur von Mängeln der eingereichten Angebote mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz im allgemeinen nicht vereinbar (BR 4/2003, S. 156, Nr. S48). Ohnehin hatte die Beschwerdeführerin für die Vorbereitung der Demonstration eineinhalb Monate mehr Zeit als die Zuschlagsempfängerin.

5.2 Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vergabestelle mehrere im Rahmen der Angebotspräsentation am 18. Juni 2007 vorgeführte Demo-Videos mit überarbeiteten Datenbasen nicht in die Bewertung habe einfliessen lassen.

Diese Vorgehensweise der Vergabestelle ist als rechtmässig anzusehen. Einerseits wurde in den kommerziellen Bedingungen und Erläuterungen zur Angebotsanfrage vom 30. April 2007 festgehalten, welche Änderungen zusätzlich zur ersten Angebotsanfrage vom 8. Juni 2006 ausgewertet und bewertet würden. Eine Neubewertung der Datenbasen war nicht vorgesehen. Andererseits wurde in der Angebotsanfrage vom 8. Juni 2006 unter Ziff. 3.4 „Muster-Datenbasis“ von den Anbietern verlangt, dass mit Hilfe der in Anlage XII gelieferten Daten eine Musterdatenbasis erstellt werden solle, welche die Vergabestelle nach Ein-

reichung der Angebote in einem Simulator beurteilen wolle. Eine Beurteilung der Datenbasis allein auf einem Bildschirm anhand eines Videos wurde nicht vorgesehen. Eine nachträgliche und einseitige Berücksichtigung der Demo-Videos mit den überarbeiteten Datenbasen wäre zudem mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbaren.

6.
Die Beschwerdeführerin bezweifelt im weiteren eine gleiche Bewertung der Anbieterinnen im Bereich Projektionssystem.

Die Vergabestelle räumt im Rahmen des Schriftenwechsels ein, dass sie anlässlich einer Nachprüfung festgestellt habe, dass die Beschwerdeführerin irrtümlicherweise um gesamthaft 5 Punkte schlechter bewertet worden sei als die Zuschlagsempfängerin. Da beiden Angeboten dasselbe Projektionssystem zugrunde liege, sei dieses auch gleich zu bewerten. Entsprechend reduziere sich der punktemässige Vorsprung der Zuschlagsempfängerin von 68.41 auf 63.41 Punkte.

Die Nutzwertanalyse zeigt in Bezug auf das Kriterium Projektionssystem folgendes Bild:

EC 635 Simulator:
- Zuschlagsempfängerin: 20.5 Punkte
- Beschwerdeführerin: 14.5 Punkte

Differenz: 6.0 Punkte

EC 532 Simulator: (mit Hinweis: dito EC635)
- Zuschlagsempfängerin: 20.5 Punkte
- Beschwerdeführerin: 16.5 Punkte

Differenz: 4.0 Punkte

Die Beschwerdeführerin wurde folglich im Bereich „Projektionssystem“ mit insgesamt 10 Punkten schlechter bewertet. Diese Punkte sind ihr gewichtet (50 %) zu erteilen, weshalb sich der punktemässige Vorsprung der Zuschlagsempfängerin von 68.41 auf 63.41 Punkte reduziert.

7.
Die Beschwerdeführerin rügt desweiteren eine gegenüber der Zuschlagsempfängerin schlechtere Bewertung auf Grund des Umstands, dass ein Seiteneinstieg ins Cockpit nicht angeboten worden sei. Dieses Kriterium dürfe nicht zu einer Abwertung führen, da ein solches in der Bewertungsmatrix weder explizit noch implizit genannt worden sei.

7.1 Um dem Transparenzprinzip zu genügen, sind alle Zuschlagskriterien vorgängig und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien sind dabei klar zum Ausdruck zu bringen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 611 ff. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung). Dieser Grundsatz verlangt jedoch nicht die vorgängige Bekanntmachung der Unterkriterien, welche lediglich die publizierten Zuschlagskriterien konkretisieren, diesen jedoch bereits inhärent sind. Ob die Unterkriterien den publizierten Zuschlagskriterien inhärent sind, ergibt sich dabei aus den Gesamtumständen des entsprechenden Auftrags, namentlich aus der Gesamtheit der Ausschreibungsunterlagen (BR 4/2003, S. 154, Nr. S40, Urteil des Bundesgerichts 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 2.3).

7.2 Anlässlich der ersten Angebotsanfrage gab die Vergabestelle die Zuschlagskriterien inklusive Gewichtung bekannt (Beilage IV vom 30. Mai 2006). Unter Zuschlagskriterium D3 wurde die "Zugänglichkeit" mit einer Gewichtung von 1 % aufgeführt. In den Anforderungen (Beilagen II vom 11. Mai und 25. Juli 2006) ist unter Ziffer 6.3 Bst. f explizit aufgeführt "If possible, the access to the cockpit should be possible as in the real helicopter (via the side doors)". Aus den Ausschreibungsunterlagen liess sich somit ohne weiteres entnehmen, dass als Unterkriterium zum Zuschlagskriterium "Zugänglichkeit" ein Seiteneinstieg ins Cockpit erwünscht war.

8.
Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich die im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin schlechtere Bewertung des Qualitätsmanagements. Die von der Zuschlagsempfängerin vorgelegte DIN-ISO 14001-Zertifizierung sei in der Ausschreibung nicht verlangt worden. Mit den von der Beschwerdeführerin dargelegten Standards DIN-ISO 9001, CMMI SCAMPI B und die AQAP-Übereinstimmung seien alle in der Ausschreibung geforderten Nachweise erfüllt worden. Ihr Angebot sei

somit nicht schlechter zu bewerten als dasjenige der Zuschlagsempfängerin.

8.1 Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, dass in der ersten Angebotsanfrage vom 30. September 2005 (SHAB Nr. 190) als zweites Eignungskriterium, eine Zertifizierung nach ISO 9001 oder einem äquivalenten Qualitätssicherungssystem verlangt wurde. Bezüglich Zuschlagskriterien wird jedoch unter Ziff. 3.7 auf die Unterlagen verwiesen.

Wie die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin zu Recht geltend machen, wurde in diesen Unterlagen ein Qualitätssystem gemäss ISO 9001 und ISO 14001 verlangt. In Beilage VI vom 8. Juni 2006 "Quality Management Concept" wurde in Ziff. 1.2 unter "Requirements to be met by the Bidder" festgehalten: "The bidder maintains a quality Management system according to ISO 9001 & ISO 14001".

Bei der Norm ISO 14001 handelt es sich um die Festlegung weltweit anerkannter Anforderungen an ein Umweltmanagementsystem und folglich um ein Umweltschutzkriterium. Die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten (auch als Mehreignung), welche sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken oder diese betreffen, ist unbestritten (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 598).

8.2 Nach Art. 31 BoeB kann im Beschwerdeverfahren die Unangemessenheit nicht gerügt werden. Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise (Nachweis finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit) sowie bei der Bewertung der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Eine besondere Zurückhaltung hat es sich auch bei der Beurteilung von Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien aufzuerlegen, da diese häufig besondere technische Kenntnisse voraussetzt, stets einen Vergleich mit anderen Offerten verlangt und unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente enthält. Das Bundesverwaltungsgericht hat nur einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; Entscheide der BRK vom 22. März 2004 und vom 30. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4 d/aa; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 284 und 403).

Bei der anschliessenden Beurteilung, ob Offerenten technische Spezifikationen im konkreten Fall erfüllen oder nicht, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung, zumal es darum geht, Probleme vorwiegend technischer Natur zu berücksichtigen. Es greift daher nur ein, wenn diese Beurteilung sachlich nicht nachvollziehbar ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 919).

8.3 Der Umstand, dass die Vergabestelle die von der Zuschlagsempfängerin vorgelegte Zertifizierung nach ISO 14001 höher gewichtete als die von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Qualitätsmanagement geltend gemachten Standards, ist nachvollziehbar. Jedenfalls kann damit keine Ermessensüberschreitung durch die Vergabestelle nachvollziehbar begründet werden.

9.
Aus den Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den angeblichen Abzügen betreffend Layout, Unvollständigkeit des Angebots und Darstellungsfragen, lässt sich nichts zu ihren Gunsten ableiten, da diesbezüglich weder aus der Nutzwertanalyse noch aus dem Evaluationsbericht Punktabzüge ersichtlich sind. Wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung zwar einräumt, wurden diese Punkte im Debriefing teilweise bemängelt, jedoch nicht bewertet beziehungsweise seien diesbezüglich keine Punktabzüge erfolgt.

10.
Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer prima-facie-Würdigung zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass die Vergabestelle den Anspruch der Anbieterinnen auf Gleichbehandlung oder das Transparenzgebot verletzt hätte.

Angesichts des Resultats der vorgenommenen prima-facie- Würdigung der materiellen Rechtslage ist hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Rückweisung des Beschaffungsobjekts an die Vergabestelle, damit diese nach Abgabe einer Neukalkulation durch die Anbieter neu über die Offerten entscheide, eine negative Prognose zu stellen. Dies in dem Sinne, als dass sich die Beschwerde in Anbetracht der verbleibenden grossen Punktedifferenz als offensichtlich unbegründet erweist, zumal die Gesamtkosten des Projektes der Beschwerdeführerin auch über dem vom Parlament bewilligten Kredit liegen. Daraus folgt,

dass das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist.

11.
Angesichts des Resultats der vorgenommenen prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage kann der Beschwerde kaum Erfolgschancen zuerkannt werden. Entsprechend kann dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Offenlassung der Interessenabwägung (vgl. E. 2.2) nicht entsprochen werden. Mit diesem Entscheid fällt die Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2007 dahin, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden war.

12.
Die Beschwerdeführerin stellt weiter den Antrag, es sei ihr Akteneinsicht in die notwendigen Informationen nach Art. 23 Abs. 2 BoeB zu gewähren.

12.1 In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden (BGE 115 V 297 E. 2d). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Bst. d BoeB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24 E. 3a). So besteht für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.120 E. 1 f.; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 759). In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht (Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2c) festgehalten, dass das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten habe (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, a.a.O., E. 6a mit Hinweisen).

12.2 Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind vorliegend alle Akten und Unterlagen, welche für den hier zu treffenden Entscheid nicht wesentlich sind (vgl. Art. 23 BoeB; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 6.2; Urteile des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 4.1.2, 2P.173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5 sowie 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.1).

12.3 Der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin ist demnach Einsicht in folgende Akten der Vergabestelle zu gewähren, welche entsprechend den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten in anonymisierter Form (von der Vergabestelle geschwärzt) abgegeben werden. Diese Aktenstücke (resp. Auszüge davon) werden, soweit nicht davon auszugehen ist, dass sie die Parteien bereits in Händen halten, der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin mit separater Post zugestellt. Im Einzelnen geht es um folgende Dokumente: Evaluationsbericht der Vergabestelle vom 2. Oktober 2007 und Resultate der Nutzwertanalyse vom 12. September 2007.

13.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Den Akteneinsichtsgesuchen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen. Eine Kopie der entsprechenden Schriftstücke wird der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin mit separater Post zugestellt.

3.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

4.
Diese Zwischenverfügung wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
- der Zuschlagsempfängerin (mit Gerichtsurkunde)
- der Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 193; mit Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 7. Februar 2008