Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1688/2010
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 19. Juli 2010

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Richter Claude Morvant,
Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

A._____ AG,
vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Rolf G. Rätz,
Bahnhofstrasse 11, Postfach, 3250 Lyss,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
Ressort Einkauf Bürotechnik / Informatik,
Fellerstrasse 15, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen - Projekt (940)
532 Dienstleistungen 2009 in der FUB - Los 5.

Sachverhalt:

A.
Das Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) stellte laut Ausführungen der Vergabestelle in der Stellungnahme vom 12. April 2010 seine Arbeitsplatz-PCs vom Betriebssystem Microsoft Windows XP auf Windows VISTA um. Damit verbunden waren zahlreiche Anpassungen der Fachanwendungen des VBS, der Server und der Netzwerke an das neue Betriebssystem, dessen Schnittstellen und Standards. Für die Verwirklichung der damit verbundenen Programme und Projekte benötigt die Führungsunterstützungsbasis (FUB), welche für das VBS unter anderem umfassende Dienstleistungen in den Bereichen Informationstechnologie und Telekommunikation erbringt, externe Fachkräfte. Diese sollen über Arbeitsplätze bei der FUB verfügen und ihre Arbeitskraft für eine gewisse Zeit für die Bedarfsstelle einsetzen.

Da die Zuschläge und die darauf gestützten Verträge für diese externen Fachkräfte zum Teil gegen Ende März 2010 ausliefen, schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL; nachfolgend: Vergabestelle) für die FUB im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 196 vom 9. Oktober 2009, unter dem Projekttitel "Projekt (940) 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB" einen Dienstleistungsauftrag (andere Dienstleistungen Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten) in einem offenen Verfahren aus. Die Ausschreibung umfasste insgesamt 40 Teilaufträge (Lose), die sich in Bezug auf die Anforderungen und Einsatzgebiete unterschieden. Sie richtete sich an Unternehmen der Informations- und Telekommunikationsbranche (IKT).

Mit dem vorliegend interessierenden Los 5 wurde 1 Profil "Information Systemarchitekt als technischer Projektleiter" gesucht, der in den Jahren 2010 bis Ende 2012 für 3'500 Stunden bei der FUB in Bern eingesetzt werden soll.

B.
Zum Los 5 wurden insgesamt 11 bewertbare Angebote bei der Vergabestelle eingereicht. Nach erfolgter Evaluation wurde der Zuschlag an die B._____, auf SIMAP.CH am 25. Februar 2010 publiziert, welche 2'779 Punkte und somit 99 Punkte mehr erhielt als die auf dem 2. Rang plazierte A._____ AG (Beschwerdeführerin). Die

Vergabestelle begründete die Punktabzüge bei der Beschwerdeführerin vor allem damit, dass bei einigen Positionen die notwendige Qualität aus den eingereichten Profilunterlagen nicht hervor gehen würden, zumal auch keine Nachweise mittels Referenzen Dritter vorlägen.

C.
Gegen den Zuschlagsentscheid erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. März 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

> "1. Der Zuschlag gemäss Meldungs-Nr. 460375 vom 25. Februar 2010 sei vollumfänglich aufzuheben und die Vergabestelle anzuweisen, den Zuschlag neu zu vergeben.
>
> 2. Die Vergabestelle sei gerichtlich anzuweisen, die Eingabe der Beschwerdeführerin (Angebot vom 13. November 2009) neu zu bewerten.
>
> 3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die zuständige Behörde sei anzuweisen, für die Dauer des Beschwerdeverfahrens von einem Vertragsabschluss mit dem berücksichtigten Anbieter abzusehen.
>
> Der Beschwerde sei sofort und superprovisorisch, d.h. ohne vorgängige Anhörung der übrigen Verfahrensbeteiligten, die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Anschliessend zeigt die Beschwerdeführerin im einzelnen auf, weshalb ihrer Auffassung nach die Punktabzüge der Vergabestelle nicht gerechtfertigt seien. Des Weiteren habe die Vergabestelle keine Drittreferenzen einverlangt, sondern habe ausdrücklich auf Projektreferenzen hingewiesen. Derartige Projektreferenzen habe die Beschwerdeführerin umfangreich, detailliert und unter Nennung der jeweiligen Auftraggeber beigelegt. Daraus sei ersichtlich, dass die geforderte Qualität ausgewiesen sei. Die Punktabzüge aufgrund des Fehlens von Drittreferenzen seien nicht gerechtfertigt.

D.
Mit superprovisorischer Anordnung vom 18. März 2010 untersagte der Instruktionsrichter der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Mit Zwischenverfügung vom 19. März 2010 wurde die Vergabestelle aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. April 2010 die vollständigen Akten einzureichen und innerhalb der

gleichen Frist zum Antrag der Beschwerdeführerin betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 24. März 2010 eine anonymisierte Version der Beschwerdeschrift und der Beilagen einzureichen.

Mit Eingabe vom 23. März 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein anonymisiertes Exemplar der Beschwerdeschrift samt Beilagen ein.

Mit Verfügung vom 25. März 2010 wurde der Zuschlagsempfängerin die Gelegenheit gegeben, bis zum 12. April 2010 zum Antrag der Beschwerdeführerin betreffend aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen und sich gegebenenfalls als Gegenpartei zu konstituieren.

E.

Die Vergabestelle nahm mit Vernehmlassung vom 12. April 2010 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung und stellte folgende Anträge:

"1. Auf die Beschwerde und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen.

3. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, sofern und soweit darauf einzutreten ist.

4. Es sei der Beschwerdegegnerin (recte: Beschwerdeführerin) nur insoweit Einsicht in die Akten zu gewähren, als der Einsichtnahme keine Amtsgeheimnisse oder Berufs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter entgegenstehen.

5. Es sei der Beschwerdegegnerin als vorsorgliche Massnahme vorweg und bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung per sofort zu gestatten, die Leistungen gemäss Zuschlag von der bisherigen Leistungserbringerin vorläufig zu beziehen.

6. Im Falle dass die aufschiebende Wirkung bestätigt wird, sei die Ermächtigung gemäss Antrag 5 zum Bezug der Leistungen bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache zu erteilen.

Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin."

Die Vergabestelle führt unter anderem aus, es werde kontrovers diskutiert, ob der Verleih von Fachkräften und die entsprechenden Verträge dem BöB zu unterstellen seien. Die Vergabestelle sei aus

Gründen der Vorsicht von einer unterstellten Tätigkeit ausgegangen. Sei das BöB auf die streitige Beschaffung nicht anwendbar, bestehe keine Beschwerdemöglichkeit, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre. Werde trotzdem auf die Beschwerde eingetreten, so sei diese als aussichtslos einzustufen. Bezüglich der Bewertung der Angebote sei darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle selbst bei einer Differenz von einem Punkt oder im Promillebereich keine Wahl habe, welchem der beiden Angebote der Zuschlag zu erteilen sei, da dieser an das wirtschaftlich günstigste zu erfolgen habe. Unbegründet sei auch der Vorwurf der willkürlichen Bewertung, zumal die Punktabzüge für fehlende Nachweise nicht wegen fehlender Drittreferenzen erfolgt seien, sondern weil das verlangte Merkmal nicht aufgeführt oder nicht nachvollziehbar dargelegt worden sei. Schliesslich würden bei einer Interessenabwägung die Interessen an einer Beschaffung gegenüber den Interessen der Beschwerdeführerin überwiegen. Die FUB benötige den mit dem Los gesuchten IT-Systemarchitekten umgehend, da ansonsten die Armee und die Verwaltung viele ihrer Anwendungen für die tägliche Arbeit auf der neuen Plattform wegen Inkompatibilitäten nicht mehr oder nur mit Einschränkungen und mit gravierenden Sicherheitsmängeln betreiben könnten.

Den Antrag auf unverzügliche Ermächtigung der Vergabestelle zum vorläufigen Bezug der Leistungen bei der bisherigen Leistungserbringerin bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung begründet die Vergabestelle vor allem mit dem Erfordernis der Weiterführung der laufenden Projekte. Damit solle das Funktionieren der Informatikstruktur gewährleistet bzw. bestehende Sicherheitsrisiken geschlossen werden. Im übrigen seien diejenigen Akten von der Akteneinsicht auszunehmen, die im Verzeichnis entsprechend gekennzeichnet seien.

F.

Innert erstreckter Frist stellte die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 20. April 2010 die Rechtsbegehren, der prozessuale Antrag Ziff. 5 der Vergabestelle sei abzuweisen, und es sei ihr vollumfänglich Einsicht in die Beweismittel/Beilagen der Vergabestelle zu gewähren und eine neue Frist zur Vervollständigung der Stellungnahme einzuräumen. Sie bestreite, dass eine Verzögerung der vorliegend zu beurteilenden Arbeiten um einige Monate zu einer Gefährdung der Landessicherheit führen könne, zumal es ausschliesslich um Verwaltungsarbeitsplätze des VBS gehe.

G.
Gestützt auf die sich bietende Aktenlage und in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 21. April 2010 den Antrag der Vergabestelle gut und ermächtigte diese, sofort und bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung die Leistungen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der in Frage stehenden Verwaltungsinformatik von der bisherigen Leistungserbringerin vorläufig weiter zu beziehen. Der weitergehende Bezug von Leistungen wurde demgegenüber einstweilen untersagt.

H.
Mit Verfügung vom 22. April 2010 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle unter anderem auf, zu begründen, weshalb das von ihr eingereichte Aktenverzeichnis von der Einsichtnahme auszunehmen sei. Im Schreiben vom 26. April 2010 teilte die Vergabestelle mit, dass sie keine Einwände mehr gegen die Einsichtnahme der Bescherdeführerin in das Aktenverzeichnis habe. Gleichzeitig reichte sie ein bereinigtes Aktenverzeichnis ein.

I.
Mit Eingabe vom 27. April 2010 stellte die Beschwerdeführerin die Anträge, es sei auf Stufe Armeeführung eine offizielle und rechtsgültige Bestätigung einzuholen, ob eine Unterbrechung des Leistungsbezugs bzw. die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu einer Gefährdung der Sicherheit des Landes führe.

J.
Am 29. April 2010 wurde der Beschwerdeführerin unter anderem Einsicht in das Aktenverzeichnis der Vergabestelle und in die Akten, die unbestrittenermassen der Einsicht zugänglich waren, gewährt. Gleichzeitig wurde den Parteien Gelegenheit geboten, Schlussbemerkungen zum Stand des Verfahrens abzugeben.

Mit Schreiben vom 3. Mai 2010 beantragte die Beschwerdeführerin eine zweiwöchige Fristerstreckung und Einsicht in diverse weitere Akten der Vergabestelle.

Gestützt auf die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Mai 2010 nahm die Vergabestelle am 11. Mai 2010 zum erweiterten

Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin Stellung. Sie beantragte unter anderem, dass über eine weitere Akteneinsicht frühestens mit dem Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden sei. Zudem sei der Beschwerdeführerin nur insoweit Akteneinsicht zu gewähren, als der Schutz geheim zu haltender Angaben vor Offenlegung gewährleistet sei.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 beantragte die Beschwerdeführerin eine weitere Fristerstreckung um zwei Wochen und wiederum Einsicht in diverse Akten.

Das Bundesverwaltungsgericht wies das Gesuch der Beschwerdeführerin um eine weitergehende Akteneinsicht mit Zwischenverfügung vom 20. Mai 2010 vorerst ab und gewährte letztmalig eine Erstreckung der Frist.

K.
Mit Eingaben vom 27. Mai 2010 reichten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vergabestelle ihre Schlussbemerkungen zum aktuellen Stand des Verfahrens ein.

L.
Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die Eintretensvoraussetzungen der vor ihm hängigen Rechtsmittel mit freier Kognition von Amtes wegen (BVGE 2007/6 E. 1, m.w.H.). Es ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen zuständig, die auf das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) oder die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) gestützt sind (Art. 27 Abs. 1 BöB) und in diesem Rahmen auch für Gesuche über die aufschiebende Wirkung von Beschwerden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Die Beschwerdeführerin hat ein solches Gesuch gestellt. Das Verfahren bestimmt sich nach dem Bun-

desgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB, Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.2 Als Teil der Bundesverwaltung untersteht die Vergabestelle dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 25. Februar 2010, aber nach Veröffentlichung der Ausschreibung vom 9. Oktober 2009, sind am 1. Januar 2010 einige Änderungen des BöB und der VöB in Kraft getreten. Abweichend vom Grundsatz, dass die Rechtmässigkeit einer Verfügung im Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen ist (BGE 125 II 598 E. 5e/aa, m.w.H.), stellt eine besondere Übergangsbestimmung der VöB auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung, nicht der Zuschlagsverfügung, ab (Art. 72b Bst. a VöB). Auch auf dem BöB unterstehende Beschaffungen ist diese Übergangsbestimmung anwendbar (Art. 2 Abs. 1 VöB, vgl. auch Art. 37 BöB). Im vorliegenden Fall wurde die Ausschreibung vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung veröffentlicht, weshalb das BöB und die darauf gestützte VöB in ihrer am 9. Oktober 2009 geltenden, früheren Fassung anzuwenden sind.

1.3 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen 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 (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BoeB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 131), 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, Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 1.3 und B-743/2007 vom

31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, Baurecht 2/2007, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren, welches die Anfechtung eines Zuschlags zum Gegenstand hat, ist nach dem Gesagten der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

2.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB).

Das BöB nennt keine Kriterien für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist in einem ersten Schritt in einer *prima-facie*-Würdigung der materiellen Rechtslage zu befinden, ob die Beschwerde nach den vorliegenden Akten offensichtlich unbegründet erscheint. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerden hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, ist in einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckung sprechen, die Gründe für die gegenteilige Lösung überwiegen (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. Aufl. Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, 2. Aufl. Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen vorsah, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung der Frage als notwendig erachtete (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-5865/ 2007 vom 3. Dezember 2007 E. 2.1 und B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.1, m.w.H.). Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids ist dabei zum Vornherein ein erhebliches Gewicht zuzuerkennen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 1.3 B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2, m.w.H.). Einzubeziehen sind aber auch die Interessen der Beschwerdeführer und allfällige private Interessen von Dritten, insbesondere der weiteren an der Beschaffung beteiligten Personen. Als Ausgangspunkt gelten, ins-

besondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422), die Postulate der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und der Verhinderung von Zuständen, die den Rechtsschutz illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2, m.w.H.).

3.
Damit sind zuerst *prima facie* die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde zu prüfen.

3.1 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 m.w.H.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, E. 1.2). Kann auf die Beschwerde *prima facie* nicht eingetreten werden, dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem prozessualen Antrag von vornherein nicht durch, und es erübrigt sich eine materielle Beurteilung und eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 3.1, m.w.H.).

3.2 Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist nur zulässig, wenn der angefochtene Zuschlagsentscheid in den Geltungsbereich des BöB fällt.

Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung "Projekt (940) 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB; Los 5: Profil "Information Systemarchitekt als technischer Projektleiter" ist unbestrittenermassen eine Dienstleistung.

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 ÜoeB. Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/ 2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3).

3.3 Das mit Los 5 gesuchte Profil soll in den Jahren 2010 bis Ende 2012 während 3'500 Stunden bei der FUB in Bern eingesetzt werden. Gemäss Angaben der Vergabestelle gehört Folgendes zu den Haupt-

aufgaben eines IT-Systemarchitekten: Analysieren der Unternehmensstrategie und Ableiten von Vorschlägen für die ICT-Strategie, konzipieren und strukturieren der Architektur gemäss übergeordneten Standards und Vorgaben, dokumentieren der systemtechnischen Beschreibungen und Übersichten, erarbeiten und durchsetzen von Qualitätsstandards, durchführen von Audits und Reviews, vertreten bezüglich ICT-Strategie/-Architekturen in den Projekten, sowie Projektmanageraufgaben. Die Vergabestelle vertritt die Auffassung, dass mit den Zuschlagsempfängern ein Personalverleih-Vertrag und nicht ein Auftrag oder Werkvertrag abgeschlossen werde. Für den Personalverleih sei die Vereinbarung eines Stundenansatzes typisch sowie das Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes beim Einsatzbetrieb, die Weisungsbefugnis betreffend Leistungserbringung und das Fehlen jeglicher Garantie des Anbieters für erbrachte Leistungen. Entsprechend könnten die ausgeschriebenen Tätigkeiten unter den Personalverleih, nämlich unter die Dienstleistungskategorie 872 CPC "Services de placement et de fourniture de personnel" subsumiert werden. Da Dienstleistungen der Kategorie 872 CPC nicht im Anhang 1 Annex 4 zum ÜoeB enthalten seien, sei das BöB auf die streitige Beschaffung nicht anwendbar.

Unabhängig, ob der Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin als Personalverleihvertrag zu qualifizieren sein wird oder nicht, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die "Profil-"Mitarbeiter für die Bedarfsstelle gegen Entgelt Arbeitsleitungen im Informatikbereich zu erbringen haben. Die Vergabestelle wendet zwar zu Recht ein, dass sich der vorliegend zu beurteilende "Verleih" von Informatikfachspezialisten an die FUB unter vorübergehender Eingliederung in die Organisation der Auftraggeberin von den typischen zeitlich und sachlich begrenzten Informatikaufträgen unterscheide, welche regelmässig in Form eines Auftrags bzw. Werks erbracht würden.

Trotzdem erscheint *prima facie* die Zuordnung der fraglichen Dienstleistungen unter eine Kategorie der Klassifikationsnummer 84 der CPC "Informatik und verbundene Tätigkeiten" als sachgerecht, zumal die Vergabestelle selber "aus Gründen der Vorsicht" von einer unterstellten Tätigkeit ausgegangen ist, und sowohl die Ausschreibung als auch den Zuschlag mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat.

Solche Dienstleistungen werden vom Bundesbeschaffungsrecht ge-

mäss Anhang 1 Annex 4 ÜoeB und Anhang 1a Ziff. 7 VöB erfasst, soweit der Schwellenwert von Fr. 248'950.– nach der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 vom 27. November 2008 (AS 2008, 5955) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB erreicht wird, was vorliegend unstrittig der Fall ist. Es kann jedenfalls *prima facie* nicht davon ausgegangen werden, dass das BöB auf die streitige Beschaffung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht anwendbar und folglich auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre.

3.4 Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin 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). Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.

Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerde in materieller Hinsicht *prima facie* offensichtlich unbegründet erscheint.

4.1 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Kriterien, die der Sicherstellung der finanziellen, wirtschaftlichen und/oder technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter dienen, sind in der Ausschreibung als Eignungskriterien zu bezeichnen (Art. 9 Abs. 1 BöB). Eignungskriterien müssen auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen lauten und dürfen die Anbieter nicht mit Bezug auf ihre Herkunft diskriminieren (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.1.3, B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 4, B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.2, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3, m.w.H.; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 347 f. mit Hinweis, BEYELER, a.a.O., N. 107). Werden Referenzen verlangt, ist darauf zu achten, dass nicht in wettbewerbsbeschränkender Weise solche verlangt werden, die vom Auftragsvolumen her weit über die ausgeschriebene Leistung hinausgehen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 349). Trotz der "Kann"-Formulierung von Art. 9 Abs. 1 BöB gilt die Festlegung von Eignungskriterien als Pflicht (BEYELER, a.a.O., N. 285; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-

Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008 Marchés Publics 2008, Zürich 2008, S. 233 N. 47). Ihre ordnungsgemässe Bekanntgabe im Rahmen der Ausschreibung ist Ausfluss des Transparenzgebots (MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, N. 243; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 355). Eignungskriterien dienen damit zwar ebenso wie Zuschlagskriterien der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots (BEYELER, a.a.O., N. 286). Da sie sich nur auf die anbietende Person beziehen, werden sie aber, anders als Zuschlagskriterien, unabhängig vom offerierten Leistungspaket beurteilt. Eignungskriterien sollen Angebote herausfiltern, die sich wegen klaren, kategoriellen Unterschieden in der Eignung der anbietenden Person nicht mehr sachgerecht mit den übrigen Angeboten vergleichen lassen. Sie charakterisieren sich dadurch als zwingende Schwellenkriterien und als Vorfragen für die Anwendung von Zuschlagskriterien (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 347 ff.).

4.2 Nach ständiger Praxis verfügt die Vergabestelle bei der Wahl und der Anwendung von Eignungskriterien über einen breiten Ermessensspielraum (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.2, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1, B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.1; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 349, m.w.H.). Dass hohe Eignungsanforderungen im Lichte des erklärten beschaffungsrechtlichen Ziels, den Wettbewerb zu stärken (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB), problematisch sein können, ändert daran nichts. Unzulässig können namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende, anders lautende Interessen an ihrer Festlegung den wirksamen Wettbewerb unnötig behindern, indem sie Vorgaben machen, die nur von einem oder zwei Anbietern erfüllt werden können (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 242, 363).

4.3 Ein Anbieter, der schon die Festlegung der Eignungskriterien und nicht nur ihre Anwendung durch die Vergabestelle als rechtsfehlerhaft ansieht, hat diese Rüge bereits mit der Anfechtung der Ausschreibung und nicht erst gegen einen für ihn ungünstigen Zuschlagsentscheid geltend zu machen. Ist die Fehlerhaftigkeit für den Anbieter bereits aus der Ausschreibung ersichtlich, kann sie nach erfolgtem Zuschlagsentscheid nämlich nicht mehr gerügt werden (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3, m.w.H.; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in

Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 412). Auch gegen den Ausschluss vom Verfahren mangels Erfüllung eines Eignungskriteriums erfolgt eine solche Rüge damit verspätet.

4.4 Die Beschwerdeführerin rügt, obwohl sie ein günstigeres Angebot als beispielsweise die Zuschlagsempfängerin deponiert habe (CHF 472'500.– gegenüber CHF 570'500.–), sei ihr der Zuschlag trotzdem nicht erteilt worden. Gründe für die Nichtberücksichtigung seien die erheblichen Punktabzüge bei der Selbstdeklaration und dem Mitarbeiterprofil. Die Vergabestelle habe einerseits ein fehlendes Diplom in Betriebswirtschaft bemängelt und andererseits diverse fehlende Unterlagen/Nachweise, namentlich Drittreferenzen, beanstandet. Diese Beanstandungen seien unbegründet, zumal sich die Qualität des Mitarbeiters ohne weiteres aus den eingereichten Projektreferenzen ergebe.

4.4.1 Der Vergabestelle steht nicht nur bei der Wahl der Eignungskriterien (vgl. E. 4.2) und der Eignungsnachweise sondern auch bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf, zumal gemäss Art. 31 BoeB im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann. 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; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2). Namentlich steht die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung auch in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, im Ermessen der Vergabestelle (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4). Das Bundesverwaltungsgericht greift hier nur in den Spielraum der Vergabestelle ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 473).

Entsprechend kann, soweit die Beschwerdeführerin eine unangemessene Bewertung geltend macht, auf diese Rüge nicht eingegangen werden. Soweit die Beschwerdeführerin hingegen eine willkürliche Bewertung ihres Angebots rügt, ist darauf einzutreten.

4.4.2 In der Ausschreibung im SHAB Nr. 196 vom 9. Oktober 2010 wurden unter Ziff. 3.8 die verlangten Eignungsnachweise aufgeführt. Betreffend die Zuschlagskriterien wurde in Ziff. 3.9 auf die Unterlagen verwiesen. Gemäss Pflichtenheft ging die Vergabestelle bei der Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für das Los 05 hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen an die Leistung von maximal 1920 Punkten (57 %) und hinsichtlich des Preises von maximal 1450 Punkten (43 %) aus. Als Anforderungen wurde in Bezug auf das nicht monetäre Kriterium unter anderem verlangt, dass für jedes Profil, für das ein Angebot eingereicht werde, die vorgegebenen Exceltabellen (Selbstdeklaration) auszufüllen seien (Vorlage gemäss Beilage Zuschlagskriterien). Des Weiteren seien detaillierte Lebensläufe mit Foto sowie Diplomen wie auch Erfahrungs- und Kenntnisnachweise einzureichen. Die Exceltabellen (Selbstdeklaration) seien Bestandteil des Angebots und durch die Anbieterinnen unterzeichnet einzureichen. Schliesslich wurde darauf hingewiesen, dass das Evaluationsteam im Rahmen der Evaluation die Selbstdeklarationen aufgrund der eingereichten Lebensläufe, Diplome, Erfahrungs- und Kenntnisnachweise vergleichen werde. Unter Ziff. 8.1 Bst. C des Pflichtenhefts wurde noch einmal präzisiert, dass unter anderem Kopien von Diplomen, Zertifikaten, Erfahrungs- und Kenntnisnachweisen sowie Referenzen einzureichen waren.

4.5 Die Gründe für die im Vergleich zur Selbstdeklaration vorgenommenen Punktabzüge wurden der Beschwerdeführerin im Schreiben (Begründung) vom 28. Februar 2010 von der Vergabestelle kurz dargelegt. In der Stellungnahme vom 12. April 2010 setzte sich die Vergabestelle eingehend mit den Rügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien des Profils von C._____ auseinander. Die Punktabzüge begründet die Vergabestelle vor allem damit, dass sich in den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen keine oder keine hinreichend nachvollziehbaren Belege für die verlangten Merkmale hätten finden lassen.

4.5.1 Die Beschwerdeführerin gab sich im Angebot in der Selbstdeklaration für das Profil von C._____ 1880 Punkte (max. mögliche Punkte: 1920). Die Vergabestelle bewertete dieses Profil mit 1230 Punkten.

Die Vergabestelle weist beispielsweise betreffend das Zuschlags-

kriterium P6 "Fachausweis oder Diplom im Bereich Betriebswirtschaft" zu Recht darauf hin, dass der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Maturitätsabschluss Typus E nicht den verlangten diplomierten betriebswirtschaftlichen Ausbildungen gleichgestellt werden kann. Der entsprechende Punktabzug erscheint somit ohne Weiteres berechtigt.

Gleiches gilt für die Position P12 "Erfahrungen im Erstellen von Informationssystem-Strategien [DMS, CMS, GEVER, ECM]". Hier macht die Beschwerdeführerin nur eine Projektreferenz geltend. Für das Punktmaximum wären zumindest 2 verlangt gewesen.

Wegen diesen nach summarischer Prüfung offensichtlich begründeten Punktabzügen und den nachvollziehbaren Ausführungen der Vergabestelle hinsichtlich der weiteren umstrittenen Positionen, können der Beschwerde in materieller Hinsicht gestützt auf die vorliegenden Akten im Sinne einer *prima-facie*-Würdigung und unter Berücksichtigung des grossen Ermessensspielraums der Vergabestelle bei der Bewertung der Kriterien, trotz der knappen Punktedifferenz im Vergleich zur Offerte der Zuschlagsempfängerin, nur wenig Erfolgsaussichten beigemessen werden.

4.6 Da die Beschwerde aber dennoch nicht als offensichtlich unbegründet erscheint, ist für die Frage, ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist oder nicht, eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen.

4.6.1 Die Vergabestelle macht geltend, der mit dem Los 5 gesuchte IT Systemarchitekt werde für die Erarbeitung der "Neuen Infrastruktur-Architektur" benötigt. Ohne dieses Projekt könne die alte Basisplattform serverseitig nicht auf Windows Server 2008 migriert werden. Die für das VBS zuständige Sicherheitsbehörde IOS (Informations- und Objektsicherheit) habe die VISTA-Plattform und das dazugehörige Informatiksicherheits- und Datenschutzkonzept nur unter der Bedingung freigegeben, dass die aufgelisteten Restrisiken sofort angegangen würden. Entsprechend laufe die erteilte Ausnahmebewilligung Ende 2010 aus. Könne die Arbeit des IT Systemarchitekten nicht ohne Unterbruch weitergeführt werden, würden die Armee und die Verwaltung viele Anwendungen auf der neuen Plattform entweder nicht mehr betreiben oder nur mit Einschränkungen und mit gravierenden Sicherheitsmängeln betreiben können. Somit sei das

öffentliche Interesse an der Sicherheit des Landes durch die vorliegend zu beurteilende Beschaffung unmittelbar betroffen.

4.6.2 Die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gehen grundsätzlich dahin, durch Aufhebung der Zuschlagsverfügung die Chancen auf die Erteilung des Zuschlages und damit auf die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages zu wahren. Die Beschwerdeführerin substanziiert jedenfalls ihr Interesse an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht weiter, ausser dass sie bezweifelt, dass eine Verzögerung der zur Diskussion stehenden Arbeiten zu einer Gefährdung der Sicherheit des Landes führen könnte.

4.6.3 Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt eine besondere Dringlichkeit in dem Sinne, als der aktuelle Betrieb der Informatik sowie die laufenden Projekte und Programme der FUB weitergeführt werden können und damit die Funktionsfähigkeit der Informatik des VBS aufrecht erhalten werden kann. In diesem Sinne hat der Instruktionsrichter die Vergabestelle bereits superprovisorisch in Abweisung des anders lautenden Antrags der Beschwerdeführerin ermächtigt, Leistungen, die für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik erforderlich sind, einstweilen weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen.

Das VBS erfüllt verschiedene Aufgaben im sicherheits- und rüstungspolitischen Bereich und damit im Zusammenhang mit der Sicherheit der Schweiz. Hier ist bezüglich Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Nachweisbarkeit der Daten, höchste Informatiksicherheit geboten. Zudem stellt ein Plattformwechsel, wie er vorliegend im Gang ist, und somit ein gemeinsamer Betrieb von alten und neuen Infrastrukturen, grundsätzlich ein sicherheitstechnisches Risiko dar. Entsprechend schnell sollte folglich der Übergang geschehen. Dies um so mehr, als über 13'000 VBS-Arbeitsplätze von den Massnahmen betroffen sind. Diesen öffentlichen Interessen kommt ein erhebliches Gewicht zu.

4.6.4 Wegen den geringen Erfolgsaussichten und den erheblichen öffentlichen Interessen sind die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gemeinsam gewichtiger, als diejenigen die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Entsprechend ist das beantragte Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, damit das Vergabeverfahren fortgeführt und durch Er-

teilung des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu einem Abschluss gebracht werden kann.

4.7 Bei dieser im Rahmen der aufschiebenden Wirkung vorgenommenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde ist in aller Regel, wie auch im vorliegenden Fall, auf weitere Beweismassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 27. April 2010 beantragt, zu verzichten. Gestützt darauf, dass die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird, sind die Anträge Ziff. 7. und 8. in den Schlussbemerkungen der Vergabestelle vom 27. Mai 2010 abzuweisen. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf weitergehende Akteneinsicht wird nach Rechtskraft dieses Zwischenentscheids zurückzukommen sein.

5.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

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

2.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

3.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
- die Vergabestelle (Ref-Nr. 460375; Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise; A-Post).

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 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, angefochten werden.

Versand: 19. Juli 2010