



Abteilung II
B-421/2012

Urteil vom 8. April 2012

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Bernard Maitre, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt A. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
vertreten durch B. _____ und/oder C. _____,
Rechtsanwälte,
Vergabestelle.

Gegenstand

öffentliches Beschaffungswesen: Projekt (1155) 600 –
Zeiterfassungsterminals und Badges

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL, Vergabestelle) schrieb am 13. September 2011 unter dem Titel "(1155) 600 Zeiterfassungsterminals und Badges" einen Beschaffungsauftrag gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 30160000 "Magnetkarten" sowie 35125200 "Zeiterfassungssystem oder Einrichtung zur Arbeitszeiterfassung" im offenen Verfahren auf simap.ch aus. Den Leistungsschwerpunkt bilden die Lieferung von 155 Zeiterfassungsterminals sowie die Herstellung und Lieferung von 11'000 Badges für das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD). Zusätzlicher Bestandteil der Ausschreibung ist eine Option, deren Leistungsschwerpunkt in der Lieferung von 210 Zeiterfassungsterminals sowie 13'000 Badges für das EFD (8'000 Badges) und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD; 5'000 Badges) besteht. Neben der Lieferung von Terminals und Badges sind jeweils auch die Koordination und das Durchführen von Setup- und Inbetriebnahmearbeiten mit dem Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT) sowie Nachführungs- und Segmentierungsarbeiten hinsichtlich der Badges im Leistungsumfang enthalten. Gemäss den Angaben im Evaluationsbericht reichten fünf Firmen eine Offerte ein.

B.

Mit Schreiben vom 14. November 2011 ersuchte die Vergabestelle eine der Anbieterinnen, die X. _____ AG (Beschwerdeführerin), unter dem Stichwort "technische Spezifikationen", "die geforderte Anbindung der angebotenen Terminals über die Softwareprodukte exos und besicomm" zu bestätigen. Die Beschwerdeführerin antwortete darauf in einem Brief vom 17. November 2011, die Anbindung der Zeiterfassungsterminals geschehe mit der in ihrem Angebot enthaltenen Software *xAtlas*, welche über ein gültiges SAP-Zertifikat verfüge. Es sei keine Anbindung mit den Produkten *exos* oder *besicomm* möglich.

C.

Am 3. Januar 2012 veröffentlichte die Vergabestelle auf simap.ch den Zuschlag an die Y. _____ AG (Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 1'139'300.- (inkl. Option; exkl. Mehrwertsteuer), wobei sie folgende Begründung nannte: "Beste Erfüllung der gestellten Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen und wirtschaftlich günstigstes Angebot."

Dem Evaluationsbericht kann entnommen werden, dass das Angebot der Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen wurde, weil diese

auch nach der Angebotsbereinigung nicht alle geforderten technischen Spezifikationen bestätigen konnte. Weiter hält der Evaluationsbericht fest, das Angebot der Beschwerdeführerin sei jedoch noch zusätzlich nach allen Kriterien bewertet worden, woraus hervorgehe, dass dieses Angebot auch ohne den Ausschluss in der Gesamtbewertung nicht den ersten Rang erreicht hätte.

D.

Mit Eingabe vom 23. Januar 2012 focht die Beschwerdeführerin, welche eine Offerte zu einem Gesamtpreis von Fr. [...] (inkl. Option; exkl. MWST) eingereicht hatte, den Zuschlag beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Der Zuschlag sei aufzuheben.
2. Das Verfahren sei zur Neuurteilung mit verbindlichen Weisungen gemäss Begründung an die Vergabestelle zurückzuweisen.
3. Der Beschwerde sei, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Der Beschwerdeführerin sei volle Akteneinsicht zu gewähren und es sei ihr Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde anschliessend zu ergänzen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

Als Begründung macht die Beschwerdeführerin insbesondere geltend, wegen der gewählten Kriterien und Gewichtungen sei es praktisch vorgegeben gewesen, dass der Zuschlag trotz weit (um fast 38 %) höherem Preis an die Y._____ AG gehen würde. Gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung und Ziff. 2.1 des Pflichtenhefts bilde das Projekt "Standardisierung Zeitwirtschaft Bund" die Grundlage der Ausschreibung. Dieses Projekt basiere auf dem Beschluss des Informatikrates des Bundes (IRB) vom 24. September 2007, mit welchem verfügt worden sei, dass auch im Bereich der Zeitbewirtschaftung künftig nur noch SAP als Standard verwendet werden dürfe.

Gegenstand der Ausschreibung sei eine Hardware-Beschaffung (inkl. Durchführung der entsprechenden Setup- und Inbetriebnahmearbeiten). Die Anbindung der von der Beschwerdeführerin offerierten Zeiterfassungsterminals an das in der Bundesverwaltung standardisierte *ERP System SAP ECC 6.0* werde im Sinne von Ziff. 2.4 des Pflichtenhefts über die SAP-zertifizierte Kommunikationssoftware *SAP Connector 2.0 XAtlas* eines weltweit führenden Herstellers sichergestellt.

Aus sachlich nicht zu rechtfertigenden Gründen sei die Ausschreibung über das Erfordernis der SAP-Anbindung hinaus noch wesentlich stärker eingeschränkt worden. Anstatt jede Software zuzulassen, die gemäss Ziff. 2.4 des Pflichtenhefts die Anbindung an das SAP-System sicherstelle, seien ausschliesslich die zwei bereits im Einsatz befindlichen Produkte *exos* und *besicomm* zugelassen worden. Damit sei die Beschaffung förmlich auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten worden, und jegliche weiteren Anbieter seien faktisch ausgeschlossen worden.

Weder die Beschwerdeführerin noch die anderen Anbieter hätten davon ausgehen können und müssen, dass man die Beschaffung von hunderten von neuen Terminals davon abhängig machen würde, dass diese zwingend über die vorhandenen (alten) Treiber eines bestimmten Anbieters angebunden werden müssten.

Ferner beanstandet die Beschwerdeführerin die Gewichtung der Eignungs- und der Zuschlagskriterien. Schliesslich erhebt sie die Rüge der Vorbefassung.

E.

Durch Verfügung vom 24. Januar 2012 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, dass bis zu seinem Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 25. Januar 2012 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle, bis zum 10. Februar 2012 zum Antrag der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen und die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Verfahren einzureichen. Überdies bat es die Vergabestelle, bis zum 24. Februar 2012 eine Vernehmlassung in der Hauptsache einzureichen.

In derselben Verfügung gab das Bundesverwaltungsgericht der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit, bis zum 10. Februar 2012 zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zum 24. Februar 2012 in der Hauptsache Stellung zu nehmen. Dabei wies es die Zuschlagsempfängerin darauf hin, dass sie, insbeson-

dere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko, als eigentliche Gegenpartei behandelt werde, sofern sie im vorliegenden Verfahren formelle Anträge stelle.

Schliesslich hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, über den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr volle Akteneinsicht und anschliessend Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben, werde zu einem späteren Zeitpunkt befunden.

G.

Während sich die Zuschlagsempfängerin innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht äusserte, stellte das BBL in seiner Vernehmlassung vom 10. Februar 2012 zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung folgende Rechtsbegehren:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen.

Darüber hinaus stellte das BBL folgende prozessualen Anträge:

1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen.
3. Die im Aktenverzeichnis (separate Eingabe) speziell gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen.
4. Es sei kein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Zur Begründung hielt das BBL unter anderem fest, die Anbindung der zu beschaffenden Hardware an SAP müsse den bundesinternen Vorgaben an Sicherheit und IT-Architektur entsprechen. Die Geräte und die Offerte der Beschwerdeführerin erfüllten diese Vorgaben nach ihren eigenen Angaben nicht. Im Gegensatz den anderen vier Anbietern habe die Beschwerdeführerin auch nach einer Zusatzfrist im Rahmen der Angebotsbereinigung die Erfüllung aller technischen Spezifikationen nicht bestätigen können oder wollen, was zu ihrem Ausschluss geführt habe.

Die Beschwerdeführerin habe eine Variante zum ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand offeriert. Ein Angebot für den "Amtsvorschlag", das den Vorgaben der Ausschreibung entspreche, habe sie jedoch nicht eingereicht. Varianten seien zudem ausdrücklich ausgeschlossen gewe-

sen. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei gleichwohl bewertet worden, mit dem Resultat, dass es in der Gesamtbewertung ohnehin nicht den ersten Rang erreicht hätte.

Die Rügen der Beschwerdeführerin wendeten sich nicht primär gegen die konkrete Beschaffung, sondern gegen den Standardisierungsentscheid zugunsten von SAP im Bereich der Zeitwirtschaft. Dieser Entscheid sei aber nicht Streitgegenstand einer vergaberechtlichen Beschwerde und könne vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden. Die vergaberechtlichen Rügen in der Beschwerde richteten sich gegen die technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen und nicht gegen die Bewertung des Angebots oder den Zuschlag. Diese Rügen erfolgten zu spät. Sie hätten bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung (und die Ausschreibungsunterlagen) geltend gemacht werden müssen. Auch die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Bewertung (einschliesslich der Preisbewertungsformel) seien bereits in den mit der Ausschreibung publizierten Ausschreibungsunterlagen veröffentlicht worden.

Was die Vermutung der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin könnte den Ausschlussgrund der Vorbefassung erfüllt haben, angeht, hält die Vergabestelle fest, die entsprechende Rüge sei unzutreffend.

H.

Mit separater Eingabe vom 10. Februar 2012 reichte die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht einen Ordner mit den vollständigen Akten des Vergabeverfahrens ein. Zusätzlich legte sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Ordner B mit Kopien der Verfahrensakten vor, welcher der Beschwerdeführerin zur Einsicht zur Verfügung gestellt werden könne. Ordner B enthalte diejenigen Dokumente nicht, die vom Akteneinsichtsrecht auszunehmen seien; bei denjenigen Dokumenten, die nur zum Teil vom Akteneinsichtsrecht auszunehmen seien, seien die nicht offenzulegenden Stellen geschwärzt.

I.

Durch Verfügung vom 14. Februar 2012 überliess das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 10. Februar 2012, deren separate Eingabe gleichen Datums, die Vernehmlassungsbeilagen sowie den Ordner B (alles in Kopie). Dabei hielt es fest, über eine weitergehende Akteneinsicht werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.

Gleichzeitig ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle in Abänderung von Ziff. 4 seiner Verfügung vom 25. Januar 2012, die Vernehmlassung in der Hauptsache auf die Fragen des Eintretens und der Vorbefassung zu beschränken. Ebenso bat es die Zuschlagsempfängerin in Abänderung von Ziff. 5 der Verfügung vom 25. Januar 2012, eine allfällige Stellungnahme in der Hauptsache auf die beiden genannten Fragen zu beschränken.

J.

Ihre auf die Fragen des Eintretens und der Vorbefassung beschränkte Vernehmlassung reichte die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht mit Datum vom 23. Februar 2012 ein. Dabei hielt sie an den in ihrer Eingabe vom 10. Februar 2012 gestellten Anträgen fest.

Mit Verfügung vom 27. Februar 2012 liess das Bundesverwaltungsgericht die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. Februar 2012 der Beschwerdeführerin zukommen, wobei es ihr Gelegenheit bot, sich bis zum 9. März 2012 dazu zu äussern. Gleichzeitig stellte es fest, dass sich die Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren nicht hatte vernehmen lassen.

Durch Verfügung vom 6. März 2012 erstreckte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin in teilweiser Gutheissung ihres Gesuchs vom 5. März 2012 die Frist zur Stellungnahme bis zum 16. März 2012. In ihrer Eingabe vom 16. März 2012 hielt die Beschwerdeführerin an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde vom 23. Januar 2012 vollumfänglich fest und beantragte "im Beweis", es sei ihr volle Akteneinsicht zu gewähren.

Mit Verfügung vom 20. März 2012 liess das Bundesverwaltungsgericht die Replik der Beschwerdeführerin vom 16. März 2012 dem BBL zukommen und gab ihm Gelegenheit, bis zum 2. April 2012 eine Duplik einzureichen. In seiner Duplik vom 2. April 2012 hielt das BBL an den in seinen früheren Eingaben gestellten Begehren und Anträgen fest.

K.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden 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; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

1.1. Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht unter gegebenen Voraussetzungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

1.2. Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss 5. Abschnitt des BöB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig gegen Beschaffungen, welche in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; BVGE 2008/61 E. 3.1 und 2008/48 E. 2.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

1.3. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

1.4. Der zu vergebende Auftrag besteht schwergewichtig in einer Lieferung (von Terminals und Badges), enthält aber auch eine Dienstleistungskomponente (Koordination und Durchführung von Setup- und Inbetriebnahmearbeiten; Nachführungs- und Segmentierungsarbeiten hinsichtlich der Badges). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a bzw. b BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a bzw. b der im Zeitpunkt des angefochtenen Zuschlags in Kraft stehenden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 1. April

2011 E. 1.3 mit Hinweis) Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 (AS 2011 5581) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrags den Schwellenwert (ohne MWST) von Fr. 230'000.- erreicht. Laut Publikation vom 3. Januar 2012 auf simap.ch (Ziff. 3.2) wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 1'139'300.- (exkl. MWST) erteilt. Gemäss Ziff. 3.2 und Ziff. 4.4 der Zuschlagspublikation setzt sich dieser Preis aus dem Grundangebot über Fr. 497'500.- und einer Option im Wert von Fr. 641'800.- zusammen. Demnach wird der für die Anwendbarkeit des BöB massgebliche Schwellenwert im vorliegenden Fall überschritten.

1.5. Gemäss Evaluationsbericht wurde die Beschwerdeführerin im Rahmen der Zuschlagserteilung ausgeschlossen. Als ausgeschlossene Anbieterin ist sie nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 1.1 und B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 1.4). 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).

1.6. Nach Art. 29 BöB gelten als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (BGE 130 I 241 E. 4.3; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 5.1; vgl. (betreffend Eignungskriterien) Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.3 mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen); dies gilt jedenfalls in dem Masse, wie Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar sind (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 mit Hinweisen; 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. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Ent-

scheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 3c/cc; vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 1. April 2011 E. 5.1).

1.7. Die Beschwerdeführerin wurde gemäss Evaluationsbericht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil ihr Angebot – was unbestritten ist – nicht alle geforderten technischen Spezifikationen erfüllt. Zu prüfen ist, ob es nach der oben (E. 1.6) dargestellten Praxis zulässig ist, dass die Beschwerdeführerin ihre sich gegen die ihrer Ansicht nach inadäquaten Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand und somit zumindest sinn-gemäss gegen den Ausschluss bzw. dessen Begründung richtenden Rügen erst im Rahmen einer Anfechtung des Zuschlags vorbringt.

1.7.1. In Ziff. 2.5 der Ausschreibung vom 13. September 2011 wird unter dem Titel "detaillierter Produktebeschrieb" Folgendes ausgeführt:

Grundlage bildet das Projekt "Standardisierung Zeitwirtschaft Bund" des EPA, welches auf dem IRB-Beschluss 2007-084-230 und dem Standard S002 basiert.

Das EFD hat sich entschieden, die Einführung der Zeitwirtschaft im Departement zentral zu koordinieren und zu steuern. Dazu wurde im Bereich Ressourcen / IKT des GS-EFD ein entsprechendes Projekt eingesetzt.

Aktuell werden im Departement EFD verschiedene Zeiterfassungsterminals und Badges eingesetzt, welche im Rahmen der Standardisierung der Zeitwirtschaft am Ende ihres Life-Cycles ersetzt werden sollen. Zukünftig wird über die Zeiterfassungsterminals nur noch die Präsenzzeiterfassung (Kommen/Gehen) erfolgen. Für die Schnittstelle zum SAP HCR (welches für die Personalwirtschaft in der Bundesverwaltung standardisiert ist) werden heute die Softwareprodukte exos der Firma Bridge sowie besicomm der Firma Besico AG eingesetzt, welche auch zukünftig für die Integration ins SAP genutzt werden sollen respektive die dazu notwendigen Dienstleistungen zur jeweiligen Einrichtung der Schnittstelle ins SAP HCR erbringen werden. Ebenfalls soll zukünftig die auf den heute verwendeten Badgekarten eingesetzte Technologie weiterverwendet werden. Die physische Integration der Zeiterfassungsterminals (Montage, Strom- und Netzanschluss) sowie das spätere Aufbringen zusätzlicher Spuren zwecks Einsatzerweiterung auf den gelieferten Badgekarten wird jeweils ausschliesslich durch das BBL, Bereich Bauten, vorgenommen.

1.7.2. Die Parteien äussern sich im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wie folgt:

1.7.2.1 Die Beschwerdeführerin erklärt, aufgrund der Formulierung "... auch zukünftig ... genutzt werden *sollen* ..." habe das Kriterium der Weiterverwendung der Softwareprodukte *exos* und *besicomm* für die Schnittstelle zum SAP HCR zunächst nicht als absolut zwingend betrachtet werden müssen, zumal es sich dabei auch um ein gänzlich untergeordnetes Element der Beschaffung handle. Für das Bindeglied zwischen der Hardware und dem SAP-Modul gebe es je nach Produkt verschiedenste Möglichkeiten. Im Pflichtenheft sei denn auch als Grundsatz nur generell festgehalten worden, die Anbindung der Zeiterfassungsterminals an das in der Bundesverwaltung standardisierte ERP-System SAP ECC 6.0 müsse sichergestellt werden.

Es sei zunächst nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, dass die Verwendung der *exos* / *besicomm* - Treiber ein absolutes Muss-Kriterium sei. In der Ausschreibung sei zwar erwähnt worden, dass die bestehenden Produkte auch in Zukunft eingesetzt werden sollten. Daraus habe aber nicht abgeleitet werden können, dass sämtliche Hardware, die nicht über diese Software angebunden werde, "vom Angebot ausgeschlossen" sei.

Dass die zwingende Beschränkung auf die beiden Produkte *exos* und *besicomm* in der Ausschreibung für die meisten Anbieter nicht erkennbar und vor allem nicht nachvollziehbar gewesen sei, zeige sich auch im Fragenkatalog. Ein grosser Teil der Fragen beziehe sich genau auf diese Problematik. Sei zunächst noch – harmlos – davon gesprochen worden, die bestehenden Produkte *sollten* auch weiterhin genutzt werden, sei in den Antworten festgehalten worden, die Anbindung der Terminals *müsse* über *exos* oder *besicomm* erfolgen. Eine andere Anbindung sei nicht möglich; auch eine direkte Koppelung an das SAP HCR sei ausgeschlossen, was ebenfalls eine unverständliche Einschränkung sei. Anlässlich des Debriefings sei dann sogar erklärt worden, es seien nur Angebote in Frage gekommen, die sowohl *exos* als auch *besicomm* verwenden könnten, was definitiv nur zu einem Anbieter geführt habe.

1.7.2.2 Die Vergabestelle erwidert, aus Ziff. 2.5 der Ausschreibung vom 13. September 2011 auf simap.ch ergebe sich eindeutig, dass die Anbindung der Terminals an SAP nicht über irgendeine allenfalls mögliche neue Variante erfolgen solle, sondern über die bestehende Middleware *exos* und *besicomm*, die einen zentralen Bestandteil der Sicherheitsarchitektur bilde. Der Beschwerdeführerin als Kennerin der Zeitbewirtschaftung in der Bundesverwaltung sei die Bedeutung dieser Anforderung aufgrund ih-

rer Stellung als bisherige Lieferantin und Gegnerin des Standardisierungsentscheides sehr wohl bewusst gewesen.

Insbesondere sei für alle interessierten Anbieter klar gewesen, dass die technischen Spezifikationen Muss-Kriterien seien, deren Nichterfüllung die Nichtberücksichtigung des Angebots zur Folge habe, dass die Anbindung der neuen Terminals an SAP ausschliesslich über *exos* bzw. *besicomm* erfolgen solle, dass die Besico AG und die Bridge Betriebsdaten AG die Integration der von den Anbietern zu liefernden Terminals in *exos* bzw. *besicomm* vornehmen würden und dass eine direkte Koppelung der Terminals an SAP HCR ausgeschlossen sei.

Die Beschwerdeführerin hätte ihre Rüge bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung (und die gleichzeitig publizierten Ausschreibungsunterlagen) geltend machen müssen. Zumindest hätte sie ihre Einwände vorher äussern müssen. Als Fachanbieterin für Zeiterfassungsterminals und -systeme kenne sie sowohl die IT-Architektur im Bereich der Zeitwirtschaft beim Bund als auch den Markt, die Konkurrenten und deren Produkte. Sie hätte daher die ihrer Ansicht nach fehlende Produktneutralität früher rügen müssen. Stattdessen habe sie die Vergabestelle nie auf die behaupteten Mängel hingewiesen. Im Gegenteil habe sie ein vorbehaltloses Angebot eingereicht. Damit habe sie ihr Beschwerderecht in diesem Punkt verwirkt.

Die Beschwerdeführerin rüge auch, dass die Bündelung der Beschaffung von Zeiterfassungsterminals und Badges die Zuschlagsempfängerin bevorzugt habe. Die Zusammensetzung des Beschaffungsgegenstandes habe sich aber ebenfalls bereits aus der Publikation der Ausschreibung ergeben. Ausserdem stehe es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie die verschiedenen Leistungen (Zeiterfassungsterminals und Badges) gesamthaft aus einer Hand beziehen möchte, Bietergemeinschaften und Subunternehmer zulasse oder den Bedarf in Losen ausschreibe. Bis zur Einreichung der Beschwerde habe die Beschwerdeführerin nie einen Einwand in Bezug auf die Bündelung von Badges und Terminals erhoben. Die Rüge der Beschwerdeführerin, diese Zusammensetzung habe sie benachteiligt bzw. Andere bevorzugt, erfolge daher ebenfalls zu spät.

1.7.2.3 In ihrer Replik vom 16. März 2012 ergänzte die Beschwerdeführerin unter anderem, bei der Ausschreibung habe in dieser Tragweite nicht erkannt werden können, dass mit der Beschaffung von Hardware, welche ausdrücklich nicht standardisiert werden solle, beabsichtigt worden sei,

die Einführung eines Standards für Middleware zu begründen. Es sei einem KMU-Betrieb auch schlichtweg nicht zuzumuten, bei jeder Ausschreibung danach zu fahnden, ob allenfalls irgendwo eine versteckte diskriminierende Spezifikation eingebaut worden sei, erst recht, wenn es sich dabei gar nicht um den eigentlichen Ausschreibungsgegenstand handle. Wer sich auf eine Ausschreibung hin bewerben wolle, müsse die Zeit nutzen, um eine gute Offerte zusammenzustellen.

1.7.2.4 Das BBL erklärte in seiner Duplik vom 2. April 2012 namentlich, abgesehen davon, dass es sich bei der fraglichen Spezifikation um ein technisches Muss-Kriterium handle, zu dessen Verständnis juristische Kenntnisse weder hilfreich noch erforderlich seien, entbehrten die Ausführungen der Beschwerdeführerin jeder Grundlage. Sie stünden auch in klarem Widerspruch zu deren Ausführungen in der Replik, wonach sie gewusst habe, dass ausser der Software-Anbieterin Bridge und der Zuschlagsempfängerin niemand die Anbindung über die beiden Produkte (*exos* und *besicomm*) offerieren konnte, die Beschwerdeführerin aber dennoch an der Ausschreibung teilgenommen habe.

Die Beschwerdeführerin habe weder nach der Publikation der Ausschreibung, noch in der Fragerunde oder in ihrem Angebot, ja nicht einmal im Schreiben vom 17. November 2011, als sie explizit auf die Erfüllung dieser Anforderung angesprochen worden sei, darauf hingewiesen, dass die geforderte Anbindung in ihren Augen unzulässig sei.

Ausschreibungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 und B-4366/2009 vom 15. März 2011 und vom 24. Februar 2010 E. 3.3 mit Hinweisen; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., 1. Bd., Zürich/Basel/Genf 2007, N. 534).

1.7.2.5 Basis der Argumentation der Beschwerdeführerin bildet das Verb "sollen" in folgendem Satz von Ziff. 2.5 der Ausschreibung: "Für die Schnittstelle zum SAP HCR (welches für die Personalwirtschaft in der Bundesverwaltung standardisiert ist) werden heute die Softwareprodukte *exos* der Firma Bridge sowie *besicomm* der Firma Besico AG eingesetzt, welche auch zukünftig für die Integration ins SAP genutzt werden *sollen* respektive die dazu notwendigen Dienstleistungen zur jeweiligen Einrichtung der Schnittstelle ins SAP HCR erbringen werden." Analysiert werden muss daher zunächst, welchen Sinngehalt dieses Verb – insbesondere im Kontext des zitierten Satzes – hat. Anschliessend ist zu prüfen, ob Be-

deutung und Tragweite dieses Satzes im Rahmen der Definition des Beschaffungsgegenstandes in Ziff. 2.5 der Ausschreibung zur Zeit der Bekanntgabe derselben ohne Weiteres erkennbar waren (vgl. oben E. 1.6).

1.7.2.6 Gemäss Duden online (duden.de) weist das Verb "sollen" namentlich folgende Bedeutungen auf: (a) die Aufforderung, Anweisung, den Auftrag haben, etwas Bestimmtes zu tun; (b) drückt einen Wunsch, eine Absicht, ein Vorhaben aus [...]; (c) drückt Unsicherheit, Zweifel, Ratlosigkeit aus; (d) drückt aus, dass ein bestimmtes Verhalten geboten ist oder gewünscht wird; (e) drückt aus, dass etwas Bestimmtes eigentlich zu erwarten wäre. Bedeutung (c), welche Unsicherheit, Zweifel oder Ratlosigkeit zum Ausdruck bringt, findet sich, wie der Duden ergänzt, besonders in Fragesätzen. Sie fällt hier ausser Betracht, wird in Ziff. 2.5 der Ausschreibung doch das Produkt, d.h. der Beschaffungsgegenstand, definiert. Alle anderen Bedeutungen drücken zumindest einen Wunsch, überwiegend aber eine Erwartung oder Anweisung im Sinne einer Vorgabe aus.

1.7.2.7 Schon das Verb "sollen" zeigt demnach an, dass die Vergabestelle weiterhin gerade die beiden Softwareprodukte *exos* von Bridge und *besicomm* der Besico AG nutzen wollte. Diese beiden Programme wurden in der Ausschreibung explizit erwähnt, andere hingegen nicht. Ebenso wenig wurde die Möglichkeit eingeräumt, (nicht namentlich genannte) äquivalente Alternativen anzubieten. Varianten wurden in Ziff. 2.8 der Ausschreibung sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Bekräftigt wird die Beschränkung auf die beiden Softwareprodukte schliesslich durch die Zukunftsform des Prädikats in der Schlusspassage des betreffenden Satzes ("erbringen werden"), denn damit wies die Vergabestelle auf einen vorgegebenen Umstand hin.

Zum gleichen Ergebnis führt im Übrigen offensichtlich auch die ebenfalls am selben Datum auf *simap.ch* publizierte Fassung von Ziff. 2.5 in französischer Sprache, die an Stelle des deutschen Verbes "sollen" "devront", somit unmissverständlich klar ein Futurum, verwendet:

Le présent appel d'offres se fonde sur le projet de standardisation de la gestion du temps de travail réalisé par l'OFPER sur la base de la décision 2007-084-230 du CI et de la norme S002.

Le DFF a décidé de centraliser la coordination et la direction de l'introduction de la gestion du temps de travail au sein du département. Le domaine Ressources (TIC) du SG-DFF a élaboré un projet dans ce but.

A l'heure actuelle, divers badges et terminaux d'enregistrement du temps de travail sont utilisés au sein du DFF. Ceux-ci seront remplacés à la fin de leur cycle de vie dans le cadre de la standardisation de la gestion du temps de travail. A l'avenir, les terminaux n'enregistreront plus que les heures de présence (heures d'arrivée et de départ). Sont actuellement utilisés pour l'interface avec SAP HCR (programme standardisé pour la gestion du personnel dans l'administration fédérale) les logiciels exos de l'entreprise Bridge et besicomm de l'entreprise Besico AG; ces produits devront continuer à servir à l'intégration dans SAP ou pour fournir les prestations nécessaires à la configuration de l'interface dans SAP HCR. Les nouveaux badges devront fonctionner avec la même technologie que les badges actuellement en service. L'installation physique des terminaux d'enregistrement du temps de travail (montage, raccordement à l'électricité et au réseau) ainsi que l'apport ultérieur de pistes supplémentaires sur les badges livrés en vue de l'extension de leur utilisation se feront exclusivement par le domaine Constructions de l'OFCL.

1.7.2.8 Die Beschwerdeführerin räumt in ihrer Replik vom 16. März 2012 selbst ein, dass sie, "weil" sie gewusst habe, "dass ausser der Software-Anbieterin Bridge (teilweise) und der mit Besico verbundenen Zuschlagsempfängerin Y. _____ niemand die Anbindung über die beiden Produkte anbieten konnte", "dennoch" an der Ausschreibung teilgenommen habe und "in guten Treuen" habe erwarten dürfen, "dass die Ausschreibung der Terminals und Badges nicht nur eine Alibi-Funktion hatte."

Mit anderen Worten lässt die Beschwerdeführerin durchblicken, dass ihr Bedeutung und Tragweite der zur Diskussion stehenden Spezifikationen des Beschaffungsgegenstandes durchaus frühzeitig bewusst waren.

1.7.3. Der hier zu Diskussionen Anlass gebende Text der Ausschreibung lässt somit ohne Weiteres erkennen, dass die Anbindung der neuen Terminals an SAP nach dem Willen der Vergabestelle ausschliesslich über *exos* und *besicomm* zu erfolgen hatte.

Diesbezügliche Rügen hätten daher auch von Beschwerdeführenden, die, anders als die Beschwerdeführerin als bisherige Lieferantin und Gegnerin des Standardisierungsentscheids, mit der Materie weniger vertraut wären, bereits gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen (vgl. oben E. 1.6).

Die sich allein auf die Unzulässigkeit dieser Anforderung stützende, gegen den Ausschluss bzw. dessen Begründung gerichtete Rüge der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren erweist sich somit als verspätet und damit verwirkt (vgl. oben E. 1.6).

1.8. Auf die Eingabe der Beschwerdeführerin ist daher mangels (rechtzeitiger) Rüge nicht einzutreten (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_848/2008 vom 8. Dezember 2008 und 1C_50/2007 vom 30. Mai 2007 Ziff. 3; vgl. ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Vol. II, Neuchâtel 1984, S. 915).

Unter diesen Umständen ist auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin ebensowenig einzugehen wie auf die verschiedenen noch offenen Anträge der Parteien, insbesondere diejenigen bezüglich aufschiebende Wirkung und Akteneinsicht. Sie werden mit dem vorliegenden Urteil hinfällig.

2.

Abschliessend ist noch über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen zu befinden.

2.1. Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes auf Fr. 2'000.- festzusetzen. Sie ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

2.2. Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vergabestelle (Ref-Nr. 1155; Gerichtsurkunde);
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post, auszugsweise).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. April 2012