Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-4852/2012

Zwischenentscheid

vom 15. November 2012

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Said Huber.

Parteien

C._____,
c/o A._____ und B._____,
(…),
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Güngerich
und Rechtsanwältin Anita Buri, Kellerhals Anwälte,
(…),
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
(…),
Vergabestelle,

und

Z._____,
(…),
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Mathis Berger,
Nater Dallafior Rechtsanwälte AG,
(…),
Zuschlagsempfängerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen
(Projekt […] X._____, Lieferauftrag/IT-Dienste
[…]).

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Publikation vom (…) 2012 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL, nachfolgend: Vergabestelle) auf www.simap.ch im offenen Verfahren einen Lieferauftrag nach GATT/WTO-Abkommen aus mit dem Titel "Projekt X._____" (Meldungsnummer […] – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, […]). Als "Bedarfsstelle" wurde das Bundesamt für O._____ aufgeführt, als "Beschaffungsstelle/Organisator" die Vergabestelle.

(…Projektbeschrieb gemäss Ausschreibung…).

A.b Bis zum (…) 2012 wurde den Anbietenden Gelegenheit gegeben, im dafür eingerichteten Forum auf www.simap.ch Fragen zu stellen.

A.c Am (…) 2012 reichten die Zuschlagsempfängerin und die als Kollektivgesellschaft organisierte Beschwerdeführerin ihre Angebote ein. Diese wurden von der fachzuständigen Bedarfsstelle, dem Bundesamt für O._____, vom (…) bis (…) 2012 evaluiert

A.d Am (…) 2012 führte die Vergabestelle mit den Anbietenden eine Angebotsbereinigung durch.

A.e Am (…) 2012 erhielten die Anbietenden, die für einen Zuschlag in Frage kamen, entsprechend der Ankündigung im Pflichtenheft Gelegenheit, ihr Angebot persönlich zu präsentieren.

A.f Am (…) 2012 führte die Vergabestelle mit den Anbietern zum Terminplan und zur Kalkulation der Preise Nachverhandlungen durch.

A.g Am (…) 2012 genehmigte die Vergabekommission des Bundes den Evaluationsbericht des Bundesamtes für O._____ und erteilte den Zuschlag.

A.h Dieser wurde am (…) 2012 auf www.simap.ch unter der Meldungsnummer (…) publiziert. Zum erfolgreichen Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde unter der Ziff. (…) vermerkt: "(…)".

A.i Nachdem die Beschwerdeführerin am (…) 2012 bei der Vergabestelle vorstellig geworden war, teilte diese ihr am (…) 2012 per E-Mail die Gründe für die Nichtberücksichtigung mit.

B.
Mit Eingabe vom (…) 2012, welche dem Bundesverwaltungsgericht am (…) 2012 zuging, focht die Beschwerdeführerin den Zuschlag mit folgenden Rechtsbegehren an:

> "1. Die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom (…) 2012 sei aufzuheben.
>
> 2. Der Beschwerdeführerin sei der Zuschlag zu erteilen. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung mit verbindlichen Weisungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Subeventuell sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung festzustellen.
>
> 3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
>
> 4. Der Beschwerdeführerin sei umfassende Akteneinsicht in die amtlichen Akten des Beschaffungsverfahrens zu erteilen.
>
> 5. Der Beschwerdeführerin sei nach erfolgter Akteneinsicht die Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Beschwerdebegründung einzuräumen, eventuell sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.
>
> Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Vorab wird gerügt, die knappen Informationen zu den meisten Zuschlagskriterien im verspätet zugestellten Debriefing erschwerten die Begründung und verunmöglichten eine stichhaltige Beweisführung, weshalb umfassende Einsicht in die amtlichen Akten zu gewähren sei. Zur beantragten aufschiebenden Wirkung führt die Beschwerdeführerin aus, ihr Interesse sei "grösser" als die übrigen Interessen.

Die Beschwerdeführerin beklagt eine Verletzung der Ausstandsvorschriften durch die Vergabestelle, eine unzulässige Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin, eine vergaberechtswidrig begründetes Debriefing, eine willkürliche Bewertung der Zuschlagskriterien und eine Verletzung des Grundsatzes der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Es bestehe der dringende Verdacht, dass die Vergabestelle einen vorgefassten Evaluationsentscheid getroffen habe.

C.

C.a Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der eingereichten Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung.

C.b Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin mitzuteilen, inwiefern die eingereichten Beilagen zur Beschwerde der Zuschlagsempfängerin gegenüber offengelegt werden könnten. Gleichzeitig wurden der Vergabestelle wie auch der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit eingeräumt, sich bis zum (…) 2012 zur beantragten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vernehmen zu lassen.

C.c Mit Schreiben vom (…) 2012 stellte die Beschwerdeführerin die Offenlegung bestimmter Beschwerdebeilagen ins Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts, soweit ihr spiegelbildlich in gleichem Umfang Akteneinsicht in die entsprechenden Akten der Zuschlagsempfängerin gewährt werde.

C.d Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 liess das Bundesverwaltungsgericht der Zuschlagsempfängerin die von der Beschwerdeführerin als unbedenklich bezeichneten Beschwerdebeilagen zukommen.

D.

Mit Stellungnahme vom (…) 2012 beantragt die Vergabestelle, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen. Ferner wird beantragt, der Beschwerdeführerin nur insoweit Akteneinsicht zu gewähren, als es der Geheimnisschutz erlaube (alles unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdeführerin). Ferner beantragt die Vergabestelle, es sei vorweg superprovisorisch festzustellen, dass es ihr gestattet sei, die Leistungen einstweilen von der Zuschlagsempfängerin zu beziehen; eventualiter sei die Sache an sie zurückzuweisen.

In ihrer Stellungnahme hält die Vergabestelle die vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin für offensichtlich unbegründet, weshalb das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen sei. Selbst wenn die Beschwerde Erfolgschancen hätte, spräche das überwiegende öffentliche Interesse der Dringlichkeit gegen die aufschiebende Wirkung. Ferner sei die beantragte vorsorgliche Ermächtigung zum vorzeitigen Leistungsbe-

zug notwendig, damit (…) der IT-Dienst X._____ bis anfangs 201(…) geschaffen werden könne.

Deshalb gehe es nicht an, dass das Projekt durch chancenlose Vorbringen über Gebühr blockiert werde. Den vorsorglich beantragten vorzeitigen Bezug der "Erstellung Systemdesign/UseCases/ Detailspezifikation" (… Betrag zwischen 50'000.– und Fr. 100'000.–…) und der "Erstellung Mock-up" (… Betrag zwischen 10'000.– und Fr. 60'000.–…)" von der Zuschlagsempfängerin bezeichnet die Vergabestelle als dringlich, weil dies notwendig sei, um ab Beginn des Jahres "201(…)" (recte: 201[…]) den gesetzlichen Auftrag erfüllen zu können. Dies würde den restlichen Auftrag nicht präjudizieren.

E.
Mit Eingabe vom (…) 2012 stellt die Zuschlagsempfängerin das Begehren, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Beschwerdeführerin). Ferner beantragt sie, es sei ihr Frist anzusetzen, um zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Sache Stellung nehmen zu können.

Zur Begründung wird vorgebracht, die Beschwerdeführerin verlange in rein appellatorischer Weise und mit äusserst geringen Erfolgsaussichten die aufschiebende Wirkung, ohne ihr angeblich überwiegendes Interesse zu begründen.

F.

F.a Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit, bis zum (…) 2012 eine Stellungnahme einzureichen zum Antrag der Vergabestelle auf vorsorgliche Ermächtigung zum vorzeitigen Leistungsbezug.

F.b Mit Eingabe vom (…) 2012 teilte die Zuschlagsempfängerin dem Bundesverwaltungsgericht mit, sie habe "eventualiter" keine Einwände gegen eine Ermächtigung der Vergabestelle, von ihr die beantragten Leistungen vorzeitig zu beziehen. Doch sei ein etappenweiser Leistungsbezug problematisch, da die Kalkulation des Angebots auf dem Gesamtprojekt beruhe und der überwiegende Teil ihrer Investitionen zu Beginn der Projektführung anfalle. Angesichts der Dringlichkeit des Projekts und des Termins der Projektabnahme Ende November 201(…) sei es insbesonde-

re notwendig, bereits jetzt das für die Gesamtausführung des Projekts notwendige Personal zur Verfügung zu stellen, was aber nur möglich sei, wenn ihr dann auch die Gesamtausführung bewilligt werde.

F.c Demgegenüber beantragte die Beschwerdeführerin am (…) 2012 die Abweisung des Antrags auf vorzeitigen Leistungsbezug mit dem Hinweis, die beantragten Leistungen umfassten die wesentlichen gestalterischen Arbeiten. Damit würden die Gestaltung der Lösung und die Arbeiten der nachfolgenden Phasen erheblich präjudiziert. Denn durch die Ergebnisse aus "Systemdesign, UseCases, Detailspezifikation und Mock-Up" werde der zu leistende Aufwand für die Erstellung des Systems massgeblich beeinflusst. Eine Weiterführung der Arbeiten durch einen anderen Leistungserbringer könne damit nicht im Rahmen der offerierten Kosten zugesichert werden.

G.
Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Vergabestelle auf Vorbezug gewisser Leistungen ab.

H.

H.a Am (…) 2012 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin sowie der Zuschlagsempfängerin die jeweils sie betreffenden Teile des Evaluationsberichtes zu. Gleichzeitig forderte es die Beschwerdeführerin auf, bis zum (…) 2012 mitzuteilen, ob sie in die von der Vergabestelle zur Einsicht freigegebenen Dokumente Einsicht nehmen wolle.

H.b Mit Eingabe vom (…) 2012 erklärte sich die Beschwerdeführerin einverstanden, dass die sie betreffenden Anhänge 1 bis 3 gegenüber der Zuschlagsempfängerin offengelegt werden, sofern diese ihr spiegelbildlich im gleichen Umfang Akteneinsicht zu gewähren bereit sei.

H.c Am (…) 2012 liess sich auch die Zuschlagsempfängerin vernehmen und erklärte sich insbesondere bereit, in gewisse der sie betreffenden Anhänge teilweise Einsicht zu gewähren, sofern die Beschwerdeführerin ebenfalls Einsicht in ihre Anhänge gewähre.

H.d Am (…) 2012 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie in die das WTO-Projekt W._____ betreffenden Unterlagen Einsicht nehmen wolle.

H.e Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 liess das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrensbeteiligten die entsprechenden Eingaben der anderen Parteien zukommen.

H.f Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 liess das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern Kopien der gewünschten Akten zukommen.

I.

I.a Mit Eingabe vom (…) 2012 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am […] 2012) liess sich die Beschwerdeführerin unaufgefordert zu den Stellungnahmen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin vernehmen.

I.b Mit Zwischenverfügung vom (…) 2012 liess das Bundesverwaltungsgericht diese Vernehmlassung den übrigen Parteien zukommen.

J.
Auf die einzelnen Argumente der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für den vorliegenden Zwischenentscheid erheblich sind, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen die Erteilung des Zuschlages durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Es entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, die dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwel-

lenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vorliegt.

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

1.2.2 Die Vergabestelle geht in der Ziffer (…) ihrer Ausschreibung vom (…) 2012 von einem Lieferauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB bedeutet der Begriff "Lieferauftrag" einen Vertrag über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Der weite Güterbegriff nach GPA/BöB umfasst insbesondere auch Immaterialgüterrechte und immaterielle Güter, wie z.B. Software (HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.]: Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, Art. 5 BöB N. 27; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 967 ff.).

Die angefochtene Vergabe umfasst IT-Dienste (Beratung, Software-Entwicklung, […]) und wird vom BöB erfasst. Der Preis des berücksichtigten und hier angefochtenen Angebots von (… Betrag zwischen 1'000'000.– und Fr. 1'800'000.–…) (exkl. "Option im Wert von [… Betrag zwischen 60'000.– und Fr. 160'000.–…]) überschreitet zweifelsfrei den für Lieferungen geltende Schwellenwert von Fr. 230'000.- nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB (i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2012 und das Jahr 2013 [AS 2011 5581]).

1.2.3 Da zudem keine Ausnahme nach Art. 3 BöB vorliegt, fällt die strittige Beschaffung, in den Anwendungsbereich des BöB, wovon die Vergabestelle zu Recht ausgeht.

1.3 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB, Art. 37 VGG).

Zu beachten ist, dass nach Art. 31 BöB vor Bundesverwaltungsgericht die Unangemessenheit nicht gerügt werden kann.

1.4 Als nicht berücksichtigte Anbieterin ist die Beschwerdeführerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde gegen den Zuschlag legitimiert (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 1.4). Die Anfechtung der am (…) 2012 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 30 BöB). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nach ständiger Praxis in Dreierbesetzung (für viele: Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 1.2, mit weiteren Hinweisen).

2.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt nach Art. 28 Abs. 1 BöB einer Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Diese kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Die vorliegende Beschwerde enthält ein entsprechendes Begehren, bei dessen Behandlung das Bundesverwaltungsgericht ein qualifiziertes Beschleunigungsgebot zu beachten hat (BVGE 2012/6 E. 3.4 f.).

2.1 Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, mit Hinweisen).

2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist die materielle Rechtslage prima-facie zu würdigen und in einem ersten

Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren.

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

3.

In der vorliegenden Beschwerdesache sticht ins Auge, dass die im Rahmen der Projektevaluation erreichte Differenz von 146 Punkten zwischen der Beschwerdeführerin (mit 9'647 erzielten Punkten) und der Zuschlagsempfängerin (mit 9'793 erzielten Punkten) ein äusserst knappes Ergebnis darstellt, das vorab auf das von der Beschwerdeführerin mit erheblichen

Argumenten kritisierte Bewertungsverfahren der Präsentation (Zuschlagskriterium 3 mit 5 % Gewicht) zurückzuführen ist und differenzmässig weniger als 1.5 Prozent ausmacht (vgl. act. 444, Evaluationsbericht Ziff. 2.1).

Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin bei praktisch *identisch* erfüllten Anforderungen in technischer und fachlicher Hinsicht auch ein um (… Betrag zwischen 30'000.– und Fr. 100'000.–…) günstigeren Preis als ihre im Zuschlagsverfahren obsiegende Konkurrentin offeriert hatte, ist im Rahmen der nachfolgend prima-facie zu würdigenden Rechtslage (vgl. E. 2.2) vorab auf die formelle Rüge der angeblich verletzten behördlichen Ausstandspflicht einzugehen.

4.

4.1 Der diesbezüglich von der Beschwerdeführerin angerufene Art. 10 VwVG hält in seinem ersten Absatz unter der Marginale "Ausstand" fest:

> "[1] Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, treten in Ausstand, wenn sie:
>
> a. in der Sache ein persönliches Interesse haben;
>
> b. mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
>
> b.[bis] mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
>
> c. Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren;
>
> d. aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten."

Dazu erläutert die Beschwerdeführerin, für die Ausstandspflicht reiche es praxisgemäss, wenn Umstände einen Anschein der Befangenheit entstehen liessen, ohne dass eine Voreingenommenheit tatsächlich vorliegen müsse. Solche Umstände seien hier gegeben:

Anlässlich der Offertpräsentation habe Herr Y._____ als Mitarbeiter des Bundesamtes für O._____ auch an der anschliessenden Fragerunde teilgenommen, weshalb er vermutlich über den Zuschlag des Projekts mitentschieden habe. Damit verletze er die ihm obliegende Ausstandspflicht, zumal er bei der Zuschlagsempfängerin bis mindestens Herbst 2010 als leitender Angestellter für den Bereich zuständig gewesen sei, der neu das Projekt X._____ betreuen werde. Ferner halte Herr

Y._____ weiterhin engen Kontakt zur Zuschlagsempfängerin, indem gemeinsame Events vom Bundesamt für O._____ und der Zuschlagsempfängerin organisiert und gesponsert würden, an denen auch er persönlich teilnehme. Noch während des Ausschreibungszeitraumes für das Projekt X._____ habe Herr Y._____ an gemeinsamen Events teilgenommen und mit Unterstützung der Zuschlagsempfängerin mindesten ein Referat abgehalten. All diese Umstände erfüllten in "höchstem" Masse den Anschein der Befangenheit.

4.2 Die Vergabestelle widerspricht diesem Vorwurf. Herr Y._____ habe keine Ausstandspflichten verletzt, sondern sich in der ganzen Vergabephase korrekt verhalten, insbesondere lägen keine sozialen oder wirtschaftlichen Beziehungen zur Zuschlagsempfängerin vor.

Zwar sei Herr Y._____ vom (…) 2008 bis zum (…) 2010 bei der Zuschlagsempfängerin angestellt gewesen, wie dem von ihm auf seiner Homepage veröffentlichten CV entnommen werden könne. Doch vermöge das beendete Anstellungsverhältnis, das jedermann gegenüber offen gelegt werde, den Anschein der Befangenheit für sich alleine kaum zu begründen. Dies umso weniger als die Anstellung nicht sehr lange gedauert habe. Nach seinem Weggang habe Herr Y._____ seine Kontakte zur Zuschlagsempfängerin auf das beruflich Notwendige beschränkt. Der Markt für (…)-Anbieter von elektronisch-(…)anwendungen sei überschaubar, weshalb gewisse geschäftliche Kontakte auf diesem Markt an der Tagesordnung lägen, insbesondere unter (…)-Mitgliedern. Deshalb sei Herr Y._____ nach Ausscheiden aus der Zuschlagsempfängerin weiterhin mit gewissen Personen im (…)-Bereich "verknüpft", was aber keinen Zusammenhang mit seiner Anstellung beim Bundesamt für O._____ und schon gar nicht mit der Ausschreibung des Projekts X._____ habe. Diesbezüglich habe Herr Y._____ keinerlei Kontakte zur Zuschlagsempfängerin unterhalten. Das von der Beschwerdeführerin beanstandete "Event" im (…)-Bereich, das vom (…) bis (…) 2012 in (…) abgehalten worden sei, habe keinen Zusammenhang zum Projekt X._____ gehabt.

Ein klares Indiz dafür, dass die Zuschlagsempfängerin nicht bevorzugt behandelt worden sei und das persönliche Verhalten von Herrn Y._____ kein Misstrauen in die Objektivität seiner Person rechtfertige, sei der Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin nach dem Weggang von Herrn Y._____ in verschieden Einladungsverfahren mehrheitlich nicht den Zuschlag erhalten habe. Im Beschaffungsverfahren X._____

sei Herr Y._____ zwar Mitglied des breit abgestützten Evaluationsteams gewesen (mit insgesamt zehn Mitgliedern bestehend aus Vertretern von Bund, […]). Alle Prüfbereiche seien zunächst unabhängig von Mitgliedern des Evaluationsteams je einzeln und von mindestens zwei verschiedenen Personen geprüft worden. Alle diese Einzelbewertungen seien zusammengeführt und im Evaluationsteam besprochen und die Ergebnisse protokolliert worden. Eine Einflussnahme von Herrn Y._____ auf das Gesamtergebnis könne deshalb ausgeschlossen werden.

Zudem habe Herr Y._____ wie alle Mitglieder des Evaluationsteams eine Unbefangenheitserklärung unterschrieben. Darin werde schriftlich festgehalten:

> *"Falls der Anschein der Befangenheit wegen einer besonderen Beziehungsnähe zu einem Anbieter besteht, bin ich verpflichtet in den Ausstand zu treten, weil sonst der Entscheid mit einem formellen Fehler behaftet ist und vom Gericht aufgehoben wird, unabhängig davon ob der Entscheid im Übrigen korrekt ist oder nicht. Ich teile deshalb meinem Vorgesetzten und dem Projektleiter unverzüglich schriftlich mit, falls in einem Beschaffungsverfahren eine Offerte von einer Anbieterin eingeht, zu der ich eine besondere Beziehungsnähe oder sonstige Kontakte habe. Als besondere Beziehungsnähe gelten zum Beispiel enge aktuelle oder frühere (private) Geschäftsbeziehungen (z.B. Kundenbeziehung, strategische Partnerschaft, Beteiligungsform, Anstellungsverhältnis), Partnerschaft (Ehe, eheähnliche Gemeinschaften), Verwandtschaft oder Schwägerschaft, ein wirtschaftliches oder anderes Abhängigkeitsverhältnis oder mehrjährige militärische Kameradschaft."*

Am (…) 2012 habe deshalb Herr Y._____ dem Projektverantwortlichen mitgeteilt:

> *"I have currently no specific relations with Z._____ except the professional one."*

In diesem Sinne habe es während des gesamten WTO-Verfahrens X._____ seitens von Herrn Y._____ auch keine Kontakte zur Zuschlagsempfängerin im Zusammenhang mit X._____ gegeben.

4.3 Auch die Zuschlagsempfängerin hält die Ausstandsrüge für unbegründet. Dazu meint sie in ihrer Stellungnahme vom (…) 2012, die Beschwerdeführerin behaupte, Herr Y._____ sei befangen gewesen und hätte sie wegen seiner früheren Anstellung bei ihr bevorzugt. Jedoch gehe aus dem Anhang 4 zum Evaluationsbericht X._____ hervor, dass Herr Y._____ die Beschwerdeführerin wie auch sie selbst insgesamt gleich bewertet habe, weshalb sie auch nicht bevorzugt worden sei.

5.
Nach Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Insofern haben im Rahmen von Submissionsverfahren auch Anbieter einen Anspruch darauf, dass ihre Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde beurteilt werden (PETER GALLI/ ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 692).

Dabei gelten nach Art. 26 BöB die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG (zitiert in E. 2), die ausschliesslich auf natürlichen Personen anwendbar sind (Entscheid der BRK 008-96 vom 7. November 1997 E. 3; vgl. demgegenüber die Differenzierungen in BGE 122 II 471 E. 3b; BVGE 2008/13 E. 10.3; STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 10 N. 33 ff.; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHE/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 521 f.).

Im Einzelnen sind hier folgende Prinzipien massgebend:

5.1 Die Ausstandregeln sollen die objektive Prüfung einer Sach- oder Rechtsfrage durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleisten (BGE 137 II 431 E. 5.2). Dabei gelten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Anforderungen an die Unabhängigkeit entscheidender Behörden je nach den Umständen und je nach Verfahrensart unterschiedliche Massstäbe, d.h. für verwaltungsinterne Verfahren gilt nicht der gleich strenge Massstab wie – nach Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) – für unabhängige richterliche Behörden (BGE 137 II 431 E. 5.2, mit Hinweisen; vgl. die *Kritik* dazu bei BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 8 ff., insbes. N. 11 ff. sowie KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 514, mit dem Hinweis, wonach an die Unparteilichkeit der Personen, die in Verwaltungsverfahren entscheiden, der gleich strenge Massstab angelegt werden sollte wie an die Unparteilichkeit von Richterinnen und Richtern). Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden (BGE 137 II 431 E. 5.2, mit Verweis

auf BGE 127 I 196 E. 2b und BREITENMOSER/ SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 8 ff.).

Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege – und damit auch die regelhafte Zuständigkeitsordnung nicht illusorisch wird – darf ein Ausstand nicht leichthin angenommen werden (vgl. BGE 137 II 431 E. 5.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.1 und B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.3, je mit Hinweisen; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 4, mit Hinweisen).

5.2 Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidinstanz ist formeller Natur. Eine in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffene Verfügung ist daher anfechtbar und aufzuheben, und zwar unabhängig davon, ob ein materielles Interesse an ihrer Aufhebung besteht. Aus diesem Grund muss die den Entscheid wegen Verletzung der Ausstandsbestimmungen anfechtende Person nicht nachweisen, dass dieser ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 103, mit Hinweisen; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 540). Andererseits hat der Antragssteller die Umstände zu nennen und glaubhaft zu machen, die einen Ausstandsgrund begründen (BGE 137 II 431 E. 5.2). Dafür ist nötig, dass das Bundesverwaltungsgericht in Würdigung der vorhandenen Beweismittel zur Überzeugung gelangt, dass sich die behaupteten Tatsachen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, wie vorgebracht, so verhalten haben (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.2; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 97, mit Hinweisen).

Unbeachtlich ist schliesslich, wie gross der Aufwand bei einer Wiederholung des Verfahrens ist (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-505/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.4 und B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 2, je mit Hinweisen; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 103).

5.3 Wie bereits in E. 2 erwähnt, haben nach Art. 10 Abs. 1 VwVG Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, dann in Ausstand zu treten, wenn sie insbesondere in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Bst. d).

5.3.1 Ein persönliches Interesse nach Bst. a von Art. 10 Abs. 1 VwVG liegt vor, wenn das mit der Sache befasste Behördenmitglied entweder direkt oder indirekt betroffen ist. Direkt betroffen ist es, wenn es ein unmittelbares persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, d.h. wenn der Entscheid für ihn einen direkten Vor- oder Nachteil bewirkt. Bei einer bloss indirekten Betroffenheit hat das Behördenmitglied in den Ausstand zu treten, wenn seine persönliche Interessensphäre durch den Ausgang des Verfahrens spürbar tangiert wird (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 41 ff., KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 523 f., je mit Hinweisen).

5.3.2 Demgegenüber ist der Bst. d von Art. 10 Abs. 1 VwVG als Auffangtatbestand konzipiert, weshalb die dort erwähnten "anderen Gründe" je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sind. Das ist dann der Fall, wenn Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtswalters *objektiv* rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2, mit Hinweisen) oder ob gar nur Anhaltspunkte für eine tatsächliche Voreingenommenheit bestehen (BGE 119 V 456 E. 5c). Weil der Zweck der Ausstandspflichten darin besteht, für die Akzeptanz behördlicher Entscheide durch die Parteien zu sorgen und das Vertrauen der Rechtssuchenden in eine integere Rechtspflege zu schützen, greifen die Ausstandspflichten bereits dann, wenn der *blosse Anschein* einer Befangenheit oder die blosse *Gefahr* einer Interessenskollision besteht (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 517). Auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände, die für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für eine Ausstandspflicht aufweisen, kann zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7483/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.1, mit Verweis auf BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 139).

Insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (z.B. eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können den Anschein von Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstandsbegründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 82). Angesichts der Vielzahl möglicher Formen wirtschaftlicher

Interessenverflechtungen hängt es im Kontext von Ausstandsfragen, bei denen ein *früherer* Arbeitgeber vom Verfahren betroffen ist, von der Dauer der Anstellung, der Zeitspanne seit Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie der Position des ehemaligen Arbeitnehmers ab, ob die Besorgnis der Befangenheit begründet ist (SCHINDLER, a.a.O., S. 115).

5.4 Nach ständiger Praxis ist nicht nur ausstandspflichtig, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können; dazu gehören namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion (BGE 119 V 456 E. 5a; Entscheid der BRK 2000-005 vom 27. Juni 2000 E. 3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7483/2010 vom 6. Juni 2011 E. 2.3; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 28 f.). Damit wird der faktische Einfluss solcher Personen auf den Inhalt einer Verfügung berücksichtigt (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 519).

Im Bereich des *öffentlichen Beschaffungswesens* ist zu solchen Fragen bisher wenig Rechtsprechung ergangen:

5.4.1 So wurde beispielsweise in einem Fall eine Verletzung der Ausstandspflicht bei einer Person angenommen, die als Delegierte einer Behörde in der Verwaltung einer Zuschlagsempfängerin mitgewirkt und den Evaluationsbericht verfasst hatte (Entscheid der BRK 1999-006 vom 3. September 1999 E. 2).

5.4.2 Demgegenüber vermochte die BRK keinen Anschein von Befangenheit bei einem Funktionär zu erblicken, der seit rund zwei Jahren seit Zuschlagserteilung in keinerlei Beziehung mehr zur Zuschlagsempfängerin gestanden hatte und seine Unabhängigkeit von ihr auch dadurch gezeigt hatte, dass er im Rahmen einer ersten Verfügung nicht ihr den Zuschlag erteilt habe (Entscheid der BRK 2000-005 vom 27. Juni 2000 E. 3).

5.4.3 In einem weiteren Fall, der von MARCO FETZ in seiner Abhandlung "Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes" erwähnt wird (in: Heinrich Koller/Georg Müller/Thierry Tanquerel/Ulrich Zimmerli/Thomas Cottier/Matthias Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, Rz. 157, S. 553), ist die BRK davon ausgegangen, dass die "Vermutung der Befangenheit umgestossen" werden könne, wenn die Beteili-

gung einer Person für den Entscheid insofern nicht relevant gewesen sei, als bewiesen werden könne, dass sich das Resultat unabhängig von der Stimme der befangenen Person nicht verändert hätte (Entscheid der BRK 008/96 vom 7. November 1997 E. 3, zitiert in Fetz, a.a.O., S. 553, Fn. 331).

Dieser Entscheid der BRK, der bei GALLI/MOSER/LANG/CLERC (a.a.O., Rz. 692-694) bezeichnenderweise nicht erwähnt wird, ist – jedenfalls im Lichte der heute massgeblichen Rechtsprechung – kaum mehr vertretbar. Wie bereits dargelegt, kann es praxisgemäss für die Frage eines *Anscheins* von Befangenheit nicht darauf ankommen, ob die fragliche Verfügung ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre (vgl. E. 5.2) oder ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (vgl. E. 5.3.2 mit Verweis auf BGE 137 II 431 E. 5.2).

5.5 Nach fester Gerichtspraxis wird gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Mangel so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Denn es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.2). Insofern sind Ausstandsgründe im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid in der Hauptsache nur noch zu hören, wenn der Beschwerdeführer vorher keine Kenntnis von ihnen hatte oder deren Geltendmachung aus anderen Gründen nicht möglich war (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.5; vgl. zu den weiteren Relativierungen dieser Praxis KIENER/RÜTSCHE/ KUHN, a.a.O., Rz. 537).

6.

6.1 Entgegen der Ansicht der Vergabestelle, welche diese im Zusammenhang mit der ebenfalls gerügten Vorbefassung (nach Art. 21a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) vorbringt, die aber auch hier von Bedeutung

ist, sind prima facie keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die entsprechende Rüge verspätet und daher verwirkt sein könnte.

Auch wenn, wie die Vergabestelle zu Recht einwendet, der CV von Herrn Y._____ auf dessen Webseite (www. [...]) abrufbar und seine berufliche Zwischenstation bei der Zuschlagsempfängerin einsehbar gewesen sei und er auf der Webseite des Bundesamtes für O._____ als "Leiter I._____" vorgestellt wird (www.[...].admin.ch > [...]), ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführerin bereits anlässlich der Präsentation erkennbar bzw. zuzumuten gewesen wäre, Herrn Y._____ als befangen abzulehnen.

Soweit sich das prima facie gestützt auf die vorliegenden Akten beurteilen lässt, war die Zuschlagsempfängerin der Beschwerdeführerin bis zur Publikation der Zuschlagserteilung am (…) 2012 als mitbietende Konkurrentin nicht bekannt. Aus dem Evaluationsbericht geht hervor, dass ursprünglich (…) Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, in der Folge aber nur (…) Angebote eingingen (act. 448 f., Evaluationsbericht Ziff. 4.2, Ziff. 4.4). Da weder die Vergabestelle noch die Zuschlagsempfängerin behaupten, geschweige denn bisher Anhaltspunkte geliefert hätten, die nahe legen könnten, dass die Beschwerdeführerin bereits anlässlich der Präsentation Kenntnis vom behaupteten Ausstandsgrund hatte oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit davon Kenntnis hätte haben können, kann jedenfalls in diesem Zeitpunkt nicht mit Bestimmtheit gesagt werden, die entsprechende Rüge sei verwirkt. Abgesehen davon erscheint prima facie auch nicht klar, ob der Beschwerdeführerin ein entsprechendes Ausstandsbegehren zu diesem Zeitpunkt überhaupt zumutbar gewesen wäre (vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 537), was im jetzigen Zeitpunkt offen bleiben kann.

6.2 Die Vergabestelle scheint vorab grosses Gewicht auf die "Unbefangenheitserklärung" zu legen, die alle Mitglieder des Evaluationsteams unterschreiben mussten und die diese beim Vorliegen "einer besonderen Beziehungsnähe zu einem Anbieter" zum Ausstand verpflichtet. Gemäss dieser Erklärung (vgl. E. 4.2) umfasst die meldepflichtige "besondere Beziehungsnähe" unter anderem "frühere (private) Geschäftsbeziehungen (z.B. Kundenbeziehung, strategische Partnerschaft, Beteiligungsform, Anstellungsverhältnis)". Die Vergabestelle scheint dieser Erklärung insofern einen gewissen Beweiswert für die Unbefangenheit von Herrn Y._____ zuzumessen, als er diese Erklärung auch unterschrieben und zudem dem Projektverantwortlichen des Bundesamtes für O._____,

P._____, mit E-Mail vom (…) 2012 mitgeteilt hatte: *"I have currently no specific relations with Z._____ except the professional one."*

Prima facie betrachtet scheint diese von der Vergabestelle ins Feld geführte Erklärung im vorliegenden Zusammenhang einzig zu dokumentieren, dass Herr Y._____, wie die Vergabestelle erwähnt, bezüglich der Thematik "sensibilisiert" gewesen war. Darüber hinaus scheint die Vergabestelle diese Erklärung u.a. auch als amtsinternes Instrument einzusetzen, um damit Befangenheitsprobleme frühzeitig erkennen und damit projektgefährdende Interessenskollisionen vermeiden zu können. Diese Erklärung wäre jedoch irrelevant für die hier einzig interessierende Frage, ob die gerügte vormalige Anstellung bei der Zuschlagsempfängerin und die in den letzten Jahren weiter gepflegten beruflichen Kontakte mit ihr (bzw. ihren Organen und Angestellten) bei *objektiver* Betrachtungsweise den *Anschein* von Befangenheit begründen könnten, wie die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die von ihr eingereichten Beweismittel beklagt. Für die Prüfung dieser Frage ist die rein subjektive Einschätzung von Herrn Y._____ oder diejenige der Vergabestelle bedeutungslos.

6.3 In diesem Zusammenhang stellt die Zuschlagsempfängerin den Standpunkt der Beschwerdeführerin unzutreffend dar, wenn sie ihr in ihrer Stellungnahme vom (…) 2012 die Behauptung unterstellt, Herr Y._____ hätte die Zuschlagsempfängerin *wegen* seiner früheren Anstellung bei ihr *bevorzugt*, was seine Befangenheit begründe (vgl. E. 4.3).

Im Gegenteil wirft die Beschwerdeführerin Herrn Y._____ eben gerade *nicht* vor, im Beschaffungsverfahren *konkret* befangen gewesen zu sein, sondern lediglich (aber immerhin), dass angesichts seiner früheren Anstellung bei der Zuschlagsempfängerin und seiner Teilnahme an gewissen Tagungen (…) ein ausstandsbegründender *Anschein* von Befangenheit bestanden habe, der im Verfahren vor der Vergabestelle zwingend hätte berücksichtigt werden müssen. Insofern geht es vorliegend nicht um die Frage, ob Herr Y._____ nach Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG allenfalls "ein persönliches Interesse" in der Sache gehabt haben könnte (vgl. E. 5.2.1), wofür auf Grund der vorliegenden Akten prima facie keinerlei Anhaltspunkte bestehen. Insofern ist die Ausstandsrüge nachfolgend prima facie vorläufig einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG zu prüfen (vgl. E. 5.3.2).

Dazu sei an dieser Stelle angemerkt, dass – jedenfalls in diesem Verfahrensstadium auf Grund der vorliegenden Akten – keine Hinweise beste-

hen, welche die persönliche oder berufliche Integrität von Herrn Y._____ in Frage stellen könnten. In diesem Zusammenhang unerheblich ist insbesondere das Argument der Zuschlagsempfängerin, wonach Herr Y._____ die Beschwerdeführerin wie auch die Zuschlagsempfängerin anlässlich der Präsentation, deren Bewertung im Rahmen der Evaluation schliesslich für den Zuschlag punktemässig den Ausschlag gegeben hatte, genau gleich behandelt hatte. Diese Gleichbewertung ist in der Tat so geschehen (vgl. act. 513, Evaluationsbericht Anhang 4). Doch ist hier – wie bereits in E. 5.3.2 und E. 5.4.3 dargelegt – nicht entscheidend, ob Herr Y._____ tatsächlich befangen war, sondern ob objektiv begründete Hinweise bestanden, dass dies möglicherweise der Fall sein könnte. Denn rechtsprechungsgemäss gilt es bereits jeglichem *Anschein* von Befangenheit vorzubeugen (BGE 137 II 431 E. 5.3.3). Darüber hinaus ist selbst diese Gleichbehandlung von zweifelhaftem Erkenntniswert, solange nicht erwiesen ist, dass die jeweiligen Präsentationen der beiden Parteien auch qualitativ gleich waren.

Daran vermag auch das Argument der Vergabestelle nichts zu ändern, wonach die Zuschlagsempfängerin nach dem Weggang von Herrn Y._____ in verschieden Einladungsverfahren mehrheitlich nicht den Zuschlag erhalten habe. Dieser Umstand kann hier nicht ins Gewicht fallen, zumal die von der Vergabestelle aufgelisteten, zwischen (…) 2010 und (…) 2012 erteilten Zuschläge wesentlich kleinere Auftragsvolumina zum Gegenstand hatten (Spannbreite von rund Fr. 10'000.– bis rund Fr. 90'000.–) und daher mit dem vorliegenden Projekt X._____, dessen Auftragsvolumen rund (… Betrag zwischen 1'000'000.– und Fr. 1'800'000.–…) beträgt, in keiner Weise vergleichbar sind.

6.4 Wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemängelt, erscheint prima facie bereits die vormalige Anstellung von Herrn Y._____ bei der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf die Frage der Befangenheit durchaus als problematisch, wenn bedacht wird, dass Herr Y._____ nicht einfach "nur" als Angestellter (ohne Führungsfunktion und Geschäftsverantwortung) dort tätig gewesen war, sondern gemäss seinem im Internet veröffentlichten Lebenslauf in den Jahren "2008-2010" als *technischer Geschäftsführer* (Chief Technology Officer, CTO) der Zuschlagsempfängerin wirkte mit eindrücklichem Leistungsausweis:

> *"(…Darstellung der Funktion und erbrachten Leistungen…)"*
>
> (vgl. www.[...] > Curriculum Vitae).

Dass, wie die Vergabestelle hervorhebt, das Anstellungsverhältnis nicht sehr lange gedauert habe, ist insofern zu relativieren, als es immerhin doch zwei Jahre dauerte und Herr Y._____ in dieser Zeit – laut eigener Beschreibung seiner dort vollbrachten Leistungen – in entscheidender Kaderstellung grosse Verantwortung übernahm und offenbar grosse Aufbauarbeiten leistete. Dass eine solche Persönlichkeit knapp zwei Jahre später als Fachverantwortlicher der Bedarfsstelle erneut in verantwortungsvoller Kaderposition als "Leiter I._____" tätig ist und gleichzeitig auch als Mitglied des Evaluationsteams des Projektes X._____ (mit millionenschwerem Auftragsvolumen) mitwirkte, erweist sich prima facie unter Befangenheitsgesichtspunkten bereits als heikel. Die Frage kann hier indes offen bleiben, ob dieser Umstand allein bereits den Anschein von Befangenheit zu begründen vermöchte. Angesichts der weiteren, von der Beschwerdeführerin beklagten Umstände erweist sich jedenfalls, dass die Ausstandsrüge alles andere als chancenlos ist, wie die Vergabestelle meint:

6.4.1 Zwar scheint das vom (…) bis (…) 2012 in (…) durchgeführte (…)-Event (…) 2012, das entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht von der Zuschlagsempfängerin, sondern von "(…)", gesponsert worden war, auch keinen direkten Zusammenhang zum Projekt X._____ aufzuweisen. Doch nahm an diesem Event, wenn auch nicht physisch, so doch "remote via IRC […]", Herr Y._____ sowie ebenfalls Entwickler der Zuschlagsempfängerin teil (vgl. www.[...]).

6.4.2 Hinzu kommt, dass auf der Webseite der Zuschlagsempfängerin insbesondere auch für ein "(…)"-Event vom (…) 2011 geworben worden war, das vom Bundesamt für O._____ und der Zuschlagsempfängerin organisiert und von Herrn M._____, dem einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsident der Zuschlagsempfängerin, und Herrn Y._____ gezeichnet wurde (www.[...].com > …). Auch diese enge Beziehung von Herrn Y._____ mit höchsten Führungspersonen der Zuschlagsempfängerin lässt jedenfalls als ein weiteres Element die Ausstandsrüge keineswegs als "offensichtlich unbegründet" erscheinen.

Dass auf dem relativ überschaubaren Markt für (…)-Anbieter von elektronisch-(…)anwendungen beruflich notwendige Kontakte an der Tagesordnung lägen, wie die Vergabestelle zu bedenken gibt, mag zutreffen. Aber unter bestimmten Umständen vermögen solche Kontakte jedenfalls aus der objektiven Sicht eines Dritten, den Anschein von Befangenheit zu begründen.

6.4.3 Die Anstellung von Herrn Y._____ in verantwortungsvoller Kaderposition wie auch die diversen Events unter (…)-Mitgliedern, unabhängig davon, ob diese in einem "direkten" oder "weniger direkten" Zusammenhang mit dem Projekt X._____ stehen mögen, könnten zusammen genommen (allenfalls noch mit weiteren die Befangenheitsproblematik weiter verschärfenden) Umständen objektiv geeignet sein, um beim hier beanstandeten Zuschlag den Anschein einer Befangenheit von Herrn Y._____ zu begründen.

6.5 Unerheblich für diese Einschätzung der Sachlage ist das Argument der Vergabestelle, wonach alle Prüfbereiche von Mitgliedern des Evaluationsteams je einzeln und von mindestens zwei verschiedenen Personen geprüft und alle Einzelbewertungen zusammengeführt im Evaluationsteam besprochen worden seien, was eine Einflussnahme von Herrn Y._____ auf das Gesamtergebnis ausschliesse.

Hier scheint die Vergabestelle zu übersehen, dass sich das Mitwirkungsverbot auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes *Einfluss* nehmen können, bezieht (vgl. E. 5.4). Damit wird eben bereits deren *faktische* Einflussnahme auf den Verfügungsinhalt berücksichtigt (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 519), wobei die formale Strenge der Ausstandsvorschriften bereits gegen die blosse *Gefahr* einer Interessenskollision ausgerichtet ist (vgl. E. 5.2, E. 5.3.2 und E. 5.4.3). Abgesehen davon, erlaubt auch der weitere Umstand, dass Herr Y._____ als "Leiter I._____" die technische Seite des Projektes X._____ betreuen wird, jedenfalls prima facie den Schluss, dass dessen besondere Rolle bei der Projektevaluation wohl kaum unterschätzt werden dürfte.

6.6 Liefern bereits die bisher von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstände – prima facie – objektive Anhaltspunkte für den behaupteten Anschein von Befangenheit von Herrn Y._____, welche aufgrund des bisherigen Schriftenwechsels nicht ausgeräumt erscheinen, sind der vorliegenden Beschwerde entgegen der Einschätzung der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin gewisse *positive Erfolgschancen* zuzuerkennen, abgesehen davon, dass auch die weitere formelle Rüge der *Vorbefassung* ernsthafte Fragen aufwirft, die prima facie betrachtet ebenfalls nicht auf eine offensichtlich unbegründete Beschwerde schliessen lassen.

7.
Kann ein positiver Prozessausgang nicht ausgeschlossen werden, so ist im Rahmen einer Interessenabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden.

7.1 Die Vergabestelle hält dafür, dass selbst bei Erfolgschancen der Beschwerde das überwiegende öffentliche Interesse der Dringlichkeit gegen die aufschiebende Wirkung spräche. Dazu hält die Vergabestelle fest, die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand liessen sich nur vor dem Hintergrund des Beschaffungsumfeldes und der geltenden Rahmenbedingungen verstehen. (… Projektbeschreibung im sachlichen und rechtliche Kontext…). Eine verspätete Realisierung des Projekts könne zu einer Verzögerung von rund zwei Jahren führen (…).

Das Projekt sei dringlich. (…). Eine Projektverschiebung um rund zwei Jahre hätte für den Bund einen erheblichen Imageschaden sowie einen finanziellen Schaden von über Fr. 150'000.– (durch eine sechsmonatige Verlängerung der Projektdauer) zur Folge. Auch für (…) könnte die diesfalls nötige Übergangslösung einen Schaden von über Fr. 300'000.– bewirken. (…).

7.2 Auch die Zuschlagsempfängerin ist der Meinung, dass eine Interessenabwägung zwingend zu ihren Gunsten ausfallen müsse, da der Vertragsschluss wegen des zeitlich dringlichen Projektes keinen Aufschub dulde. Werde das Projekt nicht bis Ende November 201(…) fertiggestellt, könne das System frühestens am 1. Januar 201(…), d.h. mit einem Jahr Verspätung, den Betrieb aufnehmen. Dies sei weder im Interesse der Vergabestelle noch im Interesse der (…). Daher überwiegten ihr Interesse bzw. dasjenige der Vergabestelle an einer rechtzeitigen Projektfertigstellung allfällige Interessen der Beschwerdeführerin.

7.3 Die Beschwerdeführerin demgegenüber hält die geltend gemachte angebliche Dringlichkeit als von der Vergabestelle verschuldet. Deren allfälliger Planungsfehler dürfe nicht dazu führen, dass hier angesichts der begründeten Rügen effektiver Rechtsschutzes entfallen müsste.

7.4 Zur angeblichen zeitlichen Dringlichkeit des Projektes fällt zum einen die je unterschiedliche zeitliche Einschätzung der mit dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren angeblich verbundenen Projektverzögerung auf: Während die Vorinstanz von zwei Jahren ausgeht, spricht die Zuschlagsempfängerin von einem Jahr. Zum anderen hat die Vergabestelle es auch

unterlassen, den angeblich für Bund und für (…) drohenden finanziellen Schaden schlüssig darzulegen. Abgesehen von diesen inhaltlichen Defiziten der Vernehmlassung der Vergabestelle vom (…) 2012 sind wohl auch Textbausteine aus anderen, sachfremden Verfahren (vgl. die Ziff. […]) verwendet worden, die das Verständnis der Anliegen der Vergabestelle erschweren. Weiter fällt ins Gewicht, dass die Vergabestelle nicht geltend macht, dass die gegenwärtige Funktionsweise (…) grundlegend in Frage gestellt wäre, wenn die Projektrealisierung nicht nach Terminplan erfolgen könnte. Zudem muss die hier zu erwartende Projektverzögerung um mehrere Monate wegen dieses Beschwerdeverfahrens (und wegen einer danach *allenfalls* notwendigen vergaberechtskonformen Neuevaluation) als zumutbar betrachtet werden, zumal Vergabestellen im Rahmen sorgfältiger Disponierung regelmässig gehalten sind, auch ein allfälliges Rechtsmittelverfahren in ihre Planung einzubeziehen (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3). Jedenfalls legen die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin nicht substantiiert dar, wie es dazu kommt, dass eine geringfügige Verzögerung zwingend einen Aufschub um ein bis zwei Jahre zur Folge haben soll. Angesichts all dieser Umstände ist ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer sofortigen Umsetzung des Vergabeentscheides nicht erkennbar. Diese Einschätzung gilt umso mehr, als prima facie Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Vergabestelle das hier strittige Verfahren in Verletzung elementarer Verfahrensbestimmungen durchgeführt hat.

Dem gegenüber stehen die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin an einer Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten. Angesichts des Auftragsvolumens von (… Betrag zwischen 1'000'000.– und Fr. 1'800'000.–…) sind diese Interessen als gewichtig zu bezeichnen. Wird der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen, so kann das Bundesverwaltungsgericht, selbst wenn es die Beschwerde gutheissen sollte, den Zuschlag nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BöB).

Insofern muss die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zugunsten der Beschwerdeführerin ausfallen.

Weder der angeblich für den Bund drohende "Imageschaden" noch die wirtschaftlichen Interessen der Zuschlagsempfängerin an einem raschen Vertragsabschluss mit der Vergabestelle vermögen die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes

und an einem rechtsstaatlich einwandfreien Vergabeverfahren, in welchem eine unabhängige, unparteiliche und insbesondere auch vergaberechtskonforme Projektevaluation garantiert wäre, aufzuwiegen. Abgesehen davon könnte vielmehr ein erheblicher Imageschaden für die Vergabestelle daraus resultieren, wenn der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin gestützt auf eine fehlerhaft zustande gekommene Evaluation abgeschlossen und diese Rechtsverletzung in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts festgehalten würde.

8.
Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entsprechen ist. Damit fällt die instruktionsrichterliche Zwischenverfügung vom (…) 2012, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.

9.
Die Beschwerdeführerin beantragt weiter die Gewährung umfassender Akteneinsicht und ist, soweit die Zuschlagsempfängerin auch Einsicht in die sie betreffenden Unterlagen gewährt, auch bereit, einer Einsicht in die eigenen Unterlagen zuzustimmen.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist zur Zeit keine weitergehende Akteneinsicht zu gewähren. Vielmehr ist der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin, nachdem diese bisher nur zur Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung aufgefordert worden sind, Gelegenheit zu geben, sich zur Hauptsache, insbesondere zu den Rügen betreffend die Ausstandspflichtverletzung und die Vorbefassung vernehmen zu lassen.

Bereits jetzt ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht im Bedarfsfall zusätzliche Einsicht in die amtlichen Vorakten gewähren wird, soweit sich diese als für das Endurteil rechtserheblich erweisen sollten.

10.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endurteil zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

2.
Der Antrag auf umfassende Akteneinsicht wird zur Zeit abgewiesen.

3.
Die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin werden aufgefordert, sich bis zum 3. Dezember 2012 zur Hauptsache, insbesondere zu den Rügen betreffend die Ausstandspflichtverletzung und die Vorbefassung vernehmen zu lassen.

4.
Über die Kosten dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endurteil befunden.

5.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
– die Vergabestelle (Ref-Nr. Projekt-ID […]; Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
– die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Vera Marantelli	Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 15. November 2012