Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7571/2009

Urteil vom 20. April 2011

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Galli,
Bahnhofplatz 9, Geschäftshaus Viktoria, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS,
armasuisse, Einkauf und Kooperationen,
Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern,
vertreten durch
Fürsprecher Dr. Wolfgang Straub, Deutsch Wyss & Partner und Dr. Fridolin Walther, Walther Leuch Howald,
Zustelladresse: Deutsch Wyss & Partner,
Effingerstrasse 17, Postfach 5860, 3001 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen - BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Los LOG 4 (Logistik@V; Integration LW/AApot).

Sachverhalt:

A.

Mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 117 vom 22. Juni 2009 schrieb das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS, armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle) unter dem Projekttitel "BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen" "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" (Ziff. 2.2, 2.4) im selektiven Verfahren (Ziff. 1.6) öffentlich aus. Der Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge wurde auf den 20. Juli 2009 festgesetzt (Ziff. 1.4). Als Termin für die Bestimmung der ausgewählten Teilnehmer wurde der 7. August 2009 vorgesehen, als Frist für die Einreichung des Angebots der 9. Oktober 2009 genannt (Ziff. 3.12, 3.13).

Der detaillierte Aufgabenbeschrieb (Ziff. 2.5) lautete wie folgt:

> "Das Programm "Betriebswirtschaftliche und logistische Systeme Verteidigung" (BLSV) umfasst verschiedene Projekte im Departementsbereich V, die aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeiten zusammengefasst und unter eine Programmaufsicht gestellt wurden. Diese Projekte umfassen komplexe, eng miteinander verwobene Aufgaben wie die Neukonzeption der Armeelogistik (Log XXI) die Einführung einer Kosten-Leistungsrechnung (KLR) zur Sicherstellung der betriebswirtschaftlichen Führung, die Harmonisierung der Mengen- und Werteflüsse im VBS sowie die Reduktion der komplexen SAP-Landschaft. Das Programm ist insbesondere für die übergeordnete, fachliche und organisatorische Koordination und Steuerung der Projekte verantwortlich. Die Umsetzung dieser Projekte erfordert einen enormen Einsatz von personellen Ressourcen und Know-how und kann daher nicht allein mit internen Mitarbeitenden abgewickelt werden. Aus diesem Grund sollen unterstützende Arbeiten ab 2010 an externe Partner vergeben werden. Im Rahmen der vorliegenden Submission werden Dienstleistungen für die Projekte ERP VBS, LOGISTIK@V und SAP V sowie für das Programm Management (PM) beschafft."

Das Projekt wurde in Lose unterteilt (Ziff. 2.7). Hier zur Diskussion steht das Los "Los-Nr.: LOG 4: LOGISTIK@V; Integration LW/AApot, CPV: 72220000 Systemberatung und technische Beratung" mit der Zeitdauer 2010 bis 2015.

B.

B.a Die Beschwerdeführerin reichte fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein.

B.b Die Vergabestelle wählte für jedes der Lose die drei besten Anbieter aus (Evaluationsbericht BLSV, 30. 11. 2009, Ziff. 3.6). Die Be-

schränkung auf drei Teilnehmer hatte sie in den Präqualifikationsunterlagen bekannt gegeben (Präqualifikationsunterlagen BLSV Beschaffung von Dienstleistungen, Juni 2009, Ziff. 6.1.4).

B.c Mit Präselektionsverfügung vom 6. August 2009 wurde die Beschwerdeführerin informiert, die Anträge seien auf der Basis der publizierten Eignungskriterien und der erbrachten Nachweise beurteilt worden. Aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen werde sie eingeladen, ein Angebot unter anderem für das Los LOG 4 einzureichen. Ihr wurden die entsprechenden Unterlagen zugestellt und es wurde auf den im Pflichtenheft genannten Termin verwiesen.

C.
Die Beschwerdeführerin sowie eine weitere Anbieterin reichten fristgemäss ein Angebot ein. Die dritte ausgewählte Anbieterin verzichtete auf die Einreichung eines Angebots (vgl. Evaluationsbericht BLSV Ziff. 4.4.6 Los LOG 4).

D.

D.a Am 10. November 2009 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an das Konsortium X._____/Y._____ (Zuschlagsempfängerin). Sie veröffentlichte den Entscheid im SHAB Nr. 222 vom 16. November 2009. Den Zuschlagsentscheid begründete sie wie folgt: "Beste Erfüllung der gestellten Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen" (Ziff. 3.3). Als Preisspanne genannt wurde "15'120'000.00 bis 16'146'760.00 CHF" (Ziff. 3.2). Die Veröffentlichung im SHAB enthält keine Angaben zu den Vergabekriterien (Ziff. 3.1) und der Anzahl eingegangener Angebote (Ziff. 4.3).

D.b Der Beschwerdeführerin teilte die Vergabestelle mit Schreiben vom 12. November 2009 mit, ihr Angebot sei nicht berücksichtigt worden. Ausschlaggebend seien insbesondere folgende Punkte gewesen:

> "Erfüllungsgrad Referenzen VBS (Referenzen ausserhalb Armeeumfeld); Erfüllungsgrad bezüglich Erfahrung im VBS."

Im Weiteren wurde die Beschwerdeführerin informiert, wem der Zuschlag erteilt worden sei.

D.c Nachdem die Beschwerdeführerin zusätzliche Angaben verlangt hatte, teilte die Vergabestelle ihr mit Schreiben vom 23. November 2009 Folgendes mit:

"Die Differenzen und damit Nichtberücksichtigung ergaben sich insbesondere aus den folgenden Gründen:
- Erfüllungsgrad Referenzen VBS (Ihre Referenzen ausserhalb Armeeumfeld/Bundesverwaltung)
- Erfüllungsgrad bezüglich Erfahrung im VBS
- Schlechteres Preis-/Leistungsverhältnis

Die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots sind die Erfahrung und Referenzen in der Schweizerischen Bundesverwaltung und VBS und das bessere Preis-/Leistungsverhältnis."

E.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2009 (Eingang: 7. Dezember 2009), ergänzt mit Eingabe vom 7. Dezember 2009, erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie stellte folgende Anträge:

"1) Es sei der vorliegenden Beschwerde zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

2) Es sei der Beschwerdeführerin die volle Akteneinsicht zu gewähren. Nach gewährter Akteneinsicht sei der Beschwerdeführerin - noch vor dem Ergehen des Entscheids über die definitive aufschiebende Wirkung - Gelegenheit zu geben, zu den Unterlagen Stellung zu nehmen. Es sei ferner ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

3) a) Hauptantrag in der Sache: Die Zuschlagsempfänger seien aus dem Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei - direkt durch das Gericht - der Beschwerdeführerin zuzuerkennen. Eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen und diese anzuweisen, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

b) Eventualantrag in der Sache: Es sei der Zuschlag der Vergabebehörde vom 10. November 2009 an das Konsortium X._____/Y._____ aufzuheben und es sei der neu auszufällende Zuschlag direkt an die Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen.

4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners, eventualiter der Zuschlagsempfänger."

Die Beschwerdeführerin begründete ihre Beschwerde im Wesentlichen damit, dass die Zuschlagsempfängerin vorbefasst bzw. die Vergabestelle befangen sei, die Zuschlagsempfängerin möglicherweise ungenügende Referenzprojekte ausgewiesen habe und die Zuschlags- und Subkriterien willkürlich angewendet worden seien. Im Zusammenhang mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung verwies sie auf die entsprechende Notwendigkeit und die fehlende Dringlichkeit.

F.

F.a Am 7. Dezember 2009 erteilte der Präsident der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugshandlungen, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

F.b Nachdem die Vergabestelle mit Eingabe vom 4. Januar 2010 sich dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung unterzogen hatte und die Zuschlagsempfängerin sich nicht hatte vernehmen lassen, wurde mit Zwischenverfügung vom 6. Januar 2010 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

G.

G.a Mit Eingabe vom 14. Dezember 2009 reichte die Beschwerdeführerin eine korrigierte Fassung des Beilagenverzeichnisses ein, in welcher sie die Aktenstücke bezeichnete, die infolge eines überwiegenden Geheimhaltungsinteresses nicht herauszugeben seien. Sie ergänzte, dass sie bezüglich Edition des Teilnahmeantrags der Zuschlagsempfängerin bereit sei, Gegenrecht zu halten.

G.b Mit der oben erwähnten Eingabe vom 4. Januar 2010 (vgl. oben F.b) reichte die Vergabestelle ebenfalls die Akten des Vergabeverfahrens sowie das Aktenverzeichnis, auf dem sie die von der Akteneinsicht auszunehmenden Akten bezeichnet hatte, ein.

G.c Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2010 wurden die Akten, soweit die Vergabestelle kein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht hatte, der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gegeben. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme.

G.d Mit Eingabe vom 29. Januar 2010 beantragte die Beschwerdeführerin zusätzliche Akteneinsicht und nach deren Gewährung die Ansetzung einer erneuten Frist zur Stellungnahme.

G.e Der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin wurde mit Zwischenverfügung vom 2. Februar 2010 bzw. 2. März 2010 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

G.f Die Zuschlagsempfängerin antwortete in einer Stellungnahme vom 17. Februar 2010, die Akteneinsicht sei nur soweit zu gewähren, als ihre

Geschäftsgeheimnisse nicht verletzt würden. Sie führte zudem aus, sie habe darauf verzichtet, sich am Verfahren zu beteiligen, da sie von der Korrektheit des Vergabeverfahrens überzeugt sei.

G.g Die Vergabestelle erklärte sich mit Eingabe vom 11. März 2010 mit der Herausgabe der Bewertung der Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerin einverstanden. Soweit weitergehend sei das Akteneinsichtsgesuch abzuweisen.

G.h Mit Zwischenverfügung vom 30. März 2010 wurde der Beschwerdeführerin Einsicht in die Bewertung ihrer Schlüsselpersonen gegeben. Ferner wurde festgestellt, es würde ihr in weitere - in der Zwischenverfügung genannte - Akten Einsicht - teils mit Einschränkungen - gegeben, sobald die Verfügung in Rechtskraft erwachse, bzw. sofern die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin sich mit der Herausgabe einverstanden erklärten, nach Eingang einer entsprechenden Mitteilung.

G.i Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wurde mit Zwischenverfügung vom 17. Mai 2010 der Beschwerdeführerin Akteneinsicht gewährt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

G.j Am 16. Juni 2010 reichte die Beschwerdeführerin fristgerecht ergänzende Ausführungen zur Beschwerdeschrift vom 3. bzw. 7. Dezember 2009 ein. Sie ging ausführlich ein auf die Fragen der Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin bzw. Befangenheit der Vergabestelle, der Referenzprojekte der Zuschlagsempfängerin und der willkürlichen Anwendung der Zuschlags- und Subkriterien.

H.

H.a Der Vergabestelle wurde am 23. Juni 2010 Kenntnis von dieser Stellungnahme gegeben. Sie wurde aufgefordert, bis zum 22. Juli 2010 eine Vernehmlassung in der Hauptsache einzureichen und insbesondere zur Frage der Vorbefassung Stellung zu nehmen.

H.b Auf Ersuchen der Vergabestelle wurde diese Frist am 14. Juli 2010 bis zum 23. August 2010 erstreckt.

I.

Mit Vernehmlassung in der Hauptsache vom 23. August 2010 - mit verschiedenen Beilagen - beantragte die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen. Die als geheim bezeichneten Angaben und Beilagen seien als Amtsgeheimnisse bzw. als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und auch im Falle einer Entscheid-

publikation nicht offen zu legen. Die Vergabestelle nahm zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin Stellung. Im Weiteren zog sie die angefochtene Verfügung im Sinne einer Motivsubstitution in Wiedererwägung. Sie führte diesbezüglich aus, die von der Beschwerdeführerin zu Recht gerügten Inkongruenzen bei den Subkriterien seien im Rahmen einer Reevaluation korrigiert worden. Beigelegt wurde hierzu ein Evaluationsbericht vom 20. August 2010 in einer geschäftsgeheimen und einer geschwärzten Fassung.

J.
Die Beschwerdeführerin erhielt Kenntnis von der Vernehmlassung und den nicht als geheim bezeichneten Akten und reichte am 27. September 2010 eine Replik ein. Sie nahm Stellung zu den Vorbringen der Vergabestelle in der Vernehmlassung. Sie bemängelte insbesondere die Tatsache, dass sich die Vergabestelle auf angeblich geheime Akten berufe, die ihr nicht zur Kenntnis gegeben würden, sowie die Wiedererwägung der Verfügung durch die Vergabestelle, die den Parteien nicht und schon gar nicht vorschriftsgemäss in Sinne von Art. 34 ff. VwVG eröffnet worden sei.

K.

K.a In einer Duplik vom 12. November 2010 nahm die Vergabestelle hierzu Stellung. Sie beantragte erneut das Nichteintreten auf die Beschwerde, eventuell die Abweisung und hielt an der Geheimhaltung der entsprechend bezeichneten Akten - auch im Falle einer Entscheidpublikation - fest. Ferner nahm sie Stellung zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin, die sie bestritt, soweit sie nicht Zugeständnisse enthielten oder ausdrücklich als richtig anerkannt worden seien, und ging auf Einzelheiten der Vorbringen der Beschwerdeführerin ein. Zudem äusserte sie sich zu den Vorwürfen betreffend die Wiedererwägung der Verfügung.

K.b Die Stellungnahme der Vergabestelle wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zugestellt.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1, BVGE 2008/48 E. 1.2, je mit Hinweisen).

1.1. Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 172.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

1.2. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB). Gegenstand der Ausschreibung "Los-Nr.: LOG 4 Systemberatung und technische Beratung LOGISTIK@V; Integration LW/AApot" ist ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB. Der gemäss Art. 1 Bst. b der Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 (AS 2008 5955) i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BöB für Dienstleistungsaufträge massgebende Schwellenwert von Fr. 248'950.– wird im vorliegenden Fall überschritten (Preisspanne laut Ziff. 3.2 der Zuschlagspublikation: Fr. 15'120'000.00 bis 16'146'760.00). Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Demnach sind die Regeln des BöB auf den hier zu beurteilenden Auftrag anzuwenden.

1.3. Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a BöB).

1.4. Als nicht berücksichtigte Anbieterin ist die Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Vertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5. Der Entscheid über den Zuschlag ist eine durch Beschwerde anfechtbare Verfügung (Art 29 Bst. a BöB), welche durch Veröffentlichung nach Art. 24 Abs. 1 BöB zu eröffnen ist (Art. 24 Abs. 2 BöB). Der Fristenlauf wird jedoch auch ausgelöst durch eine rechtsgenügliche Eröffnung

des Zustellungsentscheids mittels persönlicher Zustellung an den nicht berücksichtigten Anbieter (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007**,** Rz. 833, mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin wurde mit eingeschriebenem Schreiben vom 12. November 2009 über die Nichtberücksichtigung ihres Angebots benachrichtigt. Die Publikation des Zuschlags vom 10. November 2009 erfolgte im SHAB vom 16. November 2009.

Die Beschwerdeschrift datiert vom 3. Dezember 2009, die bereinigte Version der Beschwerde wurde am 7. Dezember 2009 der Post übergeben.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeschrift vom 3. Dezember 2009 innerhalb der Beschwerdefrist von 20 Tagen (vgl. Art. 30 BöB, Art. 20 VwVG) eingereicht wurde. Die Vergabestelle beantragt aber in ihrer Vernehmlassung vom 23. August 2010, es sei von Amtes wegen zu entscheiden, ob die ergänzte Beschwerdeversion vom 7. Dezember 2009 fristgereicht eingereicht worden sei.

Das Schreiben der Vergabestelle vom 12. November 2009, das zwei Seiten umfasst (vgl. Seitennummerierung 1/2 und 2/2), enthält - wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 3. Dezember 2009 bemängelt - keine Rechtsmittelbelehrung und ist nicht als Verfügung gekennzeichnet. Unabhängig von der Frage, ob es als rechtsgenügliche Eröffnung zu betrachten ist, ist festzustelllen, dass die Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 3. Dezember 2009 sich ausdrücklich vorbehalten hatte, eine Beschwerdeergänzung einzureichen. Selbst wenn die Eingabe vom 7. Dezember 2009 also verspätet eingereicht worden wäre, ist aufgrund des Stillschweigens des Gerichts zu schliessen, dass dem Ersuchen um Einreichung einer Beschwerdeergänzung gemäss Art. 53 VwVG entsprochen wurde, bzw. hätte entsprochen werden müssen.

Die Eingabe vom 7. Dezember 2009 ist deshalb ebenfalls als ordnungsgemäss eingereicht zu betrachten.

1.6. Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1. Die Frage stellt sich, ob die Rüge der Vorbefassung rechtzeitig erhoben wurde.

Der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert, festgestellte Mängel sofort zu rügen (BGE 130 I 241 E. 4.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3, mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 420, 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., insb. S. 412 mit Hinweisen). Dies gilt insbesondere auch für die Rüge der Vorbefassung, die grundsätzlich zu dem Zeitpunkt, zu welchem der Betroffene Kenntnis von den für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen hat, zu erheben ist, ansonsten sie als verspätet erhoben und damit als verwirkt anzusehen ist (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 683, mit Hinweisen).

Vorliegend geht aus den Akten nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin die Rüge der Vorbefassung früher hätte erheben können. In ihrer Vernehmlassung in der Hauptsache vom 23. August 2010 betont die Vergabestelle, dass es im BöB nicht vorgesehen sei, den Anbietern die Namen aller Mitbewerber mitzuteilen (Rz. 26). Es ist aus den Akten nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin vor der Publikation des Zuschlags von der Teilnahme der Zuschlagsempfängerin gewusst hätte.

2.2. Die Vergabestelle beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 23. August 2010 (Rz. 16), soweit die Beschwerdeführerin die in den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Pflichtenheft verwendeten Eignungs- und Zuschlagskriterien - insbesondere die Bewertung der VBS-Referenzen - bemängle, sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, da diese Kriterien durch Anfechtung der Ausschreibung bzw. der Präqualifikationsverfügung hätten gerügt werden müssen.

Erachtet eine Anbieterin die in der Ausschreibung insoweit klar formulierten Eignungskriterien als unzulässig, hat sie diese bereits durch Anfechtung der Ausschreibung als rechtsfehlerhaft zu rügen. Tut sie dies nicht, kann sie die Rechtsfehlerhaftigkeit einer Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages nicht mehr rügen (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3, mit Hinweisen, B-1687/2010 und B-1689/2010 beide vom 19. Juli 2010 E. 4.3).

Die Unterlagen, die den Bewerbern während der zweiten Phase des selektiven Verfahrens abgegeben werden, können grundsätzlich noch mit dem Entscheid über den Zuschlag angefochten werden, unter Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben (BGE 130 I 241 E. 4.1-4.3).

Soweit die Selektionskriterien und deren Bewertung gerügt werden, ist festzustellen, dass diese sich in den während der zweiten Phase des selektiven Verfahrens abgegeben Unterlagen finden (vgl. Ausschreibung im SHAB Nr. 117 Ziff. 3.9 mit dem Verweis auf die in den Unterlagen genannten Kriterien, Pflichtenheft Los LOG 4 von Juli 2009). Diese wurden der Beschwerdeführerin mit der Präselektionsverfügung vom 6. August 2009 zugestellt. Gewisse Präzisierungen erfolgten zudem erst in der Vernehmlassung zur Hauptsache vom 23. August 2010. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin diese verspätet gerügt hätte.

3.
Die Beschwerdeführerin kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 49 Bst. a und b VwVG), nicht aber die Unangemessenheit (Art. 31 BöB) rügen.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zuschlagsempfängerin sei vorbefasst gewesen.

4.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Vorbefassung vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1).

4.3. Das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) regelt die Vorbefassung in Art. VI Abs. 4 wie folgt:

> "Die Beschaffungsstellen dürfen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können."

4.4. Das BöB (BöB, SR 172.056.1) enthält keine explizite Regelung der Vorbefassung.

Art. 1 BöB, der den Zweck des Gesetzes nennt, hält jedoch Folgendes fest:

> "Der Bund will mit diesem Gesetz:
> a. das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten;
> b. den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken;
> c. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (Abs. 1).
> Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten (Abs. 2)."

4.5. Ausgehend von diesen Prinzipien (vgl. unten) regelt die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) die Vorbefassung seit dem 1. Januar 2010 (Änderung vom 18. November 2009 [AS 2009 6149]) in Art. 21a wie folgt:

> "Die Auftraggeberin schliesst Anbieter und Anbieterinnen aus einem Verfahren aus, wenn:
> a. diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann; und
> b. dieser Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen nicht gefährdet (Abs. 1).
> Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:
> a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
> b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
> c. die Verlängerung der Mindestfristen (Abs. 2)."

In den Erläuterungen zur Verordnungsänderung wird darauf hingewiesen, dass sich Art. 21a VöB auf das Gleichbehandlungsgebot aber auch die Gebote der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel (Art. 1 BöB) stützt (Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 1. Januar 2010, abrufbar auf der Homepage des Bundesamts für Bauten und Logistik [BBL]: www.bbl.admin.ch).

Art. 21a VöB ist auf das vorliegende Vergabeverfahren nicht anwendbar (vgl. Art. 72b VöB). Anwendbar sind hingegen die dieser Bestimmung zugrunde liegenden Prinzipien von Art. 1 BöB.

4.6. Doktrin und Rechtsprechung befassten sich denn auch bereits vor Inkrafttreten von Art. 21a VöB mit der Vorbefassung (vgl. die unten genannte Rechtsprechung und u. a. JEAN BABTISTE ZUFFREY, Les grandes nouveautés en droit des marchés publics, in: Jean Babtiste Zuffrey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 1 ff., S. 8, mit Hinweis auf PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Fribourg 1999, S. 14 ff.).

4.7. Das Bundesgericht hält fest, dass eine Vorbefassung mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren kann. Der vorbefasste Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten. Oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergabebehörde durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1).

Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine Vorbefassung im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge hat. Präzisiert wird, dass der Beweis, dass aus der Mitwirkung im Vorfeld des Submissionsverfahrens kein Wettbewerbsvorteil resultiert, in der Praxis dem betreffenden vorbefassten Anbieter obliegt. Eine Beteiligung am Submissionsverfahren trotz Vorbefassung gilt unter anderem dann als zulässig, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist, ferner auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt wird (Herstellung von Transparenz). Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E.3.3, mit Hinweisen).

4.8. Unter Hinweis auf die Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), erachtet auch das Bundesverwaltungsgericht es als sachgerecht, die Praxis des Bundesgerichts, nach welcher - nur - eine qualifizierte Vorbefassung zum Verbot der Teilnahme am Submissionsverfahren führt, für das Bundessubmissionsrecht zu übernehmen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 5.3, mit Hinweis auf BRK 2006-004, auszugsweise publiziert in BR 2006 S. 190; vgl. zur Praxis der Rekurskommission: MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 77).

5.

5.1. Das hier zur Diskussion stehende Los LOG 4 ist Teil eines grösseren Projekts, bei dem es um die neue Logistik der Armee geht.

5.1.1. Die Vergabestelle schildert in ihrer Vernehmlassung vom 23. August 2010 (Rz. 23) den zeitlichen Ablauf der Ausschreibungen im Zusammenhang mit der Beschaffung einer neuen Logistiklösung für die Logistikbasis der Armee (LBA) wie folgt:

> 2004 wurde die Beschaffung einer neuen Logistikbasis für die Armee (LBA) ausgeschrieben (als WTO I bezeichnet) und wegen Verdachts einer Absprache zwischen den Anbietern abgebrochen.
>
> 2005 wurde die Logistikbasis der Armee erneut ausgeschrieben (als WTO II bezeichnet). Aufgrund von Problemen mit der Zuschlagsempfängerin wurde die Zusammenarbeit aufgelöst.
>
> 2007 wurde die Einsatzfähigkeit der IT-Infrastruktur der LBA mittels einer freihändigen Vergabe für dringliche Arbeiten sichergestellt.
>
> Aufgrund einer Beschwerde wurde ein Bereich aus der Vergabe herausgelöst und ausgeschrieben (als WTO III bezeichnet).
>
> 2008 wurden im Rahmen eines selektiven Verfahrens Datenlesegeräte und Zubehör für die Supply Chain Automation Lösung beschafft (als WTO IV bezeichnet).
>
> 2009 wurden Dienstleistungen für das gesamte Programm Betriebswirtschaftliche und Logistische Systeme Verteidigung (BLSV) beschafft (als WTO V bezeichnet). Die Vergabestelle präzisiert hierzu, dass sich vorangegangene Beschaffungen jeweils nur auf einen Teil des BLSV, nämlich das Projekt LOGISTIK@V, bezogen hätten. Das Los LOG 4 sei ein kleiner Teil des WTO V-Verfahrens (Vernehmlassung vom 23. August 2010 Rz. 23).

5.1.2. Inhaltlich reiht die Vorinstanz das zur Diskussion stehende Los LOG 4 im Rahmen dieses Logistikprojekts wie folgt ein (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 24):

> "Das Programm Betriebswirtschaftliche und Logistische Systeme Verteidigung (nachfolgend als Programm BLSV bezeichnet) umfasst diverse Projekte, die komplexe, teilweise miteinander verwobene Aufgaben beinhalten. Es beinhaltet unter anderem die Umsetzung der Neukonzeption der Armeelogistik (Umsetzung LOG A XXI), die Einführung einer Kosten-/ Leistungsrechnung entsprechend dem neuen Rechnungsmodell des Bundes (KLR V N/Nrm) sowie die Konsolidierung der gesamten SAP-Landschaft.

> Im Rahmen dieses Programms soll unter anderem das Projekt Logistik@V realisiert werden (siehe dazu Pflichtenheft BLSV allgemeiner Teil, S. 7, Abbildung 1).
>
> Das angefochtene Los LOG 4 stellt neben zahlreichen weiteren Losen ein selbständiges Teilprojekt innerhalb des Projekts Logistik@V dar."

Eine Übersicht über das Programm BLSV und die Projekte Logistik@V findet sich auch in den Präqualifikationsunterlagen BLSV Beschaffung von Dienstleistungen, Juni 2009, in Ziff. 3.

5.2. Los LOG 4 wird in der Ausschreibung (vgl. oben Bst. A) umschrieben mit "Logistik@V, Integration LW/AApot", wobei LW für Luftwaffe und AApot für Armeeapotheke steht. Gemäss den Präqualifikationsunterlagen BLSV Beschaffung von Dienstleistungen, Juni 2009, umfasst das Los LOG 4 das Modul 11, welches in Ziff. 3.2.1 beschrieben wird als:

> "Konzept zur Integration der Systeme LW und AApot (z.B. in Form einer Fit/Gap-Analyse);
> Erarbeitung von Konzepten zur Schliessung der identifizierten Gap's;
> Realisierung und Einführung inkl. Datenmigration und Entwicklung von Schnittstellen und Zusatzprogrammen;
> Aufbau cut over Planung und Unterstützung der Produktivsetzung;
> Realisierung von Change Requests zur Systemoptimierung."

5.3. Dieses Modul betrifft RE2/RE3 (Präqualifikationsunterlagen BLSV Beschaffung von Dienstleistungen, Juni 2009, Ziff. 3.2.1). Die Realisierungseinheiten (RE) sind dabei wie folgt definiert:

> "RE1/5: Detaillierung und Realisierung des neuen Prozessmodells und Konsolidierung des Systems LBA mit den SAP V per 1.1.2010 zum neuen System V (PSN). Das PSN nutzt Funktionen aus SAP ERP sowie aus der Branchenlösung DFPS (Defence Forces & Public Security). Abschluss geplant per 31.3.2010.
> RE2: Ablösung des LW-Mandanten und Integration in PSN (SAP ERP / DFPS Lösung) auf Basis der mit RE1/RE5 implementierten Prozesse per 01.01.2012.
> RE3: Ablösung des heutigen AApot Systems und weitest mögliche Integration in PSN (SAP ERP / DPFS Lösung) unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben (HMG) per 01.01.2012.
> RE4: Ausbau der End-zu-End Prozesse, entspricht Phase 3."

5.4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es um das Los LOG 4. Massgebend ist deshalb die Frage, ob und inwieweit die Zuschlagsempfängerin bezüglich dieses Loses vorbefasst ist, d.h. ob sie über einen Wissens- bzw. Wettbewerbsvorteil im Zusammenhang mit dieser Beschaffung verfügte.

5.5. Nicht ausgeschlossen von der Teilnahme ist ein vorbefasster Anbieter, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E.3.3). Dies ist vorliegend nicht der Fall. So wurden bei der Präqualifikation mehr Angebote zum Los LOG 4 eingereicht, als im selektiven Verfahren berücksichtigt werden konnten (vgl. Evaluationsbericht BLSV, 30. November 2009, Ziff. 3.8, Zusagen und Absagen).

5.6. Die Vergabestelle betont, dass die Zuschlagsempfängerin nicht beteiligt war an Arbeiten im Zusammenhang mit den Ausschreibungsunterlagen, den Präqualifikationsunterlagen oder dem Pflichtenheft (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 44, 52) bzw. am Vergabefahren oder der Vorbereitung der Ausschreibung (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 55).

5.7. Eine Vorbefassung eines Anbieters kann sich jedoch nicht nur aufgrund der Mitarbeit bei den oben genannten Unterlagen ergeben, sondern auch Folge anderer Arbeiten oder Informationen sein. So nennt das Bundesgericht neben dem Erstellen von Ausschreibungsunterlagen auch die Verfassung von Projektgrundlagen oder die Informationen über bestimmte technische Spezifikationen des zu bearbeitenden Geschäfts (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1).

5.8. Unbestritten ist, dass sich die Zuschlagsempfängerin mit dem Projekt der Armeelogistik befasste.

5.9. Die Vergabestelle bestätigt insbesondere, dass X._____ mit der Konzeption der Armeelogistik beauftragt war (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 32, 51, 52), dass X._____/Y._____ nach Widerruf des Projekts WTO II für dringende Aufgaben herbeigezogen wurde (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 36) und an Projekthandbüchern - erstellt nach der Methode HERMES - mitarbeitete (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 39). Weiter wird ausgeführt, die Zuschlagsempfängerinnen hätten ein Mandat zur Konzeption der Armeelogistik (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 55).

5.10. Ebenfalls bestätigt wird von der Vergabestelle, dass A. Z._____ - von Y._____ (vgl. z.B. den von der Beschwerdeführerin eingereichten Handelsregisterauszug) - die Funktion eines Integrationsmanagers BLSV ausübt. Sie stellt jedoch klar, diese Aufgabe umfasse lediglich die Koordination der notwendigen Arbeiten, damit die einzelnen SAP Systeme miteinander funktionieren würden. Konkret hätten verschiedene technische Schnittstellen zwischen den Systemen harmonisiert werden

müssen. Es sei nicht um eine vollständige Integration der Systeme gegangen, diese Arbeit stehe beim Los LOG 4 noch bevor (Duplik vom 12. November 2010, Rz. 13).

5.11. Das Projekthandbuch "Logistik@V Phase 2 Einführung" (vgl. unten) enthält in Ziff. 2.8.1 eine Übersicht über die Projektorganisation. Im Organigramm werden verschiedene Personen der Zuschlagsempfängerin aufgeführt, und zwar: zwischen PA BLSV und Projekt Logistik@V in den Funktionen Projektmanagement, Programmintegration, Risikomanagement (jeweils eine Person von Y._____, ohne dass weitere Personen genannt werden); unter dem Projekt Logistik@V in den Funktionen Projektmanagement und Integrationsmanagement (je eine Person von X._____ und Y._____ neben dem Projektleiter von der Vergabestelle). Im dazugehörigen Text wird verwiesen auf eine Weiterführung mit den bisherigen Rollen und Verantwortlichkeiten.

5.12. Die Beschwerdeführerin nennt unter anderem die Mitarbeit der Zuschlagsempfängerin beim Projekthandbuch "Logistik@V Phase 2 Einführung" als Nachweis einer Vorbefassung. Allein schon aufgrund des Projekthandbuchs stehe fest, dass die Zuschlagsempfängerin infolge ihrer Mitarbeit einen Wissensvorsprung erlangt habe.

5.12.1. In der Beschwerdeschrift (bereinigte Version vom 7. Dezember 2009) verweist sie diesbezüglich nicht abschliessend auf:

Seite 9: Die mehrfache Erwähnung der Zuschlagsempfängerin und ihrer Funktionen unter dem Titel Begriffe und Abkürzungen.

Seite 10: Die Nennung unter den referenzierten Dokumenten (Ziff. 1.4) einer Offerte der Zuschlagsempfängerin, wobei vor allem auch das Datum vom 23. September 2009, d.h. kurz vor dem Offerteneinreichungstermin, interessant sei.

Seite 19, Abbildung 3: Sie enthalte die Voranalyse namentlich für die LW (d.h. Luftwaffe) und AApot (d.h. Armeeapotheke), d.h. die beiden Bereiche, welche den Inhalt des Los LOG 4 darstellen würden. Die Voranalyse sei Teil des Auftrags, so dass die Zuschlagsempfängerin zusammen mit der Vergabestelle bereits einen Teil der Offertbearbeitung vorweggenommen habe. Diesbezüglich wird verwiesen auf den Aufgabenbeschrieb im Pflichtenheft Los LOG 4 (S. 5): "Initialisierung und Voranalyse: AApot mit der Zielsetzung, die optimale Integrationslösung für das System AApot in das System (SAP ERP / DPFS Lösung) unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben (HMG) zu erarbeiten."

Seite 23: Hier sei ersichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Vergabestelle auch gleich schon weitere Informationen für die Voranalyse erhalten habe und überdies über die Logistikschnittstellen zu LW und AApot informiert worden sei.

Seite 92: Angesichts der 6475 Manntage des Konsortiums X._____/Y._____ könne eine massgebliche Involvierung der Zuschlagsempfängerin nicht bestritten werden.

In der Replik vom 27. September 2010 fügt die Beschwerdeführerin hinzu, es stehe schon aufgrund dieses Projekthandbuchs fest, dass sowohl X._____ wie auch Y._____ an der Vorbereitung der Unterlagen und des vorliegenden Vergabeverfahrens des Loses LOG 4 derart mitgewirkt hätten, dass sie bezüglich der strittigen Vergabe einen Wissensvorsprung erreicht hätten. Die Projekthandbücher würden zwar nicht alle Einzelheiten aber doch wesentliche Informationen über die Teilprojekte enthalten. Erwähnt werden nicht abschliessend aus dem Projekthandbuch:

Seite 14: In Ziff. 2.2 werde verwiesen auf die Einführung der "institutionalisierten übergreifenden Meetings und Workshops", welche allen Sitzungsteilnehmern eine umfassenden Überblick über alle Projekte ermöglichten.

Seite 17: In Ziff. 2.4 würden im "Projektumfang" die Armeeapotheke und die Luftwaffe, welche Gegenstand des Loses LOG 4 seien, explizit erwähnt. Nur schon wegen des aufgeführten Planungszeitraums bis 2012 in Verbindung mit dem im Projekthandbuch Logistik@V enthaltenen Erklärungstext werde deutlich, dass der Inhalt des Loses LOG 4 Gegenstand der erfolgten Studie gewesen sei.

Seite 62 f.: Unter Kapitel 6.5.2 "Verantwortlichkeiten", "Lieferobjekt IM4 (Integration SAP V)" werde die L/A (mit dem Hinweis in einer Fussnote: gemäss den Abkürzungserläuterungen S. 39 des Projekthandbuch bedeute L = "Lead: Führung und Verantwortung" und A = "Ausführung: Mitarbeiterlast liegt mehrheitlich bei der bezeichneten Partei") bezüglich Integration und Koordination, insbesondere bei Punkt 12 u.a. "Zulieferung Cutoverplanung ...SAP LW, SAP AApot (mit der Bemerkung in der Fussnote: also das volle Auftragsvolumen des Loses LOG 4)…", den Zuschlagsempfängern übertragen.

5.12.2. Die Vergabestelle bestreitet die Zusammenarbeit mit der Zuschlagsempfängerin beim Projekthandbuch nicht. Sie erklärt aber, aus dem Inhalt des Projekthandbuchs gehe hervor, dass es sich nicht um eine

länger dauernde Planung handle. Es sei z.B. keine Meilensteinplanung pro Teilprojekt im 2010 zu finden. Im Abschnitt 2.4.1 seien lediglich allgemein zugängliche Informationen dargestellt. Zudem sei das Handbuch - wie aus Seite 2 hervorgehe - zwischen dem 4. und 12. Oktober 2009 erstellt worden, d.h. lange nach der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und dem Abschluss der Präqualifikation. Das Pflichtenheft Los LOG 4 sei vom 17. Juli 2009. Die im Oktober 2009 erstellten Unterlagen hätten somit nicht zu einem Wissensvorsprung führen können (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 42, 43, Duplik vom 12. November 2010, Rz. 8). Die Erstellung des Projekthandbuchs sei völlig getrennt von der Erarbeitung der Vergabeunterlagen erfolgt. Die Annahme, dass, aufgrund der im Projekthandbuch genannten Namen, diese Personen auch an der Erarbeitung der Vergabeunterlagen mitgearbeitet hätten, entspreche nicht den Tatsachen und könne auch nicht aus den Unterlagen hergeleitet werden (Duplik vom 12. November 2010, Rz. 9). Das Projekthandbuch habe nach der Methode HERMES erstellt werden müssen. In diesen Projekthandbüchern seien u.a. die Ausgangssituation sowie die Vision zu beschreiben (Duplik vom 12. November 2010, Rz.10). Die von der Beschwerdeführerin aufgeführte Abbildung 3 auf Seite 19 zeige eine Übersicht über alle Aktivitäten im Zeitverlauf. Der Projektumfang sei mit einem roten Kasten umrandet und umfasse nicht die Voranalyse LW und AApot. Auf Seite 19 ff. werde zudem darauf verwiesen, dass die Integration LW und AApot eine spätere Realisierungseinheit 2 und 3 darstelle (Duplik vom 12. November 2010, Rz.11). Das ebenfalls von der Beschwerdeführerin aufgeführte Lieferobjekt IM4 umfasse die Aktivitäten, die zwingend notwendig gewesen seien, damit das neue System PSN mit dem der LW und der AApot kommunizieren könne. Dazu seien einige Schnittstellen zwischen den Systemen bearbeitet worden, es sei aber nicht darum gegangen, die Systeme vollständig zu integrieren (Duplik vom 12. November 2010, Rz. 12).

5.12.3. Im Projekthandbuch "Logistik@V Phase 2 - Einführung" wird der Zweck des Dokuments in Ziff. 1.1 definiert als: "Das Projekthandbuch enthält die Planung und Organisation des gesamten Projektes und legt die Grundlagen der Zusammenarbeit und die Qualitätskontrolle, resp. das Änderungsmanagement fest." Der Geltungsbereich wird in Ziff. 1.2 wie folgt umschrieben: "Das Projekthandbuch gilt für die Phase der Einführung des Projekts LOGISTIK@V."

Beim Projekthandbuch handelt es sich um die Version V1.0, mit Ausgabedatum 12. Oktober 2009, gültig ab 1. Juli 2009 bis 31. März 2010 (S. 1). Die Änderungsübersicht auf Seite 2 listet "Änderungen" vom 4.10.2009 bis 12.10.2009 auf. Allein aus den Angaben auf Seite 2 betreffend "Änderungen" lässt sich - entgegen der Behauptung der Vergabe-

stelle - die Erarbeitung des Handbuchs nicht auf die Zeit vom 4. bis 12. Oktober 2009 beschränken. Zudem wird die Gültigkeit des Handbuchs gemäss den Angaben auf der Titelseite als vom 1. Juli 2009 bis 31. März 2010 angegeben, d.h. es geht um eine weit vor den genannten Änderungen beginnende Zeitspanne.

5.13. Die Beschwerdeführerin erwähnt ferner gemeinsame Sitzungen von Personen der Zuschlagsempfängerin mit der Vergabestelle und reicht diesbezüglich verschiedene Unterlagen ein. Die Vergabestelle entgegnet, Sitzungen seien jeweils in offene und interne Teile unterteilt worden. Bei den Diskussionen um die Ausschreibungen seien Mitarbeiter von Anbietern bzw. potenziellen Anbietern jeweils ausgeschlossen worden und hätten den Raum verlassen müssen (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 30). Betreffend ein von der Beschwerdeführerin eingereichtes Sitzungsprotokoll vom 2. Juli 2009 wird erklärt, es habe sich ausschliesslich um eine offene Sitzung gehandelt, und präzisiert: "Es wurde lediglich über die bisherigen Vorarbeiten zur Integration des SAP der Armeeapotheke informiert. Zudem wurde die Grundsatzfrage erörtert, ob die Armeeapotheke überhaupt zu integrieren sei oder nicht. Es ging hingegen nicht um die Ausschreibung" (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 31).

5.14. Aus den Akten geht hervor, dass zwei von der Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekte sich auf das Projekt Logistik@V beziehen. Da es sich bei Logistik@V um ein sehr umfangreiches Projekt handelt, würde dies allein noch keinen Schluss auf eine rechtlich relevante Vorbefassung bezüglich des hier zur Diskussion stehenden Los LOG 4 zulassen.

Das Referenzprojekt 2 betrifft die Zeit von 2005 bis 2006. Von grösserem Interesse ist hier das Referenzprojekt 1. Es bezieht sich auf das "Projekt Logistik@V Phasen Voranalyse, Konzept und Realisierung, Einführung", betrifft die Zeit von Juli 2007 bis März 2010 und umfasst die Realisierungseinheiten RE1/RE5. Es geht dabei unter anderem um "Grobkonzept und Einführungsstrategie zur Integration der Systeme (...) LW und AApot im Rahmen der Voranalyse", "Konzeption eine harmonisierten Prozessmodell geltend für (...) LW und AApot", "Konzeption und Realisierung der SCA Prozesse für die Funktion Lagermanagement und Instandhaltung geltend für (...) und zukünftig auch für LW und AApot".

Der Beschwerdeführerin wurde keine Akteneinsicht in diese Unterlagen betreffend Referenzobjekte gewährt. Da hier nicht zu deren Nachteil auf diese abgestellt wird, ist das Recht auf Akteneinsicht nicht verletzt (vgl. Art. 28 VwVG).

5.15. Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass die Zuschlagsempfängerin über ein Vorwissen bezüglich des zur Diskussion stehenden Projekts verfügte. Dies erwarb sie einerseits im Rahmen der Arbeiten für die vorgängige Realisierungseinheit RE1/RE5, anderseits bei den weiteren, insbesondere konzeptionellen Arbeiten für die Vergabestelle.

6.

6.1. Ein Vorwissen ist noch kein Grund, einen Anbieter aus dem Verfahren auszuschliessen. Ein Ausschluss setzt voraus, dass ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil erwiesen ist (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 5.7.3; DANIELA LUTZ, Ausstand und Vorbefassung, Grundlagen/Rechtsprechung/Probleme in der Praxis/Wie weiter? in: BR 2004 Sonderheft, S. 45 ff. S. 51 f., RES NYFFENEGGER/HANS ULRICH KOBEL, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR S. 49 ff., S.66; vgl. zur Grenze zwischen erlaubter und unerlaubter Mitwirkung infolge Vorbefassung: CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zürich/St. Gallen 2009, S. 195 ff., mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre, wobei auch auf die Frage einer Interessenabwägung eingegangen wird).

6.2. Die Vergabestelle betont, dass die Zuschlagsempfängerin keine Möglichkeit gehabt habe, die Ausgestaltung des Beschaffungsvorhabens zu beeinflussen oder Kenntnisse über Besonderheiten dieser Beschaffung zu erlangen, die sie im Rahmen der Offerte zum eigenen Vorteil hätte verwerten können (Duplik vom 12. November 2010, Rz. 37). Wissen und Kenntnisse aus früheren Aufträgen seien jedoch Bestandteil des unternehmerischen Know-how und der Erfahrung der betreffenden Anbieter und unter dem Gesichtspunkt der Vorbefassung nicht von Bedeutung (Stellungnahme vom 12. November 2010, Rz.38). Ein tatsächlicher Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin, wie er gemäss der Rechtsprechung nötig wäre, bestehe nicht (Duplik vom 12. November 2010, Rz. 39).

6.3. Das Bundesgericht hat entschieden, soweit die Ausführung eines ersten Mandates einem Bewerber "spezielle objektive Kenntnisse" verschafft hat, es sich aus Gründen der Chancengleichheit aufdrängen kann, dass diese Kenntnisse vom öffentlichen Auftraggeber auch den anderen Bewerbern für die Offertstellung zugänglich gemacht werden (vgl. Urteil des Bundesgericht 2P.146/2006 vom 8. November 2006 E. 3.2, mit Hinweis insb. auf das Urteil 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 5.7.1). Dass in gewissen Fällen bei einer periodischen Ausschreibung der bisherige Leistungserbringer bei der Kalkulation der Offerte für eine neue

Periode gewisse Vorteile haben kann, wurde jedoch als systemimmanent und nicht als Grund für einen Ausschluss vom Vergabeverfahren betrachtet, da es dadurch nicht verunmöglicht werde, dass neue Bewerber dank anderer Vorteile günstigere Offerten einreichen können (Urteil des Bundesgericht 2P.146/2006 vom 8. November 2006 E. 3.3).

6.4. Hier geht es nicht um einen gleichartigen, periodisch ausgeschriebenen Auftrag, bei dem ein bisheriger Anbieter naturgemäss aufgrund seiner Tätigkeit über gewisse Kenntnisse verfügt, sondern um ein Projekt, das in verschiedene Realisierungseinheiten unterteilt ist, die gesondert vergeben werden. Soweit die Zuschlagsempfängerin die Phase RE1/RE5 bearbeitete, kann analog dazu festgehalten werden, dass auch hier bei der Ausschreibung der folgenden Aufträge derjenige, der den ersten Auftrag erhielt, nicht schon grundsätzlich ausgeschlossen werden soll, aber bei der folgenden Vergabe die grundlegenden Prinzipien des Vergaberechts zu beachten und insbesondere die Chancengleichheit der Anbieter und der Wettbewerb unter ihnen zu gewährleisten sind. Im vorliegenden Fall kommt aber hinzu, dass die Zuschlagsempfängerin generell in die Konzeption und Realisierung der BLSV und Logistik@V einbezogen ist und auch deshalb über ein Mehrwissen verfügt.

6.5. Die Vergabestelle wendet ein, selbst wenn die Zuschlagsempfängerin Kenntnis von Werkbeschreibungen gehabt hätte, wäre es ihr aufgrund des nachher gewählten funktionalen Ansatzes nicht möglich gewesen, daraus irgendwelche Vorteile zu ziehen. Im Rahmen der Ausschreibung seien nämlich die Kompetenzen der angebotenen Teams massgeblich gewesen. Zum funktionalen Ansatz wird präzisiert, ausschlaggebend sei das Beschaffungsziel bzw. das Leistungsprogramm, ohne dass die Spezifikation der nachgesuchten Leistungen genau umschrieben würde. Das Verfahren werde nicht auf Inhalte sondern auf Kompetenzen fokussiert um allfällige Wissensvorsprünge zu neutralisieren. Somit hätten alle Anbieter die Möglichkeit gehabt, ihr Angebot auf derselben Basis auszuarbeiten (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 47, 59).

6.6. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies in ihrer Replik vom 27. September 2010 und führt aus, es treffe keinesfalls zu, dass der Wissensvorsprung der Zuschlagsempfängerin nicht zum Tragen gekommen sei. Auch bei der Wahl einer funktionalen Ausschreibungsmethode bleibe in casu die Tatsache, dass die Anbietenden konkrete Angaben zum "Aufgabenverständnis" und zum Lösungsansatz zu machen hätten. Dass ein Wissensvorsprung und entsprechendes Insiderwissen Vorteile biete, brauche nicht weiter erläutert zu werden. Der Wissens- und Zeitvorsprung in der Einarbeitung sei durch keinerlei Massnahmen zugunsten der Mitbewerber

ausgeglichen worden. Dies habe der Zuschlagsempfängerin erlaubt, ihre Offerte optimal auf die aus Sicht der Vergabestelle richtigen Ressourcen auszurichten (Replik vom 27. September 2009, S. 5 f.).

6.7. Bei einer funktionalen Ausschreibung wird lediglich das Beschaffungsziel oder ein Leistungsprogramm vorgegeben (JÄGER, a.a.O., S. 27, 44 f., NYFFENEGGER/KOBEL, a.a.O., S. 81 f, GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 237, 250). Eine funktionale Ausschreibung kann ohne eingehende Fachkenntnisse eines potenziellen Anbieters vorbereitet werden. Damit kann unter Umständen die Problematik der Vorbefassung umgangen werden (NYFFENEGGER/KOBEL, a.a.O., S. 82). In der Praxis verläuft allerdings die Grenze zwischen konkreter und funktionaler Methode nicht so klar. Selbst bei rein funktionalen Ausschreibungen müssen sachgerechte Zuschlagskriterien bekannt gegeben werden, andernfalls ist eine transparente Evaluation nicht möglich (WOLFGANG STRAUB, Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht, in: AJP 2005 S. 1330 ff., S. 1332). Bei der zur Diskussion stehenden Vergabe wurde die Zuschlagsempfängerin in konzeptionelle Arbeiten bezüglich des zur Diskussion stehenden Projekts einbezogen. Die so erworbenen Kenntnisse können ihr nicht nur bei einer konkreten, sondern auch einer funktionalen Ausschreibung von Nutzen sein (vgl. ferner zur Problematik der Kontakte zwischen Anbietern und Vergabebehörden bei funktionalen Ausschreibungen: NYFFENEGGER/KOBEL, a.a.O., S. 82).

6.8. Aus den Akten geht somit nicht hervor, dass die Vergabestelle konkrete Massnahmen ergriffen hätte, um das Mehrwissen der Zuschlagsempfängerin auszugleichen. Auch die Zuschlagskriterien und deren Bewertung lassen, wie im Folgenden dargelegt wird, keinen solchen Schluss zu.

7.

7.1. So stellt sich im vorliegenden Fall die Frage der Gleichbehandlung der Anbieter und des Wettbewerb zwischen ihnen nicht nur im Zusammenhang mit der Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin, sondern auch bei den - von der Beschwerdeführerin gerügten - Zuschlagskriterien und deren Bewertung. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Zuschlagsempfängerin dadurch zusätzlich bevorteilt war.

7.1.1. Ziff. 3.9. der Ausschreibung im SHAB Nr. 117 hält fest:

> "Zuschlagskriterien:
> aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien."

Im BLSV, Beschaffung von Dienstleistungen, Pflichtenheft Los LOG 4 (Ziff. 6) werden die folgenden Zuschlagskriterien und Gewichtungen genannt:

Aufgabenverständnis/Lösungsansatz 40%
- Erfassung der Aufgabenstellung;
- Projektorganisation;
- Zusammensetzung Projektteam;
- Qualitätsmanagement;
- Risikomanagement.

Beurteilungsbasis: Beschreibung der angebotenen Leistung.

Erfahrungsnachweis der eingesetzten Schlüsselpersonen 50%
- Erfahrung der Schlüsselpersonen in vergleichbaren Projekten;
- Langjährige Projekterfahrung beim VBS, Bund;
- Erfahrung in der Logistik;
- Relevante Erfahrungsnachweise gemäss Modulbeschreibung in Kap. 3;
- Einarbeitungszeit.

Beurteilungsbasis: Beschreibung der angebotenen Leistung; CV; weitere Nachweise.

Qualität der Offerte 5%
- Gesamteindruck;
- Struktur, Darstellung;
- Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit;
- Nicht unmittelbar dem Verständnis des Angebots dienende Informationen werden negativ bewertet.

Beurteilungsbasis: Gesamte Offerte.

Bewertung der Anbieterpräsentation 5%
- Qualität der Präsentation;
- Beantwortung der Fragen;
- Eindruck der Schlüsselpersonen.

Beurteilungsbasis: Anbieterpräsentation.

Festgehalten wird, für die Zuschlagserteilung sei das Preis/Leistungsverhältnis massgebend, welches nach der folgenden Formel berechnet werde:

$$\frac{\text{Preis (Volumen x Tagessatz)}}{\text{Leistung}}$$

Weiter wird (in Ziff. 6.1) festgelegt, die Bewertung erfolge nach einem Punktesystem für die Zuschlagskriterien inkl. Subkriterien von 0 (schlechteste Note) bis 10 (beste Note), das 1er Schritte zulasse. Die Note jedes Zuschlagskriteriums werde mit der Prozentzahl der entsprechenden Gewichtung multipliziert, so dass sich pro Zuschlagskriterium eine Punktzahl ergebe.

Für die Bewertung der Leistung gilt nach dem Pflichtenheft (Ziff. 6.1) die folgende Bewertungsskala:

"10 = sehr gut
7 = gut
4 = genügend
1 = ungenügend
0 = unbrauchbar."

Die Subkriterien werden im Pflichtenheft nicht gewichtet.

7.1.2. Nach dem Evaluationsbericht BLSV vom 30. November 2009 (vgl. Ziff. 4.4.6 des Berichts) erhielten die Anbieter folgende Punkte:

1. Aufgabenverständnis/Lösungsansatz 40%:
Beschwerdeführerin 34.05, Zuschlagsempfängerin 31.95;
3. Qualität der Offerte 5%:
Beschwerdeführerin 5, Zuschlagsempfängerin 4.63;
4. Beurteilung der Anbieterpräsentation 5%:
Beschwerdeführerin 4.63, Zuschlagsempfängerin 4.59.

Der bedeutendste Unterschied zwischen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin findet sich im Kriterium:

2. Erfahrungsnachweis der eingesetzten Schlüsselpersonen 50%:
Beschwerdeführerin 32.25, Zuschlagsempfängerin 44.06.

Das Kriterium war unterteilt in die Subkriterien:

- Referenzen 10%;
- Qualifikation/Ausbildung/Zertifizierung/Methodenkompetenz 15%;
- Praxiserfahrung/Branchenerfahrung/Losspez. Erfahrung in Bezug auf Rolle in Proj. 20%;
- Einarbeitungszeit 5%.

Nach einer Neuberechnung im Rahmen der Vernehmlassung bei der alle Subkriterien gleich gewichtet wurden (auch bei den Kriterien 1, 3 und 4, wo die Unterschiede aber weiterhin gering blieben), erhielt die Zuschlagsempfängerin beim Kriterium "Erfahrungsnachweis der eingesetzten Schlüsselpersonen" wiederum deutlich mehr Punkte. Ohne auf die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der ohne Erlass einer neuen Verfügung erfolgten Wiedererwägung einzugehen, kann hier festgehalten werden, dass weiterhin grosse Unterschiede zwischen den Anbieterinnen bestehen.

7.1.3. In der Vernehmlassung vom 23. August 2010 führt die Vergabestelle aus, die bisherigen Erfahrungen seien gemäss dem Bewertungssche-

ma des Pflichtenhefts (unter Verweis auf Seite 10, d.h. die oben genannte Ziff. 6.1) wie folgt bewertet worden:

10 Punkte für VBS
7 Punkte für ausländische Armeen
4 Punkte für öffentliche Verwaltung
1 Punkt für andere Referenzen
0 Punkte bei fehlenden Aufgaben.

Diese Zuordnung wird in der erwähnten Stellungnahme begründet (vgl. Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 63). Zu der Bewertung mit 10 und 7 Punkten hält sie (in Rz. 63) Folgendes fest:

> "10 Punkte für VBS. Sein technologisches und organisatorisches Umfeld ist in Bezug auf die Komplexität und Integration kaum mit anderen vergleichbar. Spezifika bestehen insbesondere in den Bereichen Rechnungsführung, Logistikprozesse, Führung, Einsatz, Doktrin sowie im Zusammenspiel zwischen Miliz- und Verwaltungssystem. Alle diese Elemente sind für das hier betroffene SAP-System von Bedeutung.
>
> 7 Punkte für ausländische Armeen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass sich der Einbezug der Luftwaffe ('Safety and Security' Vorgaben sowie Auflagen zum Luftverkehr) und der Armeeapotheke (Auflagen der Swissmedic und des BAG für Produktion und Betrieb) in die bestehenden Prozesse - insbesondere Logistik und Führung - in der Schweiz besonders komplex gestaltet."

Weiter erklärt die Vergabestelle in der Vernehmlassung vom 23. August 2010 (in Rz. 61):

> "Die Mitarbeitenden der Zuschlagsempfängerin brauchen nicht aufgrund einer Vorbefassung mit dem Ausschreibungsgegenstand, sondern wegen ihrer Vertrautheit mit dem Informatikumfeld der schweizerischen Armee weniger Einarbeitungszeit. Die von der Beschwerdeführerin gezogene Schlussfolgerung, dass ihre Mitarbeitenden mit einer vergleichbaren Leistung in anderen Projekten besser qualifiziert sind bzw. weniger Einarbeitungszeit brauchten als solche, welche 'vorbereitende' Arbeiten getätigt haben, ist aus verschiedenen Gründen nicht richtig:
>
> - Ein vollständig vergleichbares Projekt wurde bisher noch nirgends realisiert. Das Umfeld der ausländischen Armeen unterscheidet sich sowohl in rechtlicher als in organisatorischer und technologischer Hinsicht erheblich vom schweizerischen (..).
>
> - Die Integration von bereits mit dem technologischen, fachlichen und organisatorischen Umfeld vertrauten Mitarbeitenden ist leichter und bringt für die Auftraggeberin weniger Risiken.

- Die Einarbeitung von neuen Mitarbeitenden führt nicht nur zu unproduktivem Aufwand der betreffenden Leistungserbringer, sondern auch zu zusätzlichem internen Aufwand auf Seiten der Bestellerin.

- Bei Projekten dieser Dimension können Verzögerungen kaum zum vornherein ausgeschlossen werden. Da es beim vorliegenden Projekt um hochqualifizierte Leistungen geht, lassen sich allfällige Verspätungen nur dann durch einen erhöhten Personaleinsatz kompensieren, wenn die betreffenden Mitarbeitenden bereits mit dem Umfeld des VBS und den dort eingesetzten Technologien vertraut sind.

- Ausbildung und Erfahrung auf Altsystemen bringen ebenfalls Vorteile mit sich.

- Durch den Beizug erfahrener Mitarbeitender kann sozusagen ein Investitionsschutz aufgrund der bisherigen Leistungen erreicht werden.

- Bestehende Erfahrung im technischen Umfeld wird auch in der Privatwirtschaft bei der Bewertung des Aufwand- Leistungsverhältnisses berücksichtigt."

Die Vergabestelle weist aber darauf hin, trotz der hohen Gewichtung hätten auch Unternehmen ohne VBS-Erfahrung reale Chancen auf den Zuschlag. Geringere Erfahrungen hätte durch preislich günstigere Angebote vollumfänglich kompensiert werden können (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 64).

7.1.4. Der Erfahrungsnachweis der eingesetzten Schlüsselpersonen wird, gemäss den Angaben im Pflichtenheft, mit 50 % gewichtet. Es ist nicht eindeutig, ob bei allen Subkriterien die oben genannte Bewertungsskala, bei der auf den früheren Auftraggeber abgestellt wird (VBS, ausländische Armee, etc.), zur Anwendung kam.

7.1.5. Im vorliegenden Fall ist das Angebot der Beschwerdeführerin bedeutend günstiger (Fr. 15'120'000 Beschwerdeführerin, Fr. 16'146'760 Zuschlagsempfängerin). Deren schlechtere Bewertung, die im Vergleich zum Preis überwog, ist vor allem auf das Kriterium Erfahrung der Schlüsselpersonen zurückzuführen. Aus den Akten geht hervor, dass die Zuschlagsempfängerin schon für das VBS tätig war und die Mehrheit der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin sich über Erfahrungen beim Projekt Logistik@V ausweisen können. Hierzu kann den Akten entnommen werden, dass sich in der Auswertung der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin in der Kolonne "Einarbeitungszeit" bei praktisch allen Schlüsselpersonen der Vermerk "bereits dabei" und die Referenz 1 L@V RE1/5 findet, wobei nach den Ausführungen der Vergabestelle der Vermerk "bereits dabei" bedeutet, "dass keine Einarbeitungszeit notwen-

dig ist, da die betreffende Person bereits an entsprechenden Projekten des VBS beteiligt war" (Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 62). Zwar ist nicht ersichtlich, ob neben dieser Erfahrung bei der Bewertung noch andere Aspekte mitspielten. Auf die grosse Bedeutung der auf den frühere Auftraggeber bezogenen Bewertung weist aber die Begründung der Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin durch die Vergabestelle. In ihrem Schreiben vom 12. November 2009 erwähnt letztere den "Erfüllungsgrad Referenzen VBS (Referenzen ausserhalb Armeeumfeld)" und den "Erfüllungsgrad bezüglich Erfahrung im VBS". Sie präzisierte diese Begründung am 23. November 2009 mit dem "Erfüllungsgrad Referenzen VBS (Ihre Referenzen ausserhalb Armeeumfeld/Bundesverwaltung)" sowie dem "Erfüllungsgrad bezüglich Erfahrung im VBS" und dem schlechteren Preis-/Leistungsverhältnis und erklärt, ausschlaggebend seien die Erfahrung und Referenzen in der Schweizerischen Bundesverwaltung und VBS wie auch das Preis/Leistungsverhältnis (vgl. Sachverhalt Erw. D.b und D.c.).

7.1.6. Das Kriterium "Erfahrung" wirkt sich bereits zu Ungunsten neuer Anbieter aus. Ob dieses aufgrund der zu lösenden Aufgabe gerechtfertigt ist, kann hier offen bleiben. Das Kriterium "VBS-Erfahrung" wie auch die übrigen auf den früheren Auftraggeber bezogenen Kriterien schaffen einen Wettbewerbsnachteil für alle Anbieter, die nicht für die Vergabestelle tätig waren. Anbieter ohne VBS-Erfahrung erleiden bei dieser Bewertungsskala gegenüber solchen mit VBS-Erfahrung einen gewichtigen Nachteil. Sie können höchstens 7 Punkte (statt 10 mit VBS-Erfahrung) erreichen. Auch diese Punktezahl von 7 kann nur bei Erfahrung für eine ausländische Armee (vgl. oben Erw. 7.1.3) erreicht werden.

7.1.7. Hierzu ist festzustellen, dass es um ein Informatikprojekt geht und deshalb die hohe Bedeutung des früheren Auftraggebers nicht nachvollziehbar ist. Die entsprechenden Ausführungen der Vergabestelle vermögen hier nicht zu überzeugen. Dies gilt umso mehr, als das Kriterium der auf den Auftraggeber bezogenen Tätigkeit - mit geringerem Einfluss - bereits im Präqualifikationsverfahren - welches hier nicht in Frage gestellt werden soll - vorhanden war (vgl. neben der Ausschreibung die Vernehmlassung vom 23. August 2010, Rz. 70). In der Ausschreibung im SHAB Nr. 117 wurden unter Ziffer 3.7 die Eignungskriterien definiert und unterschieden zwischen Eignungskriterien mit Ausschlusscharakter (E1-E10) und bewerteten Eignungskriterien (E11-E16). Das - bewertete - Kriterium E14 hielt fest, der Bewerber müsse über nachweisbare Erfahrung in der Realisierung von ähnlich gelagerten Projekten im Armeeumfeld verfügen und eine Referenz gelte als vergleichbar, sofern (neben zwei weiteren Kriterien) das Projekt wenn möglich im militärischen Umfeld durchgeführt

worden sei. Pro Los waren 3 Referenzobjekte anzugeben. Sie wurden, gemäss den eingereichten Unterlagen (Blatt Referenzobjekte, G2), mit maximal 10 Punkten pro Referenz bewertet. Die totale Punktzahl pro Referenz wurde berechnet aus dem Durchschnitt der erzielten Punkte der drei Kriterien Kunde, Volumen und losspezifische Eignung, wobei beim Kriterium "Kunde" die Punkte analog derjenigen im Selektionsverfahren bezüglich der bisherigen Erfahrung (d.h. 10 Punkte: VBS; 7 Punkte: ausländische Armee; 4 Punkte: öffentliche Verwaltung; 1 Punkt: andere) vergeben wurden.

7.2. Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 6.2 mit Verweis auf den Zwischenentscheid B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.2, mit Hinweisen). Dies entspricht einerseits dem Zweck von Art. 31 BöB und andererseits dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie er in Art. 21 Abs. 1 BöB als massgebend bezeichnet wird.

7.3. Durch das Ermessen erhält die Vergabestelle zwar einen Spielraum hinsichtlich der Wahl der Zuschlagskriterien. Das bedeutet aber nicht, dass sie diesbezüglich völlig frei ist. Sie ist vielmehr an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 441 mit Verweis insb. auf BGE 122 I 267 E. 3b und Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-1505/2007 vom 26. Februar 2009 E. 7.2). Sinn und Zweck des BöB sind im oben zitierten Art. 1 aufgeführt.

7.4. Wenn die Vergabestelle durch Bewertungskriterien die Gleichbehandlung und den Wettbewerb unter den Anbietern derart einschränkt, dass Anbieter, die nicht für bestimmte Auftraggeber, d.h. hier in erster Linie die Vergabestelle, tätig waren - ohne dass die grosse Bedeutung dieses Kriteriums für die Erfüllung des Auftrags relevant scheint - kaum Chancen haben, den Zuschlag zu erhalten, bewegt sie sich ausserhalb des ihr zukommenden Ermessens.

Im Zusammenhang mit der vorbefassten Zuschlagsempfängerin erweist sich diese Ermessensüberschreitung als besonders gravierend, da die Zuschlagsempfängerin nicht nur durch ihr Vorwissen, sondern auch infol-

ge der Selektionskriterien bevorteilt war. Damit war sowohl das Gleichbehandlungsgebot verletzt wie auch der Wettbewerb zwischen den Anbietern beeinträchtigt.

8.
Es erübrigt sich, auf die weiteren Vorbringen, Rügen und Beweisanträge der Beschwerdeführerin einzugehen.

9.

9.1. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Vergabestelle Bundesrecht verletzt hat. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist demnach aufzuheben.

9.2. Gemäss Art. 32 Abs. 1 BöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. Ersteres wäre vorliegend nur dann am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erschiene und für die Entscheidfindung insbesondere keine (neue) Bewertung der Offerten mehr erforderlich wäre (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-891/2009 E. 6.2 mit Verweis auf die Entscheide der BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004 E. 5a, 2002-004 vom 26. Juni 2002 E. 7b sowie 2000-009 vom 1. September 2000 E. 5a). Diese Voraussetzungen sind jedoch nicht erfüllt.

Wie oben dargelegt, verfügte die Zuschlagsempfängerin über ein Mehrwissen. Dieses muss die Vergabestelle im Rahmen des Selektionsverfahrens berücksichtigen und geeignete Massnahmen treffen, insbesondere aber die Zuschlagsempfängerin nicht zusätzlich durch die Wahl und Anwendung der Zuschlagskriterien bevorteilen. Ferner darf sie im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien ihr Ermessen nicht überschreiten und hat insbesondere das Gleichbehandlungsgebot zu beachten und den Wettbewerb unter den Anbietern zu wahren. Die aktuelle Bewertung der Offerten trägt diesen Kriterien nicht Rechnung.

Die Sache ist demzufolge zur Neuevaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.

In die Neubeurteilung einzubeziehen sind die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin. Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung steht in erster Linie der Vergabestelle zu. Es ist ihr insbesondere freigestellt, ob sie gestützt auf die vorhandenen Akten direkt zu neuer, gesetzeskonformer Evaluation und Zu-

schlagserteilung schreiten oder die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin vorab auffordern will, ihre Offerten in Kenntnis sämtlicher (allenfalls noch bekanntzugebender) Vergabekriterien sowie ihrer Gewichtung nachzubessern (vgl. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 E. 6.3 und B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 3, mit Hinweis auf den Entscheid vom 5. November 2009 der BRK 2000-005 vom 27. Juni 2000 E. 5).

9.3. Die Beschwerdeführerin rügt die Vergabestelle sei befangen. Es ist daraus jedoch im vorliegenden Fall kein Grund ersichtlich, welcher der Rückweisung der Sache entgegenstehen würde. Zwar geht aus den Akten hervor, dass die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin eng zusammen arbeitet und diese durch die gewählten und angewendeten Zuschlagskriterien bevorteilt war. Es besteht jedoch kein Hinweis, dass sich dies bei einem Verfahren, das den massgeblichen verfassungs- und vergaberechtlichen Kriterien entspricht, sich auf den Verfahrensausgang auswirken würde.

10.

10.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG), und der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten.

10.2. Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen und auf Fr. 18'000.- (inkl. MWSt) festzusetzen (Art. 8 und 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Zuschlagsempfängerin kann keine Parteientschädigung auferlegt werden, das sie sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 3 VwVG). Fehlt wie vorliegend eine unterliegende Gegenpartei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Zuschlag vom 10. November 2009 wird aufgehoben und die Sache wird zur Neuerteilung des Zuschlags im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 16'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.- inkl. MWSt zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 222; Gerichtsurkunde)
– die Zuschlagsempfängerin (Auszugsweise; Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Hans Urech	Beatrice Brügger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG. SR 173.110]), innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 2. Mai 2011