

14

Auszug aus dem Zwischenentscheid der Abteilung II
i.S. X. AG gegen Bundesamt für Bauten und Logistik
B-364/2014 vom 8. April 2014

Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen.**Art. 29 BöB.**

1. Ausschreibungsunterlagen sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes (Art. 29 BöB) in der Regel weder selbstständiges Anfechtungsobjekt noch Bestandteil der Ausschreibung (E. 4.4).
2. Auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben kann eine Rüge, die vor der Vergabestelle noch nicht erhoben worden ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht ohne Weiteres und unabhängig von ihrer Art als verspätet erklärt werden (E. 4.4).
3. Selbst soweit eine Rügeobliegenheit des Anbieters in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen anzunehmen wäre, würde dies die leichte Erkennbarkeit von Bedeutung und Tragweite der strittigen Anordnung voraussetzen (E. 4.4 i.V.m. 4.8).

Contestation de documents d'appel d'offres.**Art. 29 LMP.**

1. D'après le droit fédéral des marchés publics (art. 29 LMP), les documents relatifs à l'appel d'offres ne sont – en principe – pas réputés décisions sujettes à recours et ne font pas partie de l'appel d'offres (consid. 4.4).
2. Un grief qui n'a pas encore été contesté devant l'adjudicateur ne saurait être déclaré sans autre et indépendamment de sa nature comme tardif, même sous l'angle de la bonne foi. (consid. 4.4).
3. Même dans la mesure où une obligation du soumissionnaire de contester les documents relatifs à l'appel d'offres devrait être admise, cela suppose que la signification et la portée de l'exigence litigieuse soient aisément identifiables (consid. 4.4 en relation avec 4.8).

Impugnazione della documentazione del bando di concorso.

Art. 29 LAPub.

1. **Secondo il diritto federale sugli acquisti pubblici (art. 29 LAPub) la documentazione relativa al bando di concorso non è – in principio – considerata decisione impugnabile singolarmente mediante ricorso è non fa parte del bando di concorso (consid. 4.4).**
2. **Anche in relazione al principio della buona fede, una censura che non è ancora stata sollevata di fronte all'ente aggiudicatore non può senz'altro e a prescindere dalla sua natura essere considerata come tardiva (consid. 4.4).**
3. **Pur supponendo l'esistenza di un obbligo per l'offerente di contestare la documentazione relativa al bando di concorso, ciò presuppone che il significato e la portata dell'esigenza controversa siano facilmente identificabili (consid. 4.4 in relazione con 4.8).**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik (nachfolgend: Beschaffungsstelle), handelnd für die Bundeskanzlei als Vergabestelle, schrieb am 30. Mai 2013 unter dem Projekttitel « (1304) 104 Suchsystem Bund » im offenen Verfahren einen « Lieferauftrag » gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 48000000 « Softwarepaket und Informationssysteme » auf < <http://www.simap.ch> > (nachfolgend: simap.ch) aus.

Am 9. Juli 2013 reichte die X. AG ein Angebot zum Preis von Fr. 2 312 405.72 (exkl. MWST) ein. Die Vergabestelle verlangte von den Anbietern im Rahmen der Offertbereinigung zweimal neue Preiskalkulationen. Im Rahmen der zweiten Bereinigung forderte die öffentliche Auftraggeberin die X. AG ausdrücklich auf, das Angebot unabhängig der in der Bundesverwaltung bereits im Einsatz stehenden Hard- und Softwareprodukte zu ergänzen. Dadurch wurden in die Preiskalkulation unbestrittenenmassen auch Teilleistungen einbezogen, welche die Vergabestelle für den Fall der Berücksichtigung des Angebots der X. AG effektiv gar nicht beschaffen wollte. Aufgrund dieser Ausgangslage ergab sich gemäss der Eingabe der X. AG vom 9. September 2013 eine Offertsumme von Fr. 9 791 041.72.

Am 19. Dezember 2013 veröffentlichte die Vergabestelle auf simap.ch den Zuschlag an die Y. GmbH (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 3 629 350.– (exkl. MWST).

Mit Eingabe vom 22. Januar 2014 ficht die X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) den Zuschlag beim Bundesverwaltungsgericht an. Mit Stellungnahme vom 7. Februar 2014 zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt die Vergabestelle dessen Abweisung. Zur Begründung führt sie aus, das Suchsystem Bund sei produktneutral ausgeschrieben worden. Deshalb müsse – um die preisliche Konkurrenzfähigkeit anderer Produkte zu gewährleisten – auch beim Angebot von Microsoft-Produkten der Preis für die Lizenz-, Support- und Wartungskosten einberechnet werden, selbst soweit keine entsprechenden Kosten anfallen. Ausserdem seien die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin verspätet und deshalb nicht zu hören.

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt, dass sich die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet erweist, womit über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung aufgrund einer Interessensabwägung, namentlich unter Berücksichtigung der Dringlichkeit der in Frage stehenden Beschaffung, zu entscheiden ist. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Die Vergabestelle macht geltend, die Beschwerdeführerin hätte bereits die Ausschreibung anfechten müssen, wenn sie Einwendungen gegen die Vollkostenbetrachtung erheben wolle. Aus den Ausschreibungsunterlagen habe sich klar und unmissverständlich ergeben, dass bei den Preisangaben « sämtliche Kosten für die offerierte Lösung (mit Hard- und Software, inkl. allenfalls benötigter Middleware) » zu berücksichtigen seien. Nach der Praxis des Bundesgerichts müsse die Rügepflicht nicht nur für die Ausschreibung, sondern auch für die Ausschreibungsunterlagen gelten, jedenfalls dann, wenn diese zeitgleich mit der Ausschreibung auf simap.ch publiziert worden seien.

4.2 Dem hält die Beschwerdeführerin in ihrer Replik unter Bezugnahme auf Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes insbesondere entgegen, aus der Ausschreibung ergebe sich nicht, dass der Bund anlässlich dieser Beschaffung auch noch seine schon geleisteten Fixkosten auf die offerierte Lösung abwälzen wolle. Nur integrale Bestandteile der angebotenen Suchlösung seien zu offerieren, nicht die gesamte bestehende IT-Umgebung. Nicht alles, was der Bund über bestehende Rahmenverträge bereits beschafft habe, gehöre nun plötzlich zur angebotenen Lösung. Dies gelte

sowohl für die erforderliche Software Assurance als auch für die grundsätzlichen Zugriffsberechtigungen (Client Access Licenses, nachfolgend: CAL). Ihre Rügen bezögen sich nicht auf die Ausschreibung, sondern auf die « nachträglich unrichtige und rechtswidrige Aufforderung zur Einrechnung/Darstellung von Kosten » für beschaffte und bestehende Infrastruktur. Im Übrigen betreffe das Argument der Vergabestelle nur die « Ohnehin-Kosten ». Bezüglich der Rüge mangelnder Vergleichbarkeit der « Mietlösung » mit der « Kauflösung » mache nicht einmal die Vergabestelle geltend, dies sei eigentlich eine Anfechtung der Ausschreibung. Dasselbe gelte auch für die dritte Rüge betreffend die weiteren Kriterien der Kategorie ZK01.

4.3 In ihrer Duplik erwidert die Vergabestelle namentlich, wenn sie beabsichtigt hätte, die Kosten für bestimmte Produkte nicht zu berücksichtigen, würde der ausführliche Hinweis in Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes auf « sämtliche Kosten » keinen Sinn ergeben. Zudem hätte sie diesfalls in den Ausschreibungsunterlagen explizit und konkret ausführen müssen, welche Kosten nicht zu berücksichtigen seien, damit allen Anbietern das gleiche Recht eingeräumt würde, auf bestehende Investitionen zurückzugreifen. Dieses Recht wolle nun die Beschwerdeführerin für sich allein in Anspruch nehmen, um daraus einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Anbietern zu erlangen.

Es könne ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Sinngehalt von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes auch der Beschwerdeführerin klar gewesen sei. Wenn sie tatsächlich der Ansicht gewesen wäre, dass die fraglichen Lizenz-, Support- und Wartungskosten nicht aufzuführen seien, hätte sie die verschiedenen Hinweise auf bestehende Lizenzen und Vereinbarungen des Bundes im Preisblatt des ersten Angebotes vom 9. Juli 2013 weglassen können.

4.4 Als durch Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB (SR 172.056.1) insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 m.H.; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38, E. 2c/aa m.H.;

MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., 412 m.H.). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbstständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Urteil des BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 m.H.; s. dazu auch die Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER, in: Baurecht 1/2014 S. 35 f.; Urteil des BVGer B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 5.1 m.H.; Zwischenentscheide des BVGer B-738/2012 E. 3.1 und B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3, je m.H.; Entscheid BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38 E. 3c/cc).

Dabei entspricht die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 E. 4.2.3 m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1255). Auch ergibt sich nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine « verspätete », also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge – unabhängig von ihrer Art – offensichtlich verwirkt wäre (Urteil B-1358/2013 E. 2.1 m.H.; Zwischenentscheid B-1172/2011 E. 4.2.2 m.H.).

4.5 In der Ausschreibung äussert sich einzig Ziff. 3.4 (« einzubeziehende Kosten ») explizit zu den Angebotspreisen:

« Alle Preisangaben sind in Schweizer Franken (CHF) exkl. MwSt. auszuweisen. Der Preis beinhaltet insbesondere Versicherung, Spesen, Sozialabgaben, Transport und Zoll etc. »

Welche Kosten- beziehungsweise Leistungspositionen genau anzubieten sind, sagt die Ausschreibung aber nicht. Laut Ziff. 3.13 der Ausschreibung waren die Ausschreibungsunterlagen ab 30. Mai 2013, das heisst ab dem Tag der Ausschreibung, auf simap.ch verfügbar. Der erste Absatz von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes (« wichtige Informationen zur Angebotseinreichung ») lautet wie folgt (Hervorhebungen gemäss Original):

« Der Anbieter hat im Rahmen seiner Preiseingabe **sämtliche Kosten für die offerierte Lösung (mit Hard- und Software, inkl. allenfalls benötigter Middleware)** zu berücksichtigen (vgl. dazu auch Punkt 6 von Kapitel 9.2). Die Kosten für das offerierte Produkt **(Software, allenfalls Hardware, soweit diese integraler Bestandteil der angebotenen Suchlösung ist), sind separat auszuweisen.** Die Auftraggeberin behält sich vor, dass angebotene Hard- und/oder Softwarekomponenten über bestehende Rahmenverträge des Bundes abgewickelt werden. »

Punkt 6 von Kapitel 9.2 (« Gliederung des Angebots ») des Pflichtenheftes lautet wie folgt (Hervorhebung wie im Original):

« Für die Preisangaben ist das Preisblatt im Anhang 5 zu verwenden. Es gilt zu beachten, dass an den vorgegebenen Zeilen und Spalten keine Veränderungen akzeptiert werden und nur die grün eingefärbten Zellen durch den Anbieter auszufüllen sind.

Für die im Preisblatt aufgeführten Kosten für die Komponenten (Hardware, Soft- und Middleware) sind entsprechende Detailangaben zu den Produkten detailliert im Preisblatt aufzuführen. »

4.6 Ausschreibungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Urteil des BVGer B–6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3 m.H.; vgl. Zwischenentscheid des BVGer B–6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.4.1 m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566).

4.7 Laut Ziff. 2.8 f. der Ausschreibung vom 30. Mai 2013 waren Varianten und Teilangebote nicht zugelassen. Ziff. 2.5 der Ausschreibung (« detaillierter Produktbeschrieb ») listet die anzubietenden Grundleistungen (GL) und Optionen (OP) auf. Darunter befindet sich beispielsweise die Position « OP05: Wartung Suchsystem Bund für sechs Jahre nach Produktivsetzung ». In ihrer zweiten Angebotsvereinbarung, datierend vom 9. September 2013, ergänzte die Beschwerdeführerin bei der Position OP05 Kosten für die Nutzung der SharePoint-Suche, welche, wie sie gleichzeitig festhielt, bereits über die vorhandenen und dem Bund gehörigen E-CAL-Suites abgedeckt waren. Ihre ursprüngliche Offerte vom 9. Juli 2013 liesse sich daher, mindestens nach vorläufiger Einschätzung, als Teilangebot qualifizieren. Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob Bedeutung und Tragweite von Ziff. 2.5 in Verbindung mit Ziff. 2.9 (Unzulässigkeit von Teilangeboten) der Ausschreibung für interessierte Unternehmen nicht ohne Weiteres erkennbar waren, mit der Konsequenz, dass diesbezüglich schon die Ausschreibung hätte angefochten werden müssen.

Ob aufgrund der Unzulässigkeit von Teilangeboten ohne Weiteres erkennbar war, dass bei Microsoft-gestützten Lösungen sämtliche Kosten für einzubeziehende, vom Bund bereits erworbene Produkte und Leistungen dazugerechnet werden müssten, erscheint jedoch zweifelhaft. Zweifel bestehen hinsichtlich der Erkennbarkeit von Bedeutung und Tragweite der Anordnungen in Ziff. 2.5 und Ziff. 2.8 f. der Ausschreibung aber auch deshalb, weil juristisch wenig bewanderten Personen kaum bewusst gewesen sein dürfte, dass sie möglicherweise nur ein Teilangebot vorlegen würden. Unter diesen Umständen lässt sich mit Bezug auf die Berücksichtigung vom Bund bereits eingekaufter Leistungen prima facie nicht sagen, schon die Ausschreibung hätte angefochten werden müssen.

4.8 Mit Brief vom 24. Juli 2013 lud die Vergabestelle nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch die Zuschlagsempfängerin und alle übrigen Anbieter zu einer als solche bezeichneten schriftlichen Angebotsbereinigung hinsichtlich des Zuschlagskriteriums ZK02 « Preis » ein. Dabei wies die Vergabestelle jeweils auf Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes hin, wonach der Anbieter im Rahmen seiner Preiseingabe sämtliche Kosten für die offerierte Lösung (mit Hard- und Software, inkl. allenfalls benötigter Middleware) zu berücksichtigen habe. Offenbar waren Bedeutung und Tragweite des ersten Absatzes von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes für keinen einzigen Anbieter ohne Weiteres erkennbar gewesen. Vor diesem Hintergrund erstaunt die Bemerkung der Vergabestelle, jedem Leser erschliesse sich der Sinn des ersten Absatzes von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes auf Anhieb. Selbst wenn man also die Meinung vertritt, Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen gälten im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt, kann dies der Beschwerdeführerin prima facie mangels leichter Erkennbarkeit von Bedeutung und Tragweite der betreffenden Anordnung nicht zum Nachteil gereichen.

4.9 Demzufolge erscheint die Beschwerde hinsichtlich des Zeitpunkts der Anfechtung einstweilen nicht als aussichtslos.