

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Juni 2004 i.S. X. [CRM 2003-032])

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Einsicht in den Evaluationsbericht. Gleichbehandlungsgebot im Rahmen der Eignungsprüfung. Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis und Preisbewertungsmethode. Wirtschaftlich günstigstes Angebot.

Art. 1 Abs. 1 Bst. c und Art. 1 Abs. 2, Art. 11 Bst. a, Art. 21 Abs. 1 BoeB. Art. 27 Abs. 1 VwVG.

- Vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen bleiben einzig jene Akten, bezüglich deren ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt. Im vorliegenden Fall muss der Beschwerdeführerin die Einsichtnahme in den Evaluationsbericht gewährt werden (E. 1f).
- Die Eignung eines Anbieters muss nicht nur bei der Einreichung der Offerte gegeben sein, sondern weiter bestehen bis zum Zeitpunkt des Zuschlags bzw. darüber hinaus bis zur vorgesehenen Ausführung des Auftrags (vgl. VPB 68.10; E. 2a.cc).
- Das Vorgehen der Vergabebehörden, Referenzanfragen nur betreffend die für den Zuschlag vorgesehene Anbieterin vorzunehmen, erscheint bei einem offenen Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig. Im Grundsatz ist auch nicht zu beanstanden, wenn erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen einer näheren Überprüfung unterzogen werden und die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin erstmals in der Duplik die Eignung abspricht (E. 2c).
- Die nachträgliche vertiefte Eignungsprüfung muss aber unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geschehen (E. 2d.aa). Die Beschwerdeführerin darf nicht nach einem wesentlich strengeren Massstab beurteilt werden (E. 2d.bb).
- Die Gewichtung der Zuschlagskriterien «Preise» und «Betriebskosten» mit nur total 6.66% aller Punkte verletzt den Grundsatz der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Die Vergabebehörde hat ihren Ermessensspielraum klar gesprengt (E. 4b, 4d).
- Der Vergabestelle steht bei der Bewertung der Angebotspreise - ebenso wie bei den andern Zuschlagskriterien - bzw. bei der Wahl der verwendeten Bewertungsmethode ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Eine Preisbewertungsmethode jedoch, bei der nicht das preisgünstigste Angebot beim Zuschlagskriterium «Preis» die beste Bewertung erhält, sondern eine preislich wesentlich höher ausgefallene Offerte, erweist sich als rechtlich nicht haltbar (4c.cc, 4d).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Consultation du rapport d'évaluation. Principe de l'égalité de traitement dans le cadre de l'examen de l'aptitude. Pondération du critère d'adjudication «prix» et méthode d'évaluation des prix. Offre la plus avantageuse économiquement.

Art. 1 al. 1 let. c et art. 1 al. 2, art. 11 let. a, art. 21 al. 1 LMP. Art. 27 al. 1 PA.

- Seules ne sont pas soumises au droit de consulter le dossier les pièces qu'un intérêt prépondérant commande de garder secrètes. En l'occurrence, la recourante doit être autorisée à consulter le rapport d'évaluation (consid. 1f).
- L'aptitude d'un soumissionnaire ne doit pas uniquement être donnée au moment du dépôt des offres, mais se maintenir jusqu'au moment de l'adjudication, respectivement jusqu'au moment où il est prévu d'exécuter le mandat (cf. JAAC 68.10 ; consid. 2a.cc).
- La manière de procéder de l'autorité adjudicatrice, consistant à demander des références uniquement sur la soumissionnaire pressentie pour l'adjudication paraît en principe admissible dans le cadre d'une procédure d'adjudication ouverte. En principe, il n'y a rien non plus à objecter au fait que les références fournies par la recourante n'ont été soumises à un examen plus détaillé que dans le cadre de la procédure de recours et que l'autorité adjudicatrice a nié l'aptitude de la recourante pour la première fois dans la duplique (consid. 2c).
- Cette analyse approfondie de l'aptitude effectuée postérieurement doit cependant se faire dans le respect du principe de l'égalité de traitement (consid. 2d.aa). Il n'est pas admissible d'évaluer la recourante selon une échelle substantiellement plus sévère (consid. 2d.bb).
- Le fait d'attribuer aux critères d'adjudication «prix» et «frais généraux» une pondération totalisant seulement 6.66% de tous les points viole le principe de la détermination de l'offre la plus avantageuse économiquement. L'autorité adjudicatrice a clairement outrepassé sa marge de manoeuvre (consid. 4b, 4d).
- L'autorité adjudicatrice dispose d'une marge de manoeuvre considérable en ce qui concerne l'évaluation des prix des offres - de même que pour les autres critères d'adjudication - respectivement en ce qui concerne le choix de la méthode d'évaluation appliquée. Toutefois, une méthode d'évaluation des prix aboutissant au résultat que ce n'est pas l'offre la plus avantageuse au niveau du prix qui obtient la meilleure notation pour le critère d'adjudication «prix», mais une offre substantiellement plus chère, n'est pas soutenable sous l'angle juridique (consid. 4c.cc, 4d).

Acquisti pubblici nella procedura d'aggiudicazione aperta. Consultazione del rapporto di valutazione. Principio della parità di trattamento nell'ambito dell'esame dell'idoneità. Ponderazione del criterio di aggiudicazione «prezzo» e metodo di valutazione dei prezzi. Offerta economicamente più interessante.

Art. 1 cpv. 1 lett. c e art. 1 cpv. 2, art. 11 lett. a, art. 21 cpv. 1 LAPub. Art. 27 cpv. 1 PA.

- Sono esclusi dal diritto di consultare gli atti solo i documenti per i quali sussiste un interesse preponderante di mantenerli segreti. Nella fattispecie, la ricorrente ha il diritto di consultare il rapporto di valutazione (consid. 1 f).
- L'idoneità di un offerente non deve essere data solo al momento della presentazione dell'offerta, ma deve sussistere fino al momento dell'aggiudicazione risp. fino alla prevista esecuzione del mandato (cfr. GAAC 68.10; consid. 2a.cc).

- Il modo di procedere delle autorità di aggiudicazione, che hanno chiesto referenze solo per l'offerente prevista per l'aggiudicazione, è in linea di principio ammissibile nel caso di procedura d'aggiudicazione aperta. In principio è pure accettabile che le referenze indicate dalla ricorrente siano esaminate in modo più approfondito solo nel quadro della procedura di ricorso e che l'autorità di aggiudicazione neghi l'idoneità alla ricorrente per la prima volta nella duplica (consid. 2c).

- L'esame dell'idoneità più approfondito effettuato in seguito deve però svolgersi in ossequio al principio della parità di trattamento (consid. 2d.aa). La ricorrente non può essere giudicata secondo criteri considerevolmente più severi (consid. 2d.bb).

- La ponderazione dei criteri di aggiudicazione «prezzi» e «costi di esercizio» con un totale del 6.66% di tutti i punti viola il principio della ricerca dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'autorità di aggiudicazione ha chiaramente oltrepassato il suo margine di apprezzamento (consid. 4b, 4d).

- Nella valutazione dei prezzi dell'offerta - come per gli altri criteri di aggiudicazione - risp. nella scelta del metodo di valutazione da usare, l'ente aggiudicatore gode di un considerevole potere di apprezzamento. Non è tuttavia giuridicamente sostenibile un metodo di valutazione dei prezzi, nel quale per il criterio di aggiudicazione «prezzo» l'offerta più vantaggiosa non ottiene la migliore valutazione, che è invece attribuita ad un'offerta con un prezzo considerevolmente superiore (consid 4c.cc, 4d).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; ...) den Lieferauftrag für eine Standardsoftware für die Finanzbuchhaltung für (...) sowie die Debitorenverwaltung im offenen Verfahren öffentlich aus. Neben zehn weiteren Anbietern reichte auch die Firma X. am 2. Mai 2003 fristgerecht eine Offerte ein. Die Preisspanne der eingereichten Angebote lag zwischen Fr. 1'945'433.- und Fr. 9'709'410.-. Am 13. Oktober 2003 erteilte das BBL den Zuschlag an die Z. Der Zuschlag wurde im SHAB vom (...) veröffentlicht.

B. Mit Eingabe vom 24. Dezember 2003 erhob die X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Zuschlagsverfügung des BBL Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend Rekurskommission, BRK). Neben dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stellte die Beschwerdeführerin die materiellen Anträge, der Zuschlagsentscheid des BBL vom 13. Oktober 2003 sei aufzuheben und das BBL sei anzuweisen, den Auftrag für den Ersatz der Finanzanwendung der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid des BBL vom 13. Oktober 2003 aufzuheben und die Sache mit verbindlichen Weisungen an das BBL zur Neuerteilung zurückzuweisen.

C. Die Z. teilte mit Schreiben vom 30. Januar 2004 den Verzicht auf die Einreichung einer Vernehmlassung mit.

D. Mit Vernehmlassung vom 30. Januar 2004 beantragte das BBL, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei ebenfalls abzuweisen.

E. Mit Eingabe vom 13. Februar 2004 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, es sei ihr Einblick in den Evaluationsbericht (...) Finanzanwendung der Vergabestelle zu geben, und es sei ihr zu ermöglichen, eine Replik zu erstatten. Dem Begehren um Einsichtnahme in den Evaluationsbericht wurde mit Präsidialverfügung vom 17. Februar 2004 entsprochen. In ihrer Replik vom 27. Februar 2004 hielt die Beschwerdeführerin an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Das BBL hielt in seiner Duplik vom 31. März 2004 ebenfalls an seinen Anträgen fest und beantragte zudem, die Replik der Beschwerdeführerin vom 27. Februar 2004 sei aus den Akten zu weisen. Weiter wurde beantragt, es sei keine mündliche Verhandlung durchzuführen.

F. Auf Anfrage der BRK teilte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 6. April 2004 mit, dass sie an ihrem Antrag auf Durchführung einer parteiöffentlichen Verhandlung festhalte. Anlässlich der öffentlichen Sitzung vom 29. April 2004 wurde in den Schlussvorträgen nach erfolgter Parteibefragung und Abschluss des Instruktionsverfahrens an den jeweiligen Anträgen festgehalten.

G. Mit Zwischenentscheid vom 29. April 2004 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

Aus den Erwägungen:

1.a.-e. (...)

f. In der Duplik stellt das BBL den Antrag, die Replik der Beschwerdeführerin vom 27. Februar 2004 sei aus den Akten zu weisen. Zur Begründung führt es an, die Einsichtnahme der Beschwerdeführerin in den Evaluationsbericht der Vergabestelle sei unter Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften - u. a. des Vertraulichkeitsgrundsatzes - zustande gekommen, und die Vorbringen in der Replik würden auf der unzulässigen Einsichtnahme in den Bericht beruhen.

Das Recht auf Akteneinsicht richtet sich im Beschwerdeverfahren vor der BRK allgemein nach den Art. 26-28 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Von der Einsicht ausgenommen bleiben einzig jene Akten, bezüglich denen ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). So besteht gemäss Rechtsprechung der BRK ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 671 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der BRK). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip beschränkt sich die Verweigerung der Einsichtnahme auf diejenigen Aktenstücke, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Verweigert werden darf nur die Einsicht in das Aktenstück oder diejenigen Unterlagen, die im überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesse nicht bekannt gegeben werden sollen, nicht die Einsicht in das gesamte Dossier. Auch einzelne Aktenstücke, an denen überwiegende Geheimhaltungsinteressen bestehen, dürfen nur soweit der Einsicht entzogen werden, wie es die Geheimhaltung erfordert, wenn eine teilweise Einsichtsgewährung praktikabel ist (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 672).

Seitens der Beschwerdeführerin ist ausschliesslich die Einsichtnahme in den Evaluationsbericht verlangt worden. Die BRK hat den Evaluationsbericht unter dem Aspekt überwiegender Geheimhaltungsinteressen der Vergabebehörde und der übrigen Anbieter geprüft und ist zum Ergebnis gekommen, dass der Bericht in Bezug auf die einzelnen Anbieter und Angebote keine Informationen enthält, an denen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht. Zu offerieren war eine Standardsoftware,

eine «auf dem Markt bereits erhältliche Lösung, wo alle Spezifikationen bekannt sind», und nicht etwa eine spezielle Neuentwicklung. Aus der Detailbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien lassen sich - in Verbindung mit den Vorgaben des Pflichtenhefts - wohl gewisse Rückschlüsse auf die konkret offerierten Produkte ziehen; dabei handelt es sich jedoch durchwegs um Informationen, die sich die Beschwerdeführerin mit einigem Bemühen auch anderweitig hätte verschaffen können, und nicht um Geschäftsgeheimnisse. Das BBL hat zudem in der Vernehmlassung wiederholt Bezug auf den Evaluationsbericht genommen bzw. darauf verwiesen («Der Evaluationsbericht als Ganzes und insbesondere das dokumentierte Vorgehen der Vergabestelle bei der Bewertung der Offerten zeigt zudem auf, dass in casu klarerweise kein Ermessensfehler im Sinne einer Rechtsverletzung vorliegt, die eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung rechtfertigen würde.»; «Für die von der Vergabestelle dokumentierte, rechtskonforme Evaluation kann insbesondere auf Ziff. 7.6.3, Ziff. 7.4 und Anhang 1 des Evaluationsberichtes verwiesen werden.»). Gleichzeitig wird vom BBL geltend gemacht, nähere substantiierte Rügen für die Belegung eines zulässigen Beschwerdegrundes lägen nicht vor, und die pauschalen Vorbringen der Beschwerdeführerin seien grundsätzlich nicht geeignet, die Aussichtslosigkeit der Beschwerde in Frage zu stellen. Das BBL weist - an sich zutreffend - auch darauf hin, dass die Beschwerdeführerin die notwendigen Sachvorbringen selber vorzutragen und soweit möglich zu belegen oder zumindest entsprechende Beweismittel anzugeben habe. Ohne Einsichtnahme in den Evaluationsbericht, namentlich in die konkrete Bewertung ihres eigenen Angebots und in dasjenige der Zuschlagsempfängerin, ist die Beschwerdeführerin indes vorliegend nicht in der Lage, dieser Pflicht nachzukommen und aufzuzeigen, inwiefern die Bewertung gegebenenfalls rechtsfehlerhaft, d. h. in Überschreitung des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens, rechtsungleich oder auf falschen Sachverhaltsannahmen beruhend, ausgefallen ist. Das Interesse der Beschwerdeführerin an der Einsichtnahme in den Evaluationsbericht überwiegt daher die Interessen der Vergabebehörde und der Zuschlagsempfängerin an der Vertraulichkeit der darin enthaltenen Informationen, die wie erwähnt nach der Beurteilung der BRK keine zu schützenden Geschäftsgeheimnisse enthalten.

Der Einwand des BBL, die Einsichtnahme der Beschwerdeführerin in den Evaluationsbericht der Vergabestelle sei unter Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften zustande gekommen, geht daher fehl, und dem Antrag, die Replik sei aus den Akten zu weisen, ist schon aus diesem Grund nicht zu entsprechen.

g. Nicht gefolgt werden kann auch dem Antrag des BBL, es sei keine mündliche Verhandlung durchzuführen. Submissionsstreitigkeiten fallen nach der Rechtsprechung der BRK in den Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 der (Europäischen) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101), wonach die Parteien einen Anspruch auf eine mündliche und öffentliche Verhandlung haben. Die Beschwerdeführerin hat an ihrem in der Eingabe vom 13. Februar 2004 - unter Vorbehalt des Rückzugs - gestellten Begehren um Durchführung einer parteiöffentlichen Verhandlung (im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK) mit Schreiben vom 6. April 2004 ausdrücklich festgehalten.

h. (...)

2. Das BBL spricht der Beschwerdeführerin in der Duplik neu die für das vorliegende Vergabeverfahren erforderliche Eignung ab, da bei der Offerteinreichung am 2. Mai 2003 ein grosser Teil der Funktionalitäten der von ihr offerierten Lösung nicht zur Verfügung gestanden hätten. Zudem liege ein Ausschlussgrund wegen Erteilens falscher Auskünfte gemäss Art. 11 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) vor.

a.aa. Bei der Eignung im Rahmen eines Submissionsverfahrens stellt sich die Frage nach der Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 BoeB, Art. VIII Bst. b des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Üoeb], SR 0.632.231.422 sowie Entscheid der BRK vom 4. Februar 1999, veröffentlicht in VPB 64.9 E. 2a/dd; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284 ff.). Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf. Sie gibt diese sowie die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BoeB). Sie kann gemäss Art. 9 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) für die Überprüfung der Eignung der Anbietenden insbesondere die in Anhang 3 (zur VoeB) genannten Unterlagen erheben und einsehen. Die Auflistung in Anhang 3 ist nicht abschliessend; es können zusätzliche Eignungsnachweise verlangt werden.

bb. Auch in einem offenen Vergabeverfahren darf der Zuschlag nur einem Anbieter erteilt werden, der über die zur (einwandfreien) Erfüllung des Auftrags erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt. Eine Eignungsprüfung anhand von Eignungskriterien muss also auch beim offenen Verfahren stattfinden. Nicht erforderlich ist beim offenen Verfahren allerdings, dass die Eignungsprüfung in einem gesonderten Verfahren erfolgt (erwähnter Entscheid der BRK vom 4. Februar 1999, a.a.O., E. 2a/dd).

cc. Die Vergabebehörde - und in der Folge auch die Beschwerdeinstanz - haben die Eignung des Anbieters grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse bei Einreichung der Offerte und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt eingelegten Unterlagen zu prüfen. Dieser Grundsatz wird durch die Untersuchungsmaxime relativiert, wonach der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Die Vergabebehörde bzw. die BRK haben entsprechend Hinweise zu überprüfen, aufgrund derer die ursprünglich angenommene Eignung eines Anbieters nicht mehr bestehen könnte. Letztere muss nicht nur bei Einreichung der Offerte gegeben sein, sondern weiter bestehen bis zum Zeitpunkt des Zuschlags bzw. darüber hinaus bis zur vorgesehenen Ausführung des Auftrags. Gemäss Art. 11 BoeB kann die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter und Anbieterinnen vom Verfahren ausschliessen, wenn sie die geforderten Eignungskriterien nach Art. 9 BoeB nicht mehr erfüllen (Bst. a) oder wenn sie der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt haben (Bst. b). Die Vergabebehörde hat somit jederzeit die Möglichkeit, zusätzliche Abklärungen zu treffen und gegenüber einem Anbieter, der den Eignungskriterien nicht mehr genügt, den Ausschluss vom Verfahren oder den Widerruf des Zuschlags zu verfügen. Ist z. B. die zeitliche Gültigkeit gewisser Bescheinigungen, die der Anbieter eingereicht hat, abgelaufen und bejaht die Vergabebehörde dessen ungeachtet und ohne diesbezüglich weitere Erkundigungen einzuholen die Eignung, so stellt sie den Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig fest (vgl. zum Ganzen: Entscheid der BRK vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 2b/aa und 3; ferner auch Entscheid der BRK vom 21. November 2003 in Sachen B. AG [BRK 2003-023], E. 3.).

b.aa. Gemäss öffentlicher Ausschreibung und Pflichtenheft waren alle wirtschaftlich und technisch leistungsfähigen Firmen, welche die verlangten Leistungsnachweise zu erbringen vermochten, aufgerufen, ein Angebot zu unterbreiten. Gefordert waren u. a. Referenzen von einer bereits existierenden Installation der offerierten Finanzbuchhaltungssoftware in der Schweiz, die mit der vorliegenden Ausschreibung von der Komplexität (Konsolidierung) her vergleichbar sind. Sodann sollten drei Mitarbeiter mit

mindestens 2-jähriger Erfahrung mit der offerierten Finanzbuchhaltungssoftware des Anbieters (Stand per 1.1.2003) für das Projekt zur Verfügung stehen.

bb. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte unter dem Titel Eignungsnachweis 7 (3 Referenzen von einer bereits existierenden Installation der offerierten Finanzbuchhaltungssoftware in der Schweiz, die mit der vorliegenden Ausschreibung von der Komplexität [Konsolidierung] her vergleichbar sind) vier Firmen (mit zum Teil unterschiedlichen Lösungen) angegeben.

cc. Die Vergabestelle prüfte bzw. «bewertete» die Eignung der offerierenden Firmen anhand der publizierten Eignungskriterien. Aufgrund der Prüfung anhand der Eignungskriterien wurde kein Anbieter vom weiteren Evaluationsverfahren ausgeschlossen. Bei zwei Anbietern wurden fehlende Nachweise anlässlich der Nachverhandlungen nachgefordert. In Bezug auf den Eignungsnachweis E7 («Referenzen bestehender Installationen») wurde geprüft, ob drei bestehende Installationen der offerierten Buchhaltungssoftware in der Schweiz aufgezeigt wurden, und ob die Angaben zu den Referenzen (Firmenname, Anschrift, Kontaktperson, Telefonnummer, Verkaufsgegenstand) vollständig waren. Weiter wurde geprüft, ob die drei Fachbereiche Finanzbuchhaltung, Debitorenbuchhaltung und Kreditorenbuchhaltung in den drei Referenzen implementiert wurden. Bei der Beschwerdeführerin, die vier Referenzen aufgeführt hatte, wurde das Eignungskriterium E7 als vollumfänglich erfüllt beurteilt. Im Rahmen einer Nachbewertung der eingereichten Nachangebote wurden die Eignungskriterien gegenüber dem ersten Angebot verifiziert. Auch in der Begründung des Vergabeentscheids vom 24. Dezember 2003 hält das BBL fest, dass von der Beschwerdeführerin alle Eignungsnachweise erfüllt seien.

Im Rahmen des Evaluationsverfahrens wurden Referenzanfragen bei den angegebenen Referenzen einzig in Bezug auf die Z. vorgenommen. Die telefonischen Anfragen erfolgten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) nach Rücksprache mit dem BBL im September 2003, offenbar erst nachdem im Anschluss an die Nachverhandlungen feststand, dass die genannte Anbieterin aufgrund der Bewertung an vorderster Stelle lag. Die Resultate der Referenzanfragen wurden nicht (mehr) in den Evaluationsbericht integriert, sondern der BRK erst anlässlich der öffentlichen Sitzung vorgelegt.

dd. Das BBL hat im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens dann auch noch die Eignung der Beschwerdeführerin einer vertieften Kontrolle unterzogen, indem es dreien von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzfirmen die folgenden Fragen unterbreitet hat:

«· Welches Produkt (Release, Module) der Firma X. war zum Zeitpunkt Mai 2003 in ihrer Firma im Einsatz?

· War zum Zeitpunkt Mai 2003 die Installation der Firma X. produktiv im Einsatz bzw. in welchem Projektstadium befand sie sich zu diesem Zeitpunkt?

· Hatte die Implementierung eine ähnlich hohe Komplexität wie in der Ausgangslage seco (siehe Beilage) beschrieben?

· War eine Konsolidierungsfunktion produktiv im Einsatz? Wenn nein, ist eine solche Funktion geplant und auf welchen Termin?»

Aufgrund der erhaltenen Antworten kommt das BBL zum Schluss, dass bei zwei der angefragten Firmen im Zeitpunkt der Offerteinreichung die von der Beschwerdeführerin offerierte Lösung nicht vollständig und in vergleichbarer Komplexität vorhanden war. Die Konsolidierungsfunktion sei bei beiden Firmen ebenso wenig im Einsatz gewesen. Auch bei der dritten Firma sei das angebotene Produkt (...) lediglich unvollständig vorhanden gewesen und nicht im produktiven Einsatz gestanden, sondern nur auf dem Testsystem eingesetzt worden.

c. Das BBL hat sich bei der Prüfung der Eignung somit zunächst auf die von den Anbietern gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen abgestützt und sich dabei für die Bejahung der Eignung auf das (vollständige) Vorliegen bzw. Erfüllen der verlangten Eignungsnachweise beschränkt. Erst nachdem aufgrund der Bewertung der Angebote und nach den durchgeführten Nachverhandlungen (mit Nachbewertung) die Z. für den Zuschlag im Vordergrund stand, wurde für diese Anbieterin noch eine vertiefte Eignungsprüfung vorgenommen, indem bei den angegebenen Referenzen detaillierte Rückfragen in Bezug auf die dort erbrachten Leistungen gemacht wurden. Dieses Vorgehen, bei dem Referenzanfragen nur für die für den Zuschlag vorgesehene Anbieterin erfolgen, erscheint bei einem offenen Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig; es lässt sich vorab verfahrensökonomisch begründen, kann auf diese Weise der mit dem Einholen von Referenzauskünften verbundene Aufwand doch erheblich reduziert werden. Ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot ist darin nicht zu erkennen. Im Grundsatz ist es daher auch nicht zu beanstanden, wenn das BBL erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen ebenfalls einer näheren Überprüfung unterzog und gestützt darauf eine Neubeurteilung der Erfüllung des verlangten Eignungsnachweises E7 vornahm. Zuvor hatte sie bei der von ihr gewählten Vorgehensweise dazu gar keine Veranlassung. Insofern kann ihr grundsätzlich kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie der Beschwerdeführerin erstmals in der Duplik die Eignung abspricht.

d.aa. Entscheidend ist allerdings, dass diese nachträgliche vertiefte Eignungsprüfung in Bezug auf die darin involvierten Anbieterinnen nach gleichen Gesichtspunkten und nach gleichen Massstäben erfolgt. Die Vergabebehörde ist an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden (Art. 1 Abs. 2 BVerfG), und sie hat eine unparteiische Vergabe zu gewährleisten. Die Pflicht zur Gleichbehandlung bedeutet, dass keinem der anbietenden Unternehmen Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und keinem Anbieter Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen verwehrt sind (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 193 f.; Entscheid der BRK vom 17. März 2004 in Sachen G. SA, [CRM 2003-025] E. 4b; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2001 [VB.2001.00215], E. 8a).

bb. Die Vergabestelle begründet ihren Standpunkt, die Beschwerdeführerin müsse mangels Erfüllung des Eignungsnachweises E7 vom Verfahren ausgeschlossen werden, im Wesentlichen damit, dass die Referenznachfragen ergeben hätten, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene Produkt zum Zeitpunkt der Offerteinreichung weder bereits produktiv im Einsatz gestanden noch die verlangte Konsolidierungsfunktion aufgewiesen habe.

aaa. Nach Angaben der Beschwerdeführerin handelt es sich bei der von ihr offerierten Buchhaltungssoftware XL. um eine «junge Software, die ihre Marktreife in den letzten zwei Jahren erreicht hat». Im Jahresbericht 2002, welcher der Offerte beilag (...) wird u. a. ausgeführt, die neue Produktlinie XL. sei seit Anfang 2001 für den Verkauf freigegeben. XF. stehe seit Anfang 2002 voll im Angebot. Es seien bereits zehn Abschlüsse gebucht worden und die meisten der Kunden seien bereits produktiv. Die

Fertigstellung aller vorgesehenen Zusatzmodule dauere noch bis Ende 2004.

Seitens der Beschwerdeführerin ist unbestritten, dass bei ihrem Angebot zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung nicht die gesamte Funktionalität verfügbar war. Anlässlich der öffentlichen Sitzung anerkannte sie, dass sich zwei der vier Referenzobjekte erst in der Umsetzungsphase befinden hätten, während zwei bereits produktiv gewesen seien. Zum jetzigen Zeitpunkt seien alle vier Referenzlösungen produktiv. Ausdrücklich anerkannt wurde das Fehlen der im Eignungsnachweis E7 verlangten Konsolidierungsfunktion. Die Referenzen der Beschwerdeführerin erfüllten somit jedenfalls zum Zeitpunkt der Einreichung der Angebote den geforderten Eignungsnachweis E7 nicht bzw. nicht in allen Teilen.

bbb. Dasselbe gilt nun aber auch für die Zuschlagsempfängerin. Das Projekt (...), das im Kanton (...) die flächendeckende Einführung von (...) vorsieht, sah einen Realisierungszeitraum zwischen März 2001 und März 2004 vor, war jedenfalls zum Zeitpunkt der Offerteinreichung noch nicht abgeschlossen. Gemäss Referenzauskunft zum aktuellen Projektstand waren per Januar 2003 105 Dienststellen in Produktion, der Ausbau der Funktionalitäten sollte per Januar 2004 erfolgen. Das Referenzprojekt (...), mit Realisierungszeitraum April 1999-März 2001 war bei Offerteinreichung produktiv. Beim dritten Referenzobjekt (...), war die Produktivsetzung im Zeitpunkt der Referenzanfrage «in Arbeit». Nicht gefragt wurde in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin nach einer sich produktiv im Einsatz befindenden Konsolidierungsfunktion. Der schriftliche Bericht des seco zu den Referenzanfragen enthält dazu keine Angaben. Fest steht, dass die Referenzprojekte der Z. dem Eignungsnachweis E7 ebenfalls nicht im in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich verlangten Umfang entsprechen, da sie jedenfalls im Mai 2003 nur teilweise bereits produktiv waren. Ob sie über eine sich produktiv im Einsatz befindende Konsolidierungsfunktion verfügen, wurde - anders als bei der Beschwerdeführerin - nicht nachgefragt. Aufgrund der in Bezug auf die Referenzprojekte bestehenden Unterlagen ist davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin und die Z. in Bezug auf den Eignungsnachweis E7 nicht in erheblicher Weise voneinander unterscheiden. Das BBL hat seine ursprünglichen Anforderungen in Bezug auf die Z. ganz offensichtlich im Rahmen der Evaluation gelockert. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht es nicht an, die Beschwerdeführerin im Rahmen der nachträglich vorgenommenen Eignungsprüfung nun nach einem wesentlich strengeren Massstab zu beurteilen. Einem Ausschluss lediglich der Beschwerdeführerin mangels Eignung steht somit allein schon das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden entgegen. Offen bleiben kann, ob ein solcher Ausschluss vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten würde.

e. Als offensichtlich haltlos erweist sich vor diesem Hintergrund der Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe der Vergabestelle gegenüber falsche Auskünfte erteilt, weshalb sie gestützt auf Art. 11 Bst. b BoeB auszuschliessen sei. Die Formulierung des Eignungsnachweises E7, wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, lässt durchaus einen gewissen Interpretationsspielraum offen. Davon ist auch die Vergabebehörde ausgegangen, indem sie - wie ausgeführt - bei der Zuschlagsempfängerin Referenzprojekte akzeptiert hat, die erst zum Teil produktiv waren.

3. (...)

4.a. (...)

b.aa. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Zuschlagskriterien Nr. 6 und 7 «Preise» und «Betriebskosten» mit lediglich 2000 von maximal 30'000 Punkten bewertet worden sind. Damit habe das BBL das ihm zustehende Ermessen überschritten.

bb. Vorab ist festzustellen, dass diese Rüge im vorliegenden Verfahren zulässig und von der BRK folglich zu prüfen ist. Daran ändert nichts, dass die Vergabebehörde den Anbietenden die punktemässige Gewichtung der Zuschlagskriterien und damit auch das geringe Gewicht des Preises in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat. Nach der Rechtsprechung der BRK können die Ausschreibungsunterlagen nicht selbständig, sondern erst zusammen mit dem Zuschlag angefochten werden (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 610 mit Hinweisen).

cc. Die vorliegend offerierten Preise (Nettoinvestition) bewegen sich zwischen rund 2 Mio. und beinahe 10 Mio. Franken. Die jährlichen Betriebskosten wurden zwischen rund Fr. 200'000.- und 1 Mio. Franken offeriert. Den beiden Zuschlagskriterien «Preise» (Investitionskosten) und «Betriebskosten» kommt bei der Bewertung zusammen ein Gewicht von lediglich mal 6.66% zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt die Gewichtung des Preiskriteriums, d. h. der Investitionen, mit einem Wert (Quote) von 20% auch für einen komplexen Auftrag - konkret ging es um einen Architekturauftrag für ein Vorprojekt zur Renovation und zum Umbau eines öffentlichen Gebäudes im Umfang von 8 Mio. Franken - klar an der untersten Grenze des Zulässigen, wenn der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht seines Gehaltes entleert werden solle. Das Bundesgericht äusserte sogar Zweifel an dieser Gewichtungsquote (BGE 129 I 313 ff.). Die BRK teilt die Auffassung des Bundesgerichts. Eines der Ziele des BoeB ist es, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB), deshalb haben die Vergabebehörden bei ihren Beschaffungen das wirtschaftlich günstigste Angebot, d. h. dasjenige Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis, zu eruiieren (Art. 21 Abs. 1 BoeB). Auch wenn man vorliegend davon ausgeht, dass es sich - trotz der Tatsache, dass die Vergabebehörde eine (andernorts bereits produktive) Standard-Software und nicht ein individuell entwickeltes Produkt verlangte - um eine Beschaffung handelt, die als komplex zu bezeichnen ist, verletzt die vorliegende Gewichtung des Preises bzw. der Investitionskosten mit je nicht einmal 3,5% klarerweise den Grundsatz der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und steht im Widerspruch zur genannten Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen. Ein solches Negieren der finanziellen Aspekte der Beschaffung liegt nicht mehr im Rahmen des der Behörde zustehenden Ermessens.

Das BBL argumentierte an der öffentlichen Sitzung, der Preis dürfe nicht überbewertet werden. Beim heute bestehenden System, das von der Beschwerdeführerin stamme, seien im Laufe der Zeit 140 Änderungsanträge eingebaut worden, was Kosten von 2.4 Mio. Franken zur Folge gehabt habe. 14'000 Stunden seien für Weiterentwicklungen aufgewendet worden. Dies zeige klar die Relativität des Preises auf. Diese Argumentation ist wenig stichhaltig. Gewisse Weiterentwicklungskosten werden im Laufe der Zeit aufgrund geänderter Anforderungen - z. B. Gesetzesänderungen - und Ansprüche der Benutzer bei jeder beschafften Software anfallen. Damit lässt sich die wirtschaftliche Bedeutung der Anschaffungskosten, die hier doch mehrere Millionen betragen, nicht wegdiskutieren.

c.aa. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass das bei der Bewertung der Investitions- und Betriebskosten verwendete Bewertungsschema «Gaussche Verteilung» unzulässig sei. Einen Verfahrensfehler stelle es sodann dar, dass dieses Bewertungsschema in der Ausschreibung nicht bekannt gegeben worden sei.

bb. Dem Evaluationsbericht lässt sich die folgende Kostenbewertung (im Anschluss an die Nachverhandlungen) entnehmen:

Zuschlagskriterium Nr. 6 «Preise»

Zuschlagskriterium Nr. 7 «Jährliche Betriebskosten»

Das BBL begründet die Wahl der Gaußschen Verteilung als Bewertungsschema für die Investitions- und Betriebskosten damit, dass damit ein optimales Kosten-/Nutzenverhältnis im Hinblick auf die Investitions- und Betriebskosten erreicht werden könne, wenn die geplante Nutzungsdauer der Applikation in die Kostenbetrachtung einbezogen werde. Stark nach oben abweichende Angebote würden so entsprechend gewichtet. Das Projektrisiko (im Bereich Investitionskosten) mit einem extrem billigen Anbieter, bei dem davon ausgegangen werden könne, dass die Projektkomplexität unterschätzt werde und die Lösung weder fachlich noch kostenmässig zum Erfolg gebracht werden könne, sei in die Beurteilung einzubeziehen. Bei extrem tiefen Wartungs-/Betriebskosten könne unter Umständen nicht sichergestellt werden, dass die Applikation entsprechend dem geplanten Zeithorizont gewartet und weiterentwickelt werde.

cc. Der Vergabestelle steht bei der Bewertung der Angebotspreise - ebenso wie bei den andern Zuschlagskriterien - bzw. bei der Wahl der verwendeten Bewertungsmethode ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Eine Preisbewertungsmethode, bei der nicht das preisgünstigste gültige Angebot beim Zuschlagskriterium «Preis» die beste Bewertung erhält, sondern eine preislich wesentlich höher ausgefallene Offerte, erweist sich indessen als rechtlich nicht haltbar. Die von der Vergabestelle für die Verwendung der Gaußschen Methode, die genau zu dieser Konsequenz führt, vorgebrachten Gründe vermögen nicht zu überzeugen. Richtig ist zwar, dass die Vergabebehörde bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigen Angebots den Preis zu den qualitativen Aspekten der Offerte ins Verhältnis setzen muss. Die Berücksichtigung solch qualitativer Aspekte auch bei der Bewertung des Angebotspreises führt jedoch zu einer Vermischung der Kriterien Preis und Leistung und damit letztlich zur Intransparenz der Bewertung. Der Angebotspreis ist beim Zuschlagskriterium «Preis» zu bewerten, die Qualität der angebotenen Leistungen beim Zuschlagskriterium «Qualität» oder anderen qualitätsbezogenen Aspekten. Hat die Vergabebehörde in qualitativer Hinsicht

Vorbehalte, hat sie diese folgerichtig bei der Bewertung der entsprechenden Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Hegt sie überdies den Verdacht, es liege möglicherweise ein Unterangebot vor, hat sie entsprechende Abklärungen vorzunehmen (vgl. Art. XIII Abs. 4 Bst. a Üoeb; vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 537 ff.). Dasselbe gilt für den Fall, in dem die Vergabebehörde Grund zur Annahme hat, der Anbieter habe die Aufgabe nicht richtig verstanden bzw. die Komplexität des Auftrags unterschätzt. Führen diese vertieften Abklärungen zum Ergebnis, dass der betreffende Anbieter in der Tat nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen, ist er vom Verfahren auszuschliessen. Hingegen ist es sachwidrig und damit unzulässig, derartigen Bedenken in qualitativer Hinsicht bei der Preisbewertung Rechnung zu tragen, um auf diese Weise einen unerwünschten Zuschlag zu verhindern.

Die Investitionskosten betragen bei der Beschwerdeführerin rund 3.5 Mio. Franken, bei der Zuschlagsempfängerin rund 7 Mio. Franken. Einem Angebot, das in Bezug auf die Nettoinvestitionskosten doppelt so teuer ausgefallen ist, beim Zuschlagskriterium «Preise» rund einen Drittel mehr Punkte zu erteilen (1000), als dem halb so teuren Angebot (666), muss als geradezu willkürlich bezeichnet werden. Dasselbe gilt für die jährlichen Betriebskosten.

d. Aufgrund des Gesagten steht fest, dass sowohl die prozentuale Gewichtung der Kostenaspekte, namentlich der Investitionskosten, als auch die Bewertung der Kosten in einer Weise erfolgt sind, die den Ermessensspielraum der Vergabestelle - entgegen der Auffassung des BBL - klarerweise sprengt. Aufgrund der minimalen Gewichtung des Preises bzw. der Investitionskosten und (zusätzlich) der unzulässigen Preisbewertung hat im vorliegenden Fall ein Angebot den Zuschlag erhalten, das nach der Bewertung des BBL in qualitativer Hinsicht, d. h. unter Ausklammerung der Investitions- und Betriebskosten einen Vorsprung von 914 Punkten (bei einem Maximum von 28'000) bzw. von 3.3% aufweist (Zuschlagsempfängerin: 27'497 Punkte [= 29'497-2000]; Beschwerdeführerin: 26'583 [= 27'915-1'332]), in Bezug auf die Investitionskosten aber rund 3.5 Mio. Franken, d. h. 100%, teurer ist. Dies steht im klaren Widerspruch zu Art. 21 Abs. 1 BoeB und zu Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB. Weder die Gewichtung der beiden Zuschlagskriterien Nrn. 6 und 7 («Preise» und «Jährliche Betriebskosten») noch die Kostenbewertung aufgrund der Gaußschen Methode halten somit einer rechtlichen Überprüfung stand, was allein zur Aufhebung des der Z. erteilten Zuschlags und damit zur Gutheissung der Beschwerde führen muss.

e. (...)

5.-6. (...)

Dokumente der BRK