



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-2955/2018**

urh/ret/fao

## **Zwischenentscheid vom 4. Oktober 2018**

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ SA,**

vertreten durch die Rechtsanwälte  
Philippe Notter und Anne Herren,  
Notter Mégevand & Partner AG,  
Waldeggstrasse 72, Postfach 84, 3097 Liebefeld,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Sport BASPO,**  
Hauptstrasse 247-253, 2532 Magglingen/Macolin,  
handelnd durch Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,  
KBB / Rechtsdienst,  
Fellerstrasse 21, 3003 Bern,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen –  
(17054) 504 NDS-Neubau (Nationale Datenbank Sport)  
(SIMAP-Meldungsnummer 1019269; Projekt-ID 162744),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Am 7. November 2017 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (Beschaffungsstelle) für das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (<www.simap.ch>) unter dem Projekttitel "(17054) 504 NDS-Neubau (Nationale Datenbank Sport)" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus.

Gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibung lautete der detaillierte Aufgabenbeschrieb wie folgt:

"Zur Verwaltung und Abwicklung sämtlicher Kurse von "Jugend und Sport" (J+S) und "Erwachsenensport Schweiz" (esa) sowie der J+S-Subventionen wird heute die "Nationale Datenbank für Sport" (NDS) verwendet. Diese Applikation ist seit 2003 im Einsatz und muss bis Ende 2020 durch eine neue Applikation ersetzt werden. Diese Ausschreibung umfasst die Detailspezifikation, die Implementation, die Migration und die Inbetriebnahme dieser neuen Applikation. Wartung, Support und Weiterentwicklung der zukünftigen Lösung sowie die Konzeption und Implementation von Zusatzmodulen werden optional ausgeschrieben."

Die Angebote waren bis zum 10. Januar 2018 einzureichen (vgl. Ziffer 1.4 der Ausschreibung).

**B.**

In der Folge gingen insgesamt fünf Offerten ein, darunter diejenigen der A. \_\_\_\_\_ SA (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und der B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin). Eine Anbieterin wurde von der Vergabestelle vom Verfahren ausgeschlossen, da der in der Ausschreibung geforderte Leistungsumfang abgeändert worden bzw. die Offerte zum Zeitpunkt der Offerteingabe unvollständig gewesen sei. Den anderen Anbietern wurde mit Schreiben vom 22. Februar 2018 die Möglichkeit gegeben, ihre Angebote zu bereinigen. Die Beschwerdeführerin wurde in diesem Rahmen aufgefordert, ihr Angebot hinsichtlich der Eignungskriterien EK 02, 03, 11 und 12 sowie der Technischen Spezifikationen (TS) 03, 06, 07 und 08 bis am 27. Februar 2018 zu bereinigen.

Die Beschwerdeführerin reichte am 27. Februar 2018 eine bereinigte Offerte und unaufgefordert am 6. März 2018 weitere Unterlagen ein.

Am 2. Mai 2018 wurde der Zuschlag vom 30. April 2018 an die B. \_\_\_\_\_ GmbH auf der Internetplattform SIMAP veröffentlicht (Meldungsnummer 1019269). Als Begründung für den Zuschlagsentscheid wurde angegeben: "Den Zuschlag erhält die Firma B. \_\_\_\_\_ GmbH. Sie hat die qualitativen Kriterien generell besser erfüllt. Hauptsächlich basiert der Entscheid zugunsten der Firma B. \_\_\_\_\_ GmbH auf einem ausgereifteren Lösungsansatz, welcher die wesentlichen Bedürfnisse der Bedarfsstelle am besten aufgenommen hat" (Ziff. 3.3 des Zuschlags).

Anlässlich des mündlichen Debriefings vom 8. Mai 2018 gab die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bekannt.

### C.

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 2. Mai 2018 erhob die A. \_\_\_\_\_ SA (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 22. Mai 2018 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht und stellte folgende Anträge:

- „1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die Zuschlagsverfügung vom 30. April 2018 sei aufzuheben.
3. Der Zuschlag betreffend Vergabe des Auftrags für den Neubau der Nationalen Datenbank Sport sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolgen –“

Zur Begründung ihrer Anträge führt die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, ihr Angebot sei während des Vergabeverfahrens zu Unrecht ausgeschieden worden, so dass ihr Angebot bei der Endauswertung gar nicht berücksichtigt worden sei. Ihr Angebot hätte mehr Punkte erhalten als dasjenige der B. \_\_\_\_\_ GmbH sowie der anderen Teilnehmenden, weshalb sie den Zuschlag erhalten müsste. Ohne Gewährung der aufschiebenden Wirkung bestehe das Risiko, dass die Vergabestelle mit der B. \_\_\_\_\_ GmbH einen Vertrag abschliesse, obschon die B. \_\_\_\_\_ GmbH nicht die wirtschaftlichste Offerte anbiete. Einer aufschiebenden Wirkung stünden keine überwiegenden Interessen entgegen. Das vorliegende Beschaffungsverfahren dauere seit Herbst 2017, so dass bereits aus dieser Sicht eine gewisse Verzögerung nicht ausschlaggebend sein könne. Da die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet sei, sei ihr die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Zwischenverfügung vom 23. Mai 2018 untersagte der Instruktionsrichter der Vergabestelle superprovisorisch alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Verfahrens präjudizieren könnten. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle eingeladen, zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen.

#### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 7. Juni 2018 zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersuchte die Vergabestelle um Abweisung der Beschwerde und stellte folgende prozessuale Anträge:

- „1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen,
2. Der Beschwerdeführerin sei nur Einsicht in diejenigen Akten zu gewähren, die im Aktenverzeichnis als "der Akteneinsicht zugänglich" bezeichnet sind;
3. Auf einen weiteren Schriftenwechsel sei zu verzichten.

Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Zur Begründung führt die Vergabestelle im Wesentlichen aus, die Rügen der Beschwerdeführerin erwiesen sich allesamt als unzutreffend. Die Beschwerde erscheine folglich als aussichtslos, weshalb von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzusehen bzw. die Beschwerde abzuweisen sei.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 13. Juni 2018 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Gelegenheit, im Rahmen des Gesuches um aufschiebende Wirkung allfällige Schlussbemerkungen einzureichen.

#### **F.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 26. Juni 2018 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung fest. Vorliegend sei offensichtlich, dass die Beschwerde nicht aussichtslos sei und die Beschwerdegründe einer eingehenden Prüfung bedürften. Inwiefern gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gewichtige Interessen bestehen würden, sei von der Vergabestelle nicht dargelegt worden. Die Beschwerdeführerin insistiert, sie habe alle Eignungskriterien erfüllt und ihr Angebot sei vollständig gewesen, womit es hätte ausgewertet

werden müssen. Der Beschwerde sei schon deshalb und weil sie begründet sei, die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

### **G.**

Mit Verfügung vom 28. Juni 2018 wurden der Vergabestelle die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin zugestellt und ihr eine Frist für die Einreichung allfälliger Bemerkungen gestellt.

Mit Eingabe vom 9. Juli 2018 ergänzt die Vergabestelle zur Frage der aufschiebenden Wirkung ihre diesbezügliche Vernehmlassung, wobei sie an ihren Rechtsbegehren vollumfänglich festhält. Keines der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente vermöge die in der Vernehmlassung vom 7. Juni 2018 dargelegte Aussichtslosigkeit der Beschwerde zu widerlegen. Eine weitere Verzögerung durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung würde dazu führen, dass die korrekte Verwaltung der J+S-Kurse und -Subventionen ab 2020/2021 nicht mehr sichergestellt werden könnte.

Auf die Vorbringen der Parteien des vorliegenden Verfahrens wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gegen einen Ausschluss oder die Erteilung eines Zuschlags in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a und d i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.2.1** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

**1.2.2** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

**1.2.3** Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. September 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3).

Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) Folgendes aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung):

"48000000 – Softwarepaket und Informationssysteme,  
 48100000 – Branchenspezifisches Softwarepaket,  
 48482000 – Business-Intelligence-Softwarepaket,  
 72000000 – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung,  
 72200000 – Softwareprogrammierung und -beratung,  
 72210000 – Programmierung von Softwarepaketen,  
 72211000 – Programmierung von System- und Anwendersoftware,  
 72212000 – Programmierung von Anwendersoftware,  
 72212100 – Entwicklung von branchenspezifischer Software,  
 72230000 – Entwicklung von kundenspezifischer Software,  
 72265000 – Software-Konfiguration,  
 72267000 – Software-Wartung und -Reparatur,  
 72268000 – Bereitstellung von Software"

Diese Nummern entsprechen nach der Systematik der CPCprov der Referenznummer 84 "Informatik und verbundene Tätigkeiten". Diese Kategorie wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur VöB) erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen auch das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2).

**1.2.4** Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 16'065'080.– exkl. MwSt. vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.–. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

**1.2.5** Eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Das BöB ist folglich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

**1.2.6** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag sei an sie selbst zu erteilen. Ein formelles Rechtsbegehren auf Aufhebung des von der Vergabestelle implizit verfügten Ausschlusses hat sie zwar nicht gestellt. In der Beschwerdebegründung macht sie aber geltend, dass sie zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei und ihr Angebot bei der Präsentation der Angebote hätte berücksichtigt und ausgewertet werden müssen.

Weiter hält sie in ihrer Beschwerde fest, dass sie den Zuschlag hätte erhalten müssen, da ihr Angebot mehr Punkte als dasjenige der Zuschlagsempfängerin und der anderen Teilnehmenden hätte erhalten müssen, da sie in technischer, qualitativer und wirtschaftlicher Hinsicht das beste Angebot eingereicht habe. Überdies sei ihr Angebot ca. acht Millionen Franken billiger als dasjenige der Zuschlagsempfängerin gewesen, so dass ihr in Anwendung des Art. 21 Abs. 1 BöB der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

**2.2** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – sie wurde aus dem Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Ausserdem ist der Offertpreis der Beschwerdeführerin gemäss dem Offertöffnungsprotokoll der günstigste. Mit Blick auf die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4) macht die im offenen Verfahren im Rahmen des Zuschlags ausgeschlossene Anbieterin sinngemäss geltend, dass ihre Offerte, falls diese in die Bewertung einbezogen wird, eine reelle Chance auf den Zuschlag hat. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist gegeben, auch wenn die Vergabestelle argumentiert, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle die Eignungskriterien bzw. Technische Spezifikationen nicht (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.3).

**2.3** Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Die Rechtsvertreter haben sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**2.4** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags bzw. eines impliziten Ausschlusses entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1340 mit Hinweisen).

### **3.**

**3.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Sie kann aber durch das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

**3.2** Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweis "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweis).

**3.3** Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren.

Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950, insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19

E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweis; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei — insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA — die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

#### 4.

**4.1** Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen, weil dieses auch nach erfolgter Nachbereinigung das Eignungskriterium EK02 sowie die Technischen Spezifikationen TS02, TS03 und TS06 sowie implizit auch die TS01 nicht erfülle.

Dieses gab die Vergabestelle der Beschwerdeführerin anlässlich des Debriefings vom 8. Mai 2018 auch als hauptsächlichen Grund für die Nichtberücksichtigung deren Offerte an. In der Stellungnahme vom 7. Juni 2018 präzisierte die Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin nach der Nachbereinigung weiterhin die TS03 und TS06 klar nicht erfüllt habe. Aus der Nichterfüllung des TS03 habe sich zusätzlich die implizite Nichterfüllung des TS01 ergeben. Bezüglich der Erfüllung der EK02 und der TS02 hätten zwar noch gewisse Unklarheiten bestanden. Aufgrund der klaren Nichterfüllung der genannten Kriterien sei aus ressourcenschonenden Gründen auf eine erneute Nachbereinigung dieser Punkte verzichtet worden.

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, sie sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Einerseits erfülle sie sämtliche Eignungskriterien. Selbst wenn die beanstandete Nichtangabe von C.\_\_\_\_\_ als Subunternehmer als Mangel gelten solle, sei dies ein unbedeutender Mangel, ein reiner Formmangel, für welchen ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden dürfe. Entsprechend sei ein gestützt darauf erfolgter Ausschluss unverhält-

nismässig. Die Sanktionierungen in Bezug auf die Technischen Spezifikationen seien ebenfalls ungerechtfertigt und ohnehin kein gültiger Grund für einen Ausschluss.

**4.2** Die Auftraggeberin kann einen Anbieter, der die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt, vom Verfahren ausschliessen (vgl. Art. 11 Bst. a BöB i.V.m. Art. 9 BöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 580). Der Ausschluss kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 450).

Eine Pflicht dazu, sämtliche Anbieter, welche die Eignungskriterien oder die erforderlichen technischen Spezifikationen nicht erfüllen, in jedem Fall formell vom Verfahren auszuschliessen, auch wenn die Frage insofern in Bezug auf den Zuschlag nicht relevant ist, weil ein anderer Anbieter, der seinerseits die Eignungskriterien erfüllt, das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat, ergibt sich weder direkt noch indirekt aus dem Gesetz, noch wird eine derartige Pflicht in Lehre oder Rechtsprechung propagiert.

Entsprechend ist weder das Vorgehen der Vergabestelle betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren noch der Zeitpunkt des Ausschlusses zu beanstanden.

**4.3** Als Zwischenergebnis ist somit prima facie festzustellen, dass es der Vergabestelle unbenommen ist, geltend zu machen, die Beschwerdeführerin erfülle ein Eignungskriterium nicht, oder das Angebot erfülle die geforderten technischen Spezifikationen nicht, weshalb ihre Offerte auszuschliessen sei. In der Folge ist daher materiell zu prüfen, wie es sich diesbezüglich verhält.

## **5.**

Zu prüfen bleibt somit, ob sich der Ausschluss gestützt auf die Nichterfüllung technischer Spezifikationen rechtfertigen lässt.

**5.1** Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, Vergabe- und Vertragsunterlagen. Dabei verfügt sie über einen breiten Ermessensspielraum (vgl. Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 2.2, Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. m.H.). Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts an-

deres ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1 und B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1).

**5.2** Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 6a Abs. 3 VöB).

**5.3** Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen „Bahntechnik Monte Ceneri“). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrolling-system AlpTransit").

**5.4** In Ziff. 11.2 des Pflichtenhefts wird zu der Technischen Spezifikation folgendes ausgeführt:

"Die im Anhang 4 "Technische Spezifikationen" aufgeführten technischen Spezifikationen müssen vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebotes erfüllt und nachgewiesen oder bestätigt werden, ansonsten wird nicht auf das Angebot eingegangen."

Die Vergabestelle hat somit verlangt, dass die Anforderungen gemäss den technischen Spezifikationen zwingend zu erfüllen sind. Entsprechend stellt deren Nichterfüllung, entgegen der von der Beschwerdeführerin noch in der Beschwerde vertretenen Ansicht, einen Ausschlussgrund dar.

**5.5** Umstritten ist vorab die Erfüllung der Technischen Spezifikationen TS01 (Funktionale und nicht funktionale Anforderungen) und TS03 (Architektur des offerierten Systems).

Die Vergabestelle vertritt die Auffassung, dass die Beschwerdeführerin weder in den Angebots- noch in den Nachbereinigungsunterlagen aufzuzeigen vermochte, wie die konkrete Anforderung 873 "Verwaltung von Kursevaluationsfragebogen" mit dem angebotenen System erfüllt werden könne.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, dass das von ihr offerierte System diese Anforderungen erfüllen würden.

**5.5.1** Gemäss Anhang 4 "Technische Spezifikationen" der Ausschreibungsunterlagen wurde mit Bezug auf die TS01 verlangt, dass der Anbieter bestätigt, dass seine Lösung die funktionalen und nicht funktionalen Anforderungen gemäss Anhang 11 des Pflichtenhefts "Anforderungen an die zukünftige Lösung" erfüllt. Eine der Anforderungen (ANF873; Anhang 11 S. 172) lautet:

**"Die zukünftige Lösung muss dem berechtigten Benutzer die Möglichkeit bieten, Kursevaluationsfragebogen zu verwalten (erstellen, publizieren, ändern und löschen).**

Für die Erstellung der Fragebogen sollen beispielsweise folgende Fragetypen möglich sein:

- offene Fragen (Antwort mittels Freitextfeld möglich)
- geschlossene Fragen (von zwei Antwortmöglichkeiten z.B. ja / nein bis zu mehreren Antwortmöglichkeiten z.B. sehr zufrieden, zufrieden, nicht zufrieden, völlig unzufrieden etc.)

Die Darstellung von Fragen soll beispielsweise folgendermassen möglich sein:

- mittels einer graphischen Skala: z.B. eine Skala von 1 (stimme gar nicht zu) bis 10 (stimme sehr zu) mit der Möglichkeit, die Frage als "nicht beurteilbar" zu beantworten
- mittels Tabellen / Matrizen (bei mehreren Aussagen mit mehreren Antwortmöglichkeiten zu einem Thema wird so die Darstellung übersichtlicher)
- mittels Ranglisten oder Hierarchien (beispielsweise kann in einem Dropdown hinter dem zu bewertenden Objekt der Rang gewählt werden)
- etc."

Um das Technische Kriterium TS03 "Architektur des offerierten Systems (Prinzipschemata und Unterteilung in Subkomponenten)" zu erfüllen, musste der Anbieter aufzeigen, dass die Architektur des offerierten Systems mit den Vorgaben im Pflichtenheft konsistent ist. Als Nachweis hatte der Anbieter die Architektur des offerierten Systems im Kapitel 1 des Lösungsansatzes zu beschreiben und insbesondere über die in Kapitel 14.2.9.1 des Pflichtenhefts aufgeführten Aspekte Auskunft zu geben.

Gemäss Pflichtenheft (Ziff. 14.2.9.1 "Technische Elemente"; S. 56) wurde verlangt, dass mit dem Angebot eine detaillierte funktionale und technische Beschreibung abzugeben ist, die insbesondere über folgende Aspekte Auskunft gibt:

- "Lösungsansatz Kapitel 1: Architektur des offerierten Systems:
  - Prinzipschemata
  - Unterteilung in Subkomponenten.

Die zukünftige Lösung kann durch den Anbieter in Subkomponenten unterteilt werden. Diese Unterteilung muss offengelegt werden.

Insbesondere muss aufgezeigt werden, bei welchen Komponenten es sich um Eigenentwicklungen handelt und welche Komponenten Standardkomponenten sind. Eingesetzte Dritprodukte und deren Einbindung in die Lösung müssen aufgezeigt werden. (Dabei sind speziell lizenzpflichtige oder aus dem Open Source-Bereich stammende Komponenten auszuweisen.)"

**5.5.2** Die Beschwerdeführerin macht in den Schlussbemerkungen geltend, dass sie ausgehend vom bestehenden System namens "Trainingsplus" eine neue Lösung ausgearbeitet habe, bei der die Möglichkeit der Kurs-evaluation vorhanden sein werde.

In der Offerte (vgl. S. 24 ff., Schlussbemerkungen S. 3 f.) führt die Beschwerdeführerin zu den Fragebogen das Folgende aus:

"Identisch wie bei den in der Standardlösung X\_\_\_\_\_ vorhandenen Fragebogen können die berechtigten Benutzer die dem Angebot zugewiesenen Ziele bewerten und ein Feedback per Text geben. Um eine vergleichbare Bewertung zu erfassen, benötigt es noch eine entsprechende Skala"

Die vorgesehene Skala reicht von "Überdurchschnittlich erfüllt" bis "Gar nicht erfüllt". Weiter ist vorgesehen, dass zusätzliche Texte unter "Bemerkungen" erfasst werden können. Zudem wurde ausgeführt, dass die Auswertungen der Feedbacks zu den Zielvereinbarungen von den berechtigten Benutzern zu jedem Angebot direkt exportiert werden könnten. Es wird ebenfalls auf die Möglichkeit der grafischen Darstellung der Auswertung hingewiesen.

In der Angebotsbereinigung vom 27. Februar 2018 bestätigt die Beschwerdeführerin, dass die Anforderung "ANF873/Kursevaluation" Bestandteil ihres Angebots sei mit dem Hinweis, dass für die Kursevaluation ein eigenständiges Modul geliefert werde.

**5.5.3** Die Vergabestelle unterstreicht in ihrer Stellungnahme vom 7. Juni 2018 die Wichtigkeit der Anforderung "ANF873/Kursevaluation". So müssten für alle Kurse der Kaderbildung und alle Besuche vor Ort Kursevaluationsbogen erstellt werden. Dabei benötigten sowohl die über 70 Sportarten als auch die verschiedenen Ausbildungsstufen wie Grundausbildung, Weiterbildung 1, Weiterbildung " und Spezialisierung je individuelle Fragebogen. Da für die Erstellung der Kursevaluationsfragebogen die Daten zu den Kursen benötigt und die beantworteten Fragebogen im ausgeschriebenen System ausgewertet würden, müsse die Erstellung der Fragebogen zwingend im ausgeschriebenen System erfolgen. Es sei daher unerlässlich, dass das angebotene System die Möglichkeit biete, Kursevaluationsbogen zu verwalten.

**5.5.4** Die Angaben der Beschwerdeführerin zur Anforderung "ANF873/Kursevaluation" sind sehr vage. Sie bringt zwar vor, dass die ausgearbeitete Lösung die Möglichkeit der Kursevaluation bieten werde und dass die berechtigten Benutzer die dem Angebot zugewiesenen Ziele bewerten und ein Feedback per Text abgeben könnten. Es wird aus den Angaben jedoch nicht konkret ersichtlich, wie Kursevaluationsfragebogen verwaltet, d.h. erstellt, publiziert, geändert oder gelöscht werden können.

Die Beschwerdeführerin verweist weiter auf die Möglichkeit der grafischen Darstellung der Auswertung. Auch in diesem Bereich bleiben die Ausführungen der Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung der beigelegten Grafik und dem Hinweis, dass die Rohdaten der vorhandenen Statistiken exportiert werden können, pauschal. Sie vermag damit weder in der Offerte noch in der Nachbereinigung darzutun, ob und wie die gemäss

ANF873 beispielhaft aufgeführten Möglichkeiten der Darstellung von Fragen, mittels einer graphischen Skala, Tabellen/Matrizen, oder mittels Ranglisten bzw. Hierarchien erfüllt werden können.

**5.6** Die Vergabestelle bemängelt weiter, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auch die technische Spezifikation "Vorgehens- und Terminplan für die Entwicklung der neuen Lösung" (TS06) nicht erfülle.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr Angebot enthalte genaue Angaben über die von der Auftraggeberin zu erfüllenden Aufgaben.

**5.6.1** Gemäss Anhang 4 der Ausschreibungsunterlagen wurde mit Bezug auf die TS06 verlangt, dass der Anbieter aufzeigt, dass sein Vorgehens- und Terminplan für die Entwicklung der neuen Lösung mit den Vorgaben im Pflichtenheft konsistent ist. Als Nachweis/Form wurde gefordert, dass der Anbieter den Vorgehens- und Terminplan für die Entwicklung der neuen Lösung im Kapitel 9 des Lösungsansatzes beschreibt und insbesondere Auskunft über die in Kapitel 14.2.9.2 des Pflichtenheftes aufgeführten Aspekte gibt.

Gemäss Pflichtenheft (Ziff. 14.2.9.2 "Organisatorische Elemente"; S. 57 f.) wurde verlangt, dass mit dem Angebot eine detaillierte Beschreibung der organisatorischen Elemente abzugeben ist, die insbesondere über folgende Aspekte Auskunft gibt:

- **Lösungsansatz Kapitel 9: Projektorganisation, Vorgehens- und Terminplan für die Entwicklung der neuen Lösung:**
  - Projektorganisation
  - Vorgehensschritte, Vorgehensplan (unter Einhaltung der Vorgaben gemäss Pflichtenheft)
  - Beschreibung der Ergebnisse pro Schritt / Phase
  - Art und Umfang der Ergebnis-Dokumentation
  - Erforderliche Leistungen des Auftraggebers
  - Allfällige Risiken aus der Sicht des Anbieters

**5.6.2** In der Offerte verweist die Beschwerdeführerin hauptsächlich auf die Methode HERMES 5 und schlägt gestützt darauf eine Projektorganisation vor (Offerte S. 66). Weiter macht sie Aussagen zum Projektvorgehen und zum Terminplan, jeweils mit Hinweis auf HERMES 5.

Nachdem die Vergabestelle im Schreiben vom 22. Februar 2018 an die Beschwerdeführerin festgestellt hatte, dass die Beschreibung der möglichen Risiken und der vom Auftraggeber zu erbringenden Leistungen gefehlt hätten, ergänzte die Beschwerdeführerin in der Angebotsbereinigung vom 27. Februar 2018 die Offerte mit einer Tabelle mit allfälligen Projektrisiken sowie der dafür vorgesehenen Massnahmen und Leistungen.

**5.6.3** Die Vergabestelle bemängelt, dass die Beschwerdeführerin weder in der Offerte noch in der Bereinigung zum Aspekt "Erforderliche Leistungen des Auftraggebers" eine Aussage mache. Im Übrigen sei mit der Kenntnis einer Methode und den Verweis darauf die zu Grunde liegende Fragestellung noch nicht beantwortet.

**5.6.4** Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Erfordernis "Erforderliche Leistungen des Auftraggebers" beinhalten hauptsächlich den Hinweis auf HERMES 5. Dies ist die Projektmanagementmethode für Projekte im Bereich der Informatik, der Entwicklung von Dienstleistungen und Produkten sowie der Anpassung der Geschäftsorganisation. HERMES unterstützt die Steuerung, Führung und Ausführung von Projekten verschiedener Charakteristiken und Komplexität (vgl. <http://www.hermes.admin.ch/onlinepublikation/index.xhtml>). HERMES wurde von der schweizerischen Bundesverwaltung entwickelt und steht als offener Standard frei zur Verfügung.

Die Offerte der Beschwerdeführerin beinhaltet zwar einen Terminplan, in welchem verschiedene Projektphasen ersichtlich und farblich unterschiedlich dargestellt sind. Es wird daraus aber nicht ersichtlich, welche Leistungen vom Auftragsgeber erbracht werden müssen. Daran vermag auch der erst in den Schlussbemerkungen gemachte generelle Hinweis, dass mit der HERMES Methode klar definiert werde, welche Aufgaben vom Anwender, Ersteller oder Betreiber zu erfüllen seien, nichts zu ändern.

Aber auch in der anlässlich der Nachbereinigung eingereichten Tabelle mit allfälligen Projektrisiken sowie der dafür vorgesehenen Massnahmen und Leistungen ergänzte die Beschwerdeführerin ihr Angebot – wie die Vergabestelle zu Recht festhält – mit einer Aufzählung von allgemeinen Risiken. Auf auftragsspezifische Risiken wurde hingegen nicht konkret eingegangen. Entsprechend ist prima facie auch in diesem Punkt die Beurteilung der Vergabestelle nicht zu beanstanden, wenn diese davon ausgeht, dass die Beschwerdeführerin weder in der ursprünglichen Offerte noch in der

Nachbereinigung aufzuzeigen vermochte, dass die technische Spezifikation "Vorgehens- und Terminplan für die Entwicklung der neuen Lösung" (TS06)" erfüllt wurde.

**5.7** Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie", mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: VPB 70.33 E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3).

**5.8** Da die Vergabestelle bezüglich der technischen Spezifikationen "Funktionale und nicht funktionale Anforderungen Organisation" (TS01), "Architektur des offerierten Systems" (TS03) und "Vorgehens- und Terminplan für die Entwicklung der neuen Lösung" (TS06) als "Muss-Anforderungen" definiert und im Pflichtenheft und dessen Anhängen näher umschrieben hat, ist prima facie im Ergebnis die Beurteilung nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle zum Schluss gelangte, dass die angebotene Lösung der Beschwerdeführerin einzelne Anforderungen dieser technischen Spezifikationen nicht erfüllt habe und folglich das Angebot vom Evaluationsverfahren ausgeschlossen hat. Bei dieser Sachlage kann offengelassen werden, wie es hinsichtlich der Erfüllung bzw. Nichterfüllung des Eignungskriteriums EK02 ("Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen") und der TS02 ("Anforderungen an Schlüsselpersonen") aussieht. Entsprechend ist auch die Vorgehensweise der Vergabestelle nicht zu beanstanden, der Beschwerdeführerin keine weitere Möglichkeit der Nachbereinigung dieser Punkte einzuräumen.

**5.9** Zusammenfassend ist prima facie nicht ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle mit ihrer Beurteilung, die Offerte der Beschwerdeführerin habe zumindest zwei der geforderten Technischen Spezifikationen nicht erfüllt und sei folglich von der Bewertung auszuschliessen, einen qualifizierten Ermessensfehler begangen hätte.

Entsprechend verstösst die Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin nicht gegen Bundesrecht.

**6.**

Prima facie erscheint die Beschwerde somit als offensichtlich unbegründet.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich wäre.

**7.**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

**3.**

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 143673; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Thomas Reidy

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 11. Oktober 2018