



Abteilung II
B-364/2014

Urteil vom 16. Januar 2015

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte A. _____ und
B. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB/Rechtsdienst,
vertreten durch die Rechtsanwälte
C. _____ und/oder D. _____,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Zuschlag vom
16. Dezember 2013 "Suchsystem Bund" –
SIMAP-Meldungsnummer 802743 (Projekt-ID 99259).

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL, Beschaffungsstelle), handelnd für die Bundeskanzlei (BK) 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 simap.ch aus.

Laut Ziff. 2.5 der Ausschreibung ("detaillierter Produktebeschrieb") ist das derzeit eingesetzte Suchsystem der Bundesverwaltung am Ende seines technischen Lebenszyklus angelangt. Es soll durch ein neues abgelöst werden, das sowohl im Internet als auch im Intranet aller Verwaltungseinheiten des Bundes eingesetzt werden wird. Die Inbetriebnahme soll im ersten Quartal 2015 erfolgen, unter der Voraussetzung einer Vertragsunterzeichnung mit dem Zuschlagsempfänger im 4. Quartal 2013. Ausschreibungsgegenstand bilden einerseits Konzeptions-, Umsetzungs- und Realisierungsarbeiten, andererseits Wartungs-, Support- und Integrationsleistungen.

B.

Innert Frist gingen fünf Offerten ein. Die X. _____ AG (Beschwerdeführerin), unterbreitete der Vergabestelle am 9. Juli 2013 ein Angebot zum Preis von Fr. [...] (exkl. Mehrwertsteuer, MWST).

Mit Brief vom 24. Juli 2013 lud die Vergabestelle die X. _____ AG zur schriftlichen Angebotsbereinigung hinsichtlich mehrerer Eignungskriterien sowie des Zuschlagskriteriums "Preis" bis 30. Juli 2013 ein. Diesbezüglich erklärte sie:

"In Ihrem Angebot gehen Sie davon aus, dass die benötigten Lizenzen im Rahmen der vorhandenen Verträge zwischen dem Bund und Microsoft beschafft werden.

Im Kapitel 2.3 des Pflichtenheftes wird jedoch vorgegeben, dass der Anbieter im Rahmen seiner Preiseingabe sämtliche Kosten für die offerierte Lösung (mit Hard- und Software, inkl. allenfalls benötigter Middleware) zu berücksichtigen hat, respektive dies im Rahmen seiner Preiseingabe auch so vorzunehmen hat. Ebenfalls wird in Kapitel 10.1 des Pflichtenhefts darauf hingewiesen, dass keine Teilangebote zugelassen sind.

Wir bitten Sie alle im Preisblatt aufgeführten und offerierten Positionen mit entsprechenden Preisen zu versehen, sofern diese nicht in anderen Positionen bereits eingerechnet sind. [...]"

In einem E-Mail an die Vergabestelle vom 25. Juli 2013 legte die Beschwerdeführerin unter anderem Folgendes dar:

"Nach Rücksprache mit Microsoft haben wir uns dazu entschlossen, im Auftrag und mit der Unterstützung von Microsoft – als eigenständiges Unternehmen – das Angebot zu Ihrer Ausschreibung zu erstellen. [...]

Es existiert ein umfassendes Vertragswerk zwischen Microsoft und dem BBL, welches einerseits die Kosten für die Beschaffung von Lizenzprodukten von Microsoft aber auch den Lizenzsupport- und Lizenzwartungskosten regelt. Somit entstehen aufgrund unseres Angebots lediglich Kosten im Zusammenhang mit zusätzlich zu beschaffenden Lizenzen [...], aber nicht für sämtliche unproduktiven Umgebungen sowie den Lizenzsupport und die Lizenzwartung (diese sind bereits mehrjährig zwischen dem BBL und Microsoft vereinbart/geregelt)."

Am 30. Juli 2013 unterbreitete die Beschwerdeführerin der Vergabestelle ihre (erste) Angebotsbereinigung, welche die Gesamtkosten ihrer Offerte auf Fr. [...] erhöhte.

Mit Schreiben vom 4. September 2013 forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu einer zweiten und letzten schriftlichen Angebotsbereinigung bis zum 9. September 2013 auf. Dabei hielt sie insbesondere fest:

"Die beanstandeten Mängel der Eignungskriterien EK 07, EK 17 und EK 18 wurden mit der Angebotsbereinigung vom 30. Juli 2013 behoben. Damit wir Ihr Angebot bei der Evaluation berücksichtigen können, ist das Zuschlagskriterium ZK 02 Preis zu vervollständigen.

[...]

Mit der ersten Angebotsbereinigung haben Sie in Anhang 5 Pos. 2.5 und 2.6 lediglich die zusätzlich benötigten Lizenzen für 5'671 User aufgeführt. In dieser Form ist das Angebot nicht vollständig und kann somit für die Evaluation nicht berücksichtigt werden.

Ergänzen Sie daher Ihr Angebot unabhängig der in der Bundesverwaltung im Einsatz stehenden Hard- und Softwareprodukte und der dazu vorhandenen Rahmenverträge, mit allen für die Lösung notwendigen Systemelementen, insbesondere mit allen Standard CAL's und Enterprise CAL's."

"Client Access Licenses" (CALs) werden auf der Unternehmenswebsite von Microsoft (microsoft.com/de-de/licensing/produktlizenzierung/client-access-license.aspx) wie folgt beschrieben:

"Mit einer Client Access License (kurz: CAL), das heisst einer Zugriffslizenz, lizenzieren Sie die Zugriffe von Geräten oder Nutzern auf Microsoft-Server, deren Lizenzmodell es vorsieht, dass die Zugriffe auf die Serversoftware gesondert zu lizenzieren sind. Beispiele sind Exchange Server 2013, SharePoint Server 2013 oder auch Windows Server 2012.

Client Access Licenses, CALs, werden entweder einem Gerät zugewiesen oder einem Nutzer."

In ihrer zweiten Angebotsbereinigung, datierend vom 9. September 2013, gelangte die Beschwerdeführerin zu Gesamtkosten von Fr. [...]. Unter dem Titel "unnötige Lizenzierung weil bereits vorhanden" erklärte sie dabei:

"In der 2-ten Nachbesserung sind die Kosten nun für 39'000 Anwender aufgeführt und damit für 33'000 bereits vorhandene E-CAL Suites nochmals. Angeboten werden 39'000 günstigere SharePoint Enterprise CAL's zusammen mit der Software Assurance für 6 Jahre in den Positionen OP05/2.5 und OP05/2.6. Diese würde es für die Nutzung der SharePoint Suche benötigen, wären diese nicht bereits über die vorhandenen und dem Bund gehörigen E-CAL Suite abgedeckt."

Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 hatte 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" eingeladen. Dabei hatte sie jeweils auf Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes hingewiesen, wonach der Anbieter im Rahmen seiner Preiseingabe sämtliche Kosten für die offerierte Lösung (mit Hard- und Software, inkl. allenfalls benötigter Middleware) zu berücksichtigen habe.

C.

Auf Anfrage hin orientierte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin am 19. November 2013 per E-Mail, die "Shortliste" habe ermittelt werden können; sämtliche noch für den Zuschlag in Frage kommenden Anbieter hätten eine Einladung für die Lösungspräsentation erhalten. Die X. _____ AG befinde sich leider nicht darunter. Aufgrund des noch laufenden Verfahrens könne ihr die Vergabestelle jedoch erst nach erfolgter Zuschlagspublikation detailliertere Auskünfte erteilen.

D.

Am 19. Dezember 2013 veröffentlichte die Vergabestelle auf simap.ch den Zuschlag an die Y._____ GmbH (Zuschlagsempfängerin), zum Preis von Fr. [...] (inkl. Option, exkl. MWST), wobei sie folgende Begründung nannte: "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen". Mit E-Mail gleichen Datums informierte die Vergabestelle die X._____ AG über die Zuschlagserteilung und wies sie auf ihr Recht hin, die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung zu erfahren.

E.

Am 30. Dezember 2013 sandte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin eine Begründung des Vergabeentscheides. Darin hielt sie unter anderem fest, der wesentliche Vorteil der Offerte der Y._____ GmbH gegenüber derjenigen der Beschwerdeführerin liege darin, dass die Zuschlagsempfängerin ein wesentlich günstigeres Preisangebot eingereicht habe. Das Angebot der Beschwerdeführerin liege in der ersten Hälfte der bewerteten Angebote. Überdies nannte die Vergabestelle Gründe für Punktabzüge beim Zuschlagskriterium ZK1 "Erfüllung der Qualifikationsanforderungen".

Im Vergleich zur Offerte der Zuschlagsempfängerin wurde diejenige der Beschwerdeführerin als zweitplatzierte wie folgt bewertet:

Zuschlagskriterien	Zuschlags-emp- fängerin	Beschwerde- führerin
	Punktzahl	Punktzahl
ZK1: Erfüllung der Anforderungen (maximal 5'500 Punkte)	4'820	4'970
ZK2: Preise und Kosten (maximal 3'500 Punkte)	3'426	471
ZK3: Lösungspräsentation (maximal 1'000 Punkte)	825	nicht zur Präsentation zugelassen
Gesamtbewertung	9'071	5'441

Die beträchtliche Punktedifferenz bei der Preisbewertung resultiert im Wesentlichen aus der zweiten Angebotsbereinigung.

F.

Mit Eingabe vom 22. Januar 2014 focht die Beschwerdeführerin den Zuschlag beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbehörden:

- "1. Es sei der Beschaffungsstelle superprovisorisch zu untersagen, bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung irgendwelche Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen, vorzunehmen.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Beschaffungsstelle sei zu verpflichten, dem Bundesverwaltungsgericht die vollständigen Akten des Vergabeverfahrens einzureichen. Diese Akten seien der Beschwerdeführerin – unter Wahrung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin – mit angemessener Fristansetzung zur Einsicht und zur Ergänzung der Beschwerde zuzustellen. Es sei zudem ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.
4. Der angefochtene Vergabeentscheid vom 16. Dezember 2013 sei aufzuheben.
5. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

Eventualiter sei die Beschaffungsstelle anzuweisen, den Auftrag aufgrund korrekter Bewertung und Vergleichs der Angebote unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin und mit Vorladung zur Präsentation neu zu vergeben.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWSt) zulasten der Vergabestelle."

Als Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei unnötig und rechtswidrig, bestehende, gekaufte, unbefristete Nutzungslizenzen in die Angebotskosten einzubeziehen. Überdies habe die Ausschreibung Offerten zu Kaufverträgen verlangt, weshalb der Zuschlag widerrechtlich sei, soweit die berücksichtigte Anbieterin eine Mietlösung offeriert habe. Hinsichtlich der beim Zuschlagskriterium ZK1 "Erfüllung der Qualitätsanforderungen" beanstandeten Punkte spricht die Beschwerdeführerin von einer Fehlbeurteilung.

G.

Durch Zwischenverfügung vom 23. Januar 2014 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, bis zu seiner Entscheidung über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätten alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben. Mit Zwischenentscheid vom 8. April 2014 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Mai 2014 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin teilweise gut, soweit dieses nicht bereits erfüllt worden war. Die ihr gleichzeitig eingeräumte Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 27. Mai 2014 wahr.

I.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 26. Juni 2014 beantragte die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen. Auf einen nochmaligen Schriftenwechsel sei zu verzichten. Zur Begründung machte sie geltend, die Beschwerdeführerin hätte bereits die Ausschreibung anfechten sollen. Der Sinngehalt von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes sei ihr von Anfang an klar gewesen. Sie habe gewusst, dass sie in ihrem Angebot alle Lizenz-, Support- und Wartungskosten hätte hinzurechnen müssen. Die Vergabestelle habe den Gegenstand des Beschaffungsverfahrens bewusst produktneutral ausgeschrieben. Anbieter, die auf bestehende Produkte bzw. auf bereits entstandenen Kosten aufbauten, sollten nicht in eine vorteilhafte Ausgangslage versetzt werden. Was die Art des Auftrages betreffe, ergebe sich schon aus der Ausschreibung, dass das Projekt "Suchsystem Bund" nicht mittels eines klassischen Kaufvertrags abzuwickeln sei. Hinsichtlich der Bewertung der Zuschlagskriterien ZK 1.1.1 (Erfahrung in vergleichbaren Konstellationen), ZK 1.1.3 (Prozesse der Supportleistungen) und ZK 1.2.6 (Senior 3) habe die Beschwerdeführerin nicht begründet, inwiefern die Vergabestelle einen Ermessensmissbrauch begangen haben sollte.

J.

Mit Replik vom 31. Juli 2014 bekräftigte die Beschwerdeführerin, mit Duplik vom 27. August 2014 (nach Fristerstreckung) die Vergabestelle ihre Rechtsbegehren. Zur Duplik äusserte sich die Beschwerdeführerin unaufgefordert mit Stellungnahme vom 16. September 2014, welche das BBL mit Eingabe vom 23. September 2014 aus dem Recht zu weisen beantragt.

Die Zuschlagsempfängerin hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

K.

Am 18. August 2014 publizierte das BBL unter dem Projekttitel "(1401) 620 Microsoft Software Assurance 2015 – 2017" auf simap.ch die Ausschreibung für ein neues Enterprise Agreement zwischen dem Bund und Microsoft Ireland. Der Zuschlag an die Q._____ erfolgte am 10. November 2014 (Simap-Publikation vom 12. November 2014).

L.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht unter gegebenen Voraussetzungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1).

2.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1 mit Hinweisen).

3.

3.1 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422) unterstehen (BVG 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen).

3.1.1 Die Bundeskanzlei als Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB (vgl. Anhang I Annex 1 GPA).

3.1.2 Eine Ausnahme nach Art. 3 BöB liegt nicht vor.

3.1.3 Ziff. 2.1 der Ausschreibung bezeichnet das Beschaffungsobjekt als Lieferauftrag in der Form des Kaufs. Laut Ziff. 2.4 des Pflichtenhefts bezweckt die Ausschreibung die Beschaffung eines "sehr leistungsfähigen Suchsystems Bund (Enterprise Search-fähiges, konfigurierbares Standardprodukt, keine Eigenentwicklung) für das Internet und die Intranets der Bundesverwaltung sowie dessen Wartung und Supportleistungen für sechs Jahre". Auf S. 8 des Pflichtenhefts hielt die Vergabestelle fest, mit dem Zuschlagsempfänger werde ein Dienstleistungsvertrag über die Grundleistungen GL01 und GL02 sowie die Option OP01 abgeschlossen. Die optionalen Leistungen in OP02 würden als werkvertragliche, die zusätzlichen Dienstleistungen für OP03 als auftragsrechtliche Leistungen geregelt. Nach erfolgter Produktivsetzung des Suchsystems Bund würden die gesamten Leistungen in OP04, OP05 und OP06 als auftragsrechtliche Arbeiten geregelt.

Die Beschwerdeführerin erklärt, bei der vorliegenden Beschaffung handle es sich schwerpunktmässig um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1a Ziff. 7 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11). Als Dienstleistungen im Anwendungsbereich des BöB nennt Ziff. 7 des Anhangs 1a zur VöB "Informatik und verbundene Tätigkeiten" gemäss Ziff. 84 der zentralen Produktklassifikation (Provisional Central Product Classification, prov. CPC). Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Dieser Annex verweist unter "services informatiques et services connexes" wiederum auf Ziff. 84 prov. CPC, welche "Consultancy services related to the installation of computer hard-

ware" (Ziff. 841), "Software implementation services" (Ziff. 842), "Data processing services" (Ziff. 843), "Data base services" (Ziff. 844), "Maintenance and repair services of office machinery and equipment including computers" (Ziff. 845) sowie "Other computer services" (Ziff. 849) nennt.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass es sich beim Beschaffungsgeschäft "Suchsystem Bund" schwergewichtig um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB handelt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 mit Hinweisen), wobei die Kategorisierung angesichts der identischen Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge (siehe unten E. 3.1.4) im Kontext von Art. 6 Abs. 1 BöB als sekundär betrachtet werden muss.

Demnach fällt der vorliegende Auftrag in den sachlichen Anwendungsbe-
reich des BöB.

3.1.4 Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 (AS 2011 5581) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrags (ohne MWST) den Schwellenwert von Fr. 230'000.- erreicht. Nach Art. 14a Abs. 1 VöB schätzt die Auftraggeberin den voraussichtlichen maximalen Gesamtwert der Beschaffung. Eine solche Schätzung findet sich in den Akten nicht.

Laut Publikation vom 19. Dezember 2013 wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. [...] (bestehend aus einem Grundauftrag über Fr. [...] und einer Option im Wert von Fr. [...]; exkl. MWST) erteilt. Die Beschwerdeführerin ihrerseits offerierte ursprünglich zum Preis von Fr. [...] (exkl. MWST); nach zweimaliger Angebotsbereinigung betrugen die Gesamtkosten ihrer Offerte Fr. [...] (exkl. MWST). Gestützt auf Art. 7 Abs. 4 BöB bestimmt sich der Auftragswert unter Einrechnung des Preises für die Option.

Daher übersteigt der Auftragswert den für die Anwendbarkeit des BöB massgeblichen Schwellenwert von Fr. 230'000.-.

3.1.5 Demzufolge untersteht die vorliegende Beschaffung dem BöB.

3.2 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005

(Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

3.3 Am Verfahren vor der Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Durch die angefochtene Verfügung ist sie besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG), denn der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Vergabeentscheid vom 16. Dezember 2013 sei aufzuheben, und der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Bei einer Aufhebung der Zuschlagsverfügung würde sich ihr die Chance eröffnen, entweder mit einer alternativen oder aufgrund ihrer ursprünglichen Offerte selbst den Zuschlag zu erhalten, zumal letztere an zweiter Stelle rangierte. Deshalb hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG); dieses ist nach wie vor aktuell und praktisch (vgl. zum Ganzen das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.4, wonach der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der bisherigen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Legitimation nicht genügen kann; dieser Unterschied zwischen der ursprünglichen Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, sowie des Bundesverwaltungsgerichts einerseits und des Bundesgerichts andererseits wirkt sich indessen nur auf reine Bewertungsrügen aus [ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBI 104 (2003), S. 11 f.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich 2013, N. 1302]).

Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde berechtigt.

3.4 Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

3.5 Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten, soweit nicht bereits die Ausschreibung hätte angefochten werden müssen (siehe unten E. 5).

4.

Prozessual beantragt das BBL, die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. September 2014 sei aus dem Recht zu weisen.

4.1 Als Begründung hält die Vergabestelle fest, sowohl zur Frage der auf-schiebenden Wirkung als auch zur Hauptsache sei ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden. Mit Verfügung vom 27. August 2014 habe das Bundesverwaltungsgericht bekanntgegeben, es sei kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen. Dennoch habe die Beschwerdeführerin am 16. September 2014 eine Stellungnahme zur Duplik der Vergabestelle vom 27. August 2014 eingereicht. Eine Partei, die eine Eingabe ohne förmliche Verfahrensordnung erhalten habe, aber trotzdem eine weitere Stellungnahme für erforderlich halte, sollte diese unverzüglich einreichen oder einen Antrag auf einen weiteren Schriftenwechsel stellen. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit ergebe sich zum einen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101), zum anderen aus dem Beschleunigungsgebot, denn in Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) sei auch das Gebot zur Beurteilung innert angemessener Frist verankert.

In Vergabesachen gelte das Beschleunigungsgebot. Es könne nicht toleriert werden, dass ein wichtiger Ressourcenbedarf des Staates während Monaten oder gar Jahren durch Beschwerden blockiert werde. Die unaufgeforderte Eingabe der Beschwerdeführerin sei nicht unverzüglich erfolgt, sondern erst am 16. September 2014. Zu diesem Zeitpunkt habe nicht mehr mit einer Stellungnahme gerechnet werden müssen. Obwohl der Inhalt der unerbetenen Eingabe leicht zu widerlegen sei, wolle die Vergabestelle mit Rücksicht auf die Prozessökonomie von einem weiteren Schriftenwechsel absehen. Die Beschwerdeführerin vermöge mit ihrer Eingabe nichts Neues vorzubringen, sondern versuche damit lediglich, das letzte Wort in der Sache zu haben.

4.2 In ihrer Stellungnahme vom 16. September 2014 zur Duplik erklärte die Beschwerdeführerin, es sei ihr im Rahmen des allgemeinen Replikrechts gestattet, kurz auf die neuen Ausführungen der Vergabestelle einzugehen. Diese beträfen namentlich die beiden Ergänzungsfragen des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. August 2014 sowie die in der Zwischenzeit ergangene Ausschreibung vom 18. August 2014.

4.3 Aus Art. 29 Abs. 1 und 2 BV leitet das Bundesgericht in Anlehnung an die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen an einem Gerichtsverfahren Beteiligten ab (BGE

138 I 154 E. 2.3.3, 137 I 195 E. 2.3.1 und 133 I 98 E. 2.2, je mit Hinweisen). Es liegt an den Parteien, zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist. Das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, gilt unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGE 138 I 484 E. 2.1 mit Hinweisen). Es besteht auch unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt wurde. Erwartet wird dabei allerdings, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen möchte, dies umgehend tut oder zumindest beantragt; sonst wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 138 I 484 E. 2.2 mit Hinweisen). Eine solche Annahme rechtfertigte sich etwa, als das Bundesgericht nach Zustellung einer zweiseitigen Vernehmlassung mehr als drei Wochen abgewartet hatte. Wie der EGMR erwog, hatte der Beschwerdeführer, selber Anwalt, genug Zeit gehabt, um den Inhalt der Vernehmlassung zu prüfen, zu entscheiden, ob er dazu Stellung nehmen wolle und gegebenenfalls eine Stellungnahme (mit Fristansetzung) zu beantragen (Urteil *Joos gegen Schweiz* vom 15. November 2012, zitiert in BGE 138 I 484 E. 2.3). Im Urteil 1A.36/2007 vom 14. August 2007 (E. 2) befand das Bundesgericht, der Beschwerdeführer, welcher etwa fünf Tage nach Erhalt der Eingabe der Gegenpartei um Ansetzung einer Frist für die Einreichung einer Replik ersucht hatte, habe hinreichend rasch gehandelt.

Das Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten soll ein faires Verfahren ermöglichen, indem es den Prozessparteien erlaubt, sich substantiell zu Vorbringen der Gegenpartei zu äussern. Wie jedes Recht steht es unter dem Vorbehalt des Missbrauchs. So ist das blosses Beharren darauf, das letzte Wort zu haben, ohne dass damit eine effektive Rechtswahrnehmung verbunden wäre, nicht schutzwürdig (BGE 138 I 159 E. 2.8 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. A., 2013, N. 3.50; FRANK SEETHALER / KASPAR PLÜSS, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.), *VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2009, Art. 57 N. 53 ff.).

4.4 Mit Verfügung vom 6. August 2014 sandte das Bundesverwaltungsgericht ein Doppel der Replik an die Vergabestelle und ersuchte diese, zwei ergänzende Fragen im Rahmen ihrer Duplik zu beantworten. Letztere liess das Gericht der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. September

2014 per Einschreiben zukommen. Ihre unaufgefordert verfasste Stellungnahme vom 16. September 2014 reichte die Beschwerdeführerin also rund 10 Tage nach Erhalt der Duplik ein. Ob eine Entgegnung aus ihrer Perspektive erforderlich war, vermochte sie nicht zu beurteilen, bevor ihr die Duplik zugegangen war und sie diese mindestens einer ersten Prüfung unterziehen konnte. Sehr fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, ob mit einem vorgängigen Antrag der Beschwerdeführerin, sich zur Duplik äussern zu dürfen, etwas gewonnen worden wäre. Vor diesem Hintergrund lässt sich mit Blick auf die oben wiedergegebene Rechtsprechung nicht behaupten, die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. September 2014 sei verspätet erfolgt, zumal die Duplik rund 11 Seiten Begründung umfasst und darin Ergänzungsfragen des Gerichts beantwortet wurden. In ihrer Duplik brachte die Vergabestelle denn auch selbst zum Ausdruck, dass die Beantwortung der Frage nach der Höhe allenfalls anteilmässig aufzurechnender Kosten für bereits vorhandene Grundinfrastruktur keine triviale Aufgabe sei. Hinweise für eine missbräuchliche Ausübung des Rechts auf Stellungnahme durch die Beschwerdeführerin bestehen unter den gegebenen Umständen keine.

4.5 Der Antrag des BBL, die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. September 2014 sei aus dem Recht zu weisen, kann deshalb nicht gutgeheissen werden.

5.

5.1 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, ungeachtet bestehender Rahmenverträge. Hätten gewisse Kosten ausgeklammert werden dürfen, würde der Hinweis in Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes keinen Sinn ergeben. Der Beschwerdeführerin sei der Sinngehalt von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes von Anfang an glasklar gewesen. Sie habe gewusst, dass sie in ihrem Angebot alle Lizenz-, Support- und Wartungskosten hätte hinzurechnen müssen. Sonst hätte sie in ihrem ersten Angebot die Hinweise auf die bestehenden Microsoft-Verträge weglassen können.

5.2 Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, weder aus der Formulierung der Ausschreibung noch aus dem Sinn eines Vergabeverfahrens (Suche des wirtschaftlich besten Angebots) habe sich in irgendeiner Weise ergeben können, dass ohnehin vorhandene Grundinfrastruktur erneut angeboten werden müsse (und schon gar nicht auf ein einziges zusätzliches Produkt abgewälzt). Andernfalls hätten alle Anbieter zusätzlich auch noch die Standardarbeitsplätze inkl. Bildschirm, Maus, Tastatur, Betriebssystem und Virenprogramm sowie Internetzugang offerieren müssen. Auch diese Infrastruktur sei nämlich zum einen zwar für jede Suchmaschine unabdingbar, zum anderen aber bereits vorhanden.

Der erste Satz von Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts laute:

"Der Anbieter hat im Rahmen seiner Preiseingabe sämtliche Kosten für die offerierte Lösung (mit Hard- und Software, inkl. allenfalls benötigter Middleware) zu berücksichtigen."

Der Ausdruck "sämtliche Kosten für die offerierte Lösung" bedeute ja gerade, dass nur die Kosten für diese Lösung auszuweisen seien. Diese Formulierung weise klar auf Kosten im Sinne von Grenzkosten hin, also auf die Kosten, die zusätzlich durch diese Beschaffung ausgelöst würden. Dass der Bund anlässlich dieser Beschaffung auch noch seine schon geleisteten Fixkosten auf diese Lösung abwälzen wolle, ergebe sich nicht aus der Ausschreibung und widerspreche zudem der Pflicht zur Berücksichtigung des wirtschaftlichsten Angebotes, denn die Wirtschaftlichkeit einer Handlung beurteile sich anhand ihrer Grenzkosten.

Der zweite Satz von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes laute:

"Die Kosten für das offerierte Produkt (Software, allenfalls auch Hardware, soweit diese integraler Bestandteil der angebotenen Suchlösung ist), sind separat auszuweisen."

Der Klammerausdruck betone noch einmal, dass nur integrale Bestandteile der angebotenen Suchlösung zu offerieren seien, also nicht die gesamte bestehende IT-Umgebung. Der Hauptsatz sage einzig aus, dass die Kosten nicht in einer Position, sondern einzeln aufgeschlüsselt auszuweisen seien.

Der dritte und letzte Satz von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes schliesslich laute:

"Die Auftraggeberin behält sich vor, dass angebotene Hard- und/oder Softwarekomponenten über bestehende Rahmenverträge des Bundes abgewickelt werden."

In diesen Satz lese die Vergabestelle hinein, dass die Kosten vorbestehender Verträge vollumfänglich auf die angebotene Lösung abgewälzt werden sollten. Das stehe aber nicht in diesem Satz. Er besage vielmehr, dass der Bund allenfalls einzelne Elemente der angebotenen Lösung auch auf eigenem Weg (über bestehende Rahmenverträge, hier z.B. Q._____) beschaffen könne. Das heisse aber nicht im Umkehrschluss, dass alles, was der Bund über bestehende Rahmenverträge bereits beschafft habe, nun plötzlich zur angebotenen Lösung gehöre. Dies gelte sowohl für die erforderliche Software Assurance als auch für die grundsätzlichen Zugriffsberechtigungen (CAL's).

Im Übrigen betreffe das Argument der Vergabestelle nur die "Ohnehin-Kosten". Betreffend die Rüge mangelnder Vergleichbarkeit der Mietlösung gegenüber der Kauflösung mache nicht einmal die Vergabestelle geltend, dies sei eigentlich eine Anfechtung der Ausschreibung selber. Gleiches gelte für den dritten Rügegrund betreffend die weiteren Kriterien der Kategorie ZK1.

Die Beschwerdeführerin verstehe also die Ausschreibung heute gleich wie zum Zeitpunkt, als diese aufgeschaltet worden sei. 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.

Replizierend erklärte die Beschwerdeführerin, dass sie ihrerseits schon in der ersten Offerte auf die bestehenden Microsoft-Verträge hingewiesen habe, habe daran gelegen, dass sie damit die Schnittstellen zur bestehenden Infrastruktur habe aufzeigen und gleichzeitig die Wirtschaftlichkeit ihres Produktes habe mitbegründen können. Erst mit der "irreführenden und ausschreibungswidrigen" Nachfrage der Vergabestelle vom 24. Juli 2013 sei überhaupt ein Bezug zu angeblich erforderlichen Client-Lizenzen und Wartungskosten für bestehende Microsoft-Infrastruktur herbeigeführt worden. Von diesem Zeitpunkt an habe die Beschwerdeführerin regelmässig auf die Ausschreibungswidrigkeit hingewiesen.

5.3 In ihrer Duplik erwiderte die Vergabestelle, 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.

Die Beschwerdeführerin würdige die drei Sätze von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes je einzeln. Sie verkenne dabei, dass die drei Sätze nicht aus dem Kontext gerissen werden könnten, sondern der Absatz als Ganzes zu lesen und so zu verstehen sei, wie ihn ein vernünftiger Anbieter nach Treu und Glauben verstehen dürfe und müsse. Die "wichtige Information" in Ziff. 2.3 beziehe sich auf den Ausschreibungsgegenstand. Die Erläuterung in Ziff. 2.3 bezwecke die explizite Klarstellung, dass alle Anbieter sämtliche Kosten – unabhängig von bestehenden Rahmenverträgen des Bundes – zu berücksichtigen hätten.

5.4 Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB 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 (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten

(BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweis, siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER, in: Baurecht 2014/1, S. 35 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 5.1 mit Hinweis; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 und B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3, je mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, 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, IVöB), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N. 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 (BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

5.5 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- bzw. Leistungspositionen genau anzubieten sind, sagt die Ausschreibung aber nicht. Laut Ziff. 3.13 der Ausschreibung waren die Ausschreibungsunterlagen ab 30. Mai 2013, d.h. ab dem Tag der Ausschreibung, auf simap.ch verfügbar. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien, also auch der Preise und Kosten (ZK02), verweist Ziff. 3.9 der Ausschreibung pauschal auf die Unterlagen.

5.6 Ausschreibungen sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an

(vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1 mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.4.1 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N. 566).

5.7 Laut Ziff. 2.8 f. der Ausschreibung vom 30. Mai 2013 waren Varianten und Teilangebote nicht zugelassen. Ziff. 2.5 der Ausschreibung ("detaillierter Produktbeschreibung") 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 Angebotsbereinigung, 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 – jedenfalls nach dem Verständnis der Vergabestelle – als Teilangebot qualifizieren.

Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob Bedeutung und Tragweite von Ziff. 2.5 i.V.m. Ziff. 2.9 (Unzulässigkeit von Teilangeboten) der Ausschreibung für interessierte Unternehmen nicht ohne Weiteres erkennbar waren, mit der Konsequenz, dass hinsichtlich der strittigen Einberechnung bereits gekaufter Leistungen schon die Ausschreibung hätte angefochten werden müssen.

Gemäss Ziff. 5.2.7 des Pflichtenheftes besteht die Option 5 aus acht einzelnen Aufgaben. In der Ausschreibung wurde sie nicht aufgeschlüsselt. Dass im Hinblick auf die Wartung des Suchsystems etwa auch Nutzungsentschädigungen für Lizenzen, zumal für bereits erstandene, einkalkuliert werden sollten, war unter diesen Umständen jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar. Insbesondere juristisch wenig bewanderte Personen mussten nach dem Vertrauensprinzip nicht damit rechnen, dass sie bei Weglassung entsprechender Kostenpositionen möglicherweise nur ein Teilangebot vorlegen würden.

5.8 Die Vergabestelle selbst erklärt zwar, die Beschwerdeführerin hätte bereits die Ausschreibung anfechten sollen, weshalb das Beschwerderecht verwirkt sei. Ihre diesbezüglichen Darlegungen erstrecken sich jedoch allein auf die Ausschreibungsunterlagen, speziell auf das Pflichtenheft. Insbesondere argumentiert die Vergabestelle nicht, schon aufgrund der Ausschreibung sei das Prinzip der "Vollkostenbetrachtung" ohne Weiteres erkennbar gewesen.

5.9 Entsprechend der oben zitierten Praxis des Bundesverwaltungsgerichts könnte sich die Beschwerdeführerin des Rechts, den strittigen Kalkulationsmodus zu rügen, nur begeben haben, wenn die Ausschreibungsunterlagen faktisch Bestandteil der Ausschreibung geworden wären, wovon für das Vergaberecht des Bundes in der Regel nicht auszugehen ist (BVGE 2014/14 E. 4.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 ff. und dazu die Besprechung von MARTIN BEYELER, Baurecht 1/2014, S. 35 f., mit dem Hinweis, dass es anders sein könne, wenn in der Ausschreibung auf bestimmte Passagen der Unterlagen besonders verwiesen werde; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 4). Wie erwähnt, thematisiert die Ausschreibung eine Preisberechnung unter Berücksichtigung von Kosten bereits erworbener Leistungen nirgends. Auch ein konkreter Verweis auf die fragliche(n) Stelle(n) der Ausschreibungsunterlagen fehlt. Deren Inhaltsverzeichnis führt unter Ziff. 2 "Ausschreibungsgegenstand" (Fettschrift) Ziff. 2.3 "Wichtige Information zur Angebotseinreichung" (Normalschrift, keine Hervorhebung) an. Preise und Kosten werden im Inhaltsverzeichnis einzig unter Ziff. 7 "Zuschlagskriterien" genannt (Ziff. 7.3). Ziff. 7.3 äussert sich zur Bewertung der Preis- und Kostenangaben. Ein potentieller Offerent, welcher rasch Näheres über die zu berücksichtigenden Kostenkomponenten erfahren möchte, wird deshalb nicht leichthin auf die einschlägigen Informationen stossen. Nach Treu und Glauben muss er auch nicht ahnen, dass solche als Aspekt der Angebotseinreichung abgehandelt werden. Unter diesem Stichwort wird er eher Ausführungen zu Formellem oder etwa Fristen erwarten.

Im Übrigen sind die Ausschreibungsunterlagen recht umfangreich und detailliert. Das Pflichtenheft listet in Ziff. 0.1 zudem 18 referenzierte Dokumente auf, beispielsweise Geschäftsbedingungen, Gesetze, Weisungen und Richtlinien des Bundes. Wenn aber nicht einmal wichtige Vorgaben, etwa zur Preisberechnung, sogleich ins Auge springen, können die Ausschreibungsunterlagen als Ganzes von vornherein nicht als integrierender Bestandteil der Ausschreibung in Betracht gezogen werden.

5.10 Zweimal lud die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zur Angebotsbereinigung, gerade auch hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Preis". Dabei zitierte sie Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes, wonach der Anbieter im Rahmen seiner Preiseingabe sämtliche Kosten für die offerierte Lösung berücksichtigen musste. Angesichts dessen verhält sich die Vergabestelle widersprüchlich, wenn sie im Beschwerdeverfahren den Standpunkt einnimmt, die Beschwerdeführerin hätte bereits die Ausschreibung anfechten müssen, weil sich die "Vollkostenbetrachtung" unmissverständlich aus Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes ergebe.

5.11 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht schon die Ausschreibung anfechten musste, um die strittige Einrechnung vom Bund bereits beschaffter Leistungen zu rügen. Ihr Recht, Einwendungen gegen Ziff. 2.3 Abs. 1 des Pflichtenheftes zu erheben, ist daher nicht erloschen.

5.12 Bezüglich der weiteren Rügen macht die Vergabestelle keine Verwirkung des Beschwerderechts geltend.

5.13 Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

6.

Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdeführerin betrachten den relevanten Wortlaut von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes als klar. Erstere versteht ihn aber eher extensiv, Letztere einschränkend.

6.1 Der fragliche 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 hält fest (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."

Mit Punkt 6 von Kapitel 9.2 verbindet sich ein Gehalt formeller Natur. Weder die Vergabestelle noch die Beschwerdeführerin bezieht sich in ihrer Argumentation darauf.

6.2 Das BBL erläutert die einschlägige Passage von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes folgendermassen:

"Zum einen heisst es ausdrücklich, dass "sämtliche Kosten für die offerierte Lösung" zu berücksichtigen sind. "Sämtliche Kosten" meint ausnahmslos "alle" mit einer Lösung verbundenen Kosten. Einschränkungen sind weder im Text noch "zwischen den Zeilen" kenntlich. Für eine Spekulation, es müssten nur Teile der tatsächlichen Kosten ausgewiesen werden, besteht daher kein Raum.

Zum anderen behält der Ausschreibungstext das Recht der Vergabestelle vor, dass "angebotene Hard- und/oder Softwarekomponenten über bestehende Rahmenverträge" abgewickelt werden. Daraus ergibt sich die Pflicht der Anbieter, alle erforderlichen Hard- und/oder Softwarekomponenten anzubieten – unabhängig von bestehenden Rahmenverträgen. Der Vorbehalt ist klar als solcher bezeichnet. Der Hinweis auf die "bestehenden Rahmenverträge" bezieht sich auch auf die Verträge zwischen dem Bund und Microsoft. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die bestehenden Microsoft-Verträge war nicht erforderlich. Auch die Bestellung von Hardware unter bestehenden Verträgen (und nicht bei der Anbieterin) wäre eine mögliche Option. Trotzdem ist die Hardware im Angebot auszuweisen.

Als Kosten für das "offerierte Produkt" gelten insbesondere die Kosten für Software, allenfalls auch Hardware, soweit diese "integraler Bestandteil" der angebotenen Suchlösung sind. Die auszuweisenden Produktkosten sind demnach klar begrenzt. Es sind lediglich die Kosten für das Suchsystem inklusive dazugehöriger Elemente bzw. Komponenten zu offerieren. Weitergehende Kosten für Software oder Hardware, die nicht mit der Suchlösung als Gesamtpaket zusammenhängen, sind folglich nicht zu berücksichtigen, beispielsweise Kosten für Bildschirm, Maus, Tastatur Betriebssystem etc."

Darauf erwidert die Beschwerdeführerin Folgendes:

"Die Vergabestelle widerspricht sich: Zunächst führt sie aus, "sämtliche Kosten" meine "alle mit einer Lösung verbundenen Kosten", wobei "Einschränkungen" nicht "kenntlich" seien. Sodann schreibt sie, die auszuweisenden Produktkosten seien "klar begrenzt", es seien nur die "zugehörigen Elemente bzw. Komponenten" zu offerieren, nicht aber z.B. Bildschirm, Maus, Betriebssystem etc.

Genau dieser Logik folgte ja das Angebot der Beschwerdeführerin: Die direkt mit der Lösung zusammenhängenden Kosten wurden vollständig ausgewiesen (z.B. auch die nötigen zusätzlichen Serverlizenzen für SharePoint), nicht aber Infrastruktur, die unabhängig von dieser Lösung ohnehin vorhanden ist, die von einer Vielzahl von Anwendungen genutzt wird und für die mit dieser Lösung auch keine Mehrkosten entstehen. Insofern unterscheidet sich eine eCAL auch nicht von einer Maus oder dem Betriebssystem. Beide sind zwar für die angebotene Lösung nötig – aber bei beiden entstehen durch die angebotene Lösung keine zusätzlichen Kosten, da sie für alle Anwendungen als Grundinfrastruktur zur Verfügung stehen müssen."

6.3 Beide Lesarten der strittigen Textstelle, diejenige der Beschwerdeführerin und diejenige des BBL, erscheinen auf den ersten Blick plausibel. Wenn sich die Passage aber auf diametral entgegengesetzte Arten auslegen lässt, indiziert dies tatsächliche Mehrdeutigkeit.

6.3.1 Ausschreibungen und damit auch Ausschreibungsunterlagen, hier in der Form des Pflichtenheftes, sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. so, wie sie der angesprochene Kreis von Fachleuten verstehend durfte und musste (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.4.1).

6.3.2 Speziell die Formeln "sämtliche Kosten für die offerierte Lösung", "Kosten für das offerierte Produkt" und "soweit diese integraler Bestandteil der angebotenen Suchlösung ist" bergen Interpretationsspielraum. Bei letzterer fragt sich ausserdem, ob sie sich nur auf Hard- oder auch auf Software bezieht.

Gerade wenn nach der Konzeption der Vergabestelle eine Lösung angeboten werden kann und darf, welche auf vorhandener, schon finanzierter Infrastruktur basiert und beispielsweise bestehende Lizenzen mitnutzt, erscheint nicht von vornherein evident, welche Faktoren genau "sämtliche Kosten" ausmachen.

6.3.3 Als unzutreffend muss die Aussage der Vergabestelle bezeichnet werden, es sei explizit darauf hingewiesen worden, bestehende Rahmenverträge nicht zu berücksichtigen (vgl. unten E. 7.2). Ihr Vorbehalt, gewisse Komponenten über bestehende Rahmenverträge des Bundes "abzuwickeln", enthält keine eindeutige Aussage zur Berücksichtigung von Kosten. Zwar liesse er sich aus der Perspektive des Offerenten dahingehend verstehen, dass auch Kosten für bereits finanzierte Hard- und/oder Software, welche über entsprechende Rahmenverträge bezogen wird, zunächst in den Angebotspreis eingerechnet werden müssen. Genausogut kann er beim Anbieter jedoch den Eindruck erwecken, die Kosten für die betreffenden, beim Bund bereits vorhandenen Elemente müssten gar nicht einkalkuliert werden.

6.3.4 Mithin durfte die Beschwerdeführerin bei der Ausarbeitung ihrer Offerte annehmen, die fraglichen Kosten seien wegzulassen, nicht zuletzt deshalb, weil die Beschaffung dem Wirtschaftlichkeitsgebot (Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 21 Abs. 1 BÖB) zu genügen hatte. Ausserdem bietet die bekannte Praxis, soweit ersichtlich, kein analoges Beispiel, in welchem derartige Kosten hätten aufgerechnet werden müssen, so dass die Beschwerdeführerin auch aus diesem Grund keine Veranlassung hatte, sie einzukalkulieren.

Wer aber eine auf der existierenden Microsoft-Umgebung basierende Suchlösung offerierte, benötigte, wie die Beschwerdeführerin darlegt, gewisse Angaben, namentlich zur Lizenzierung und zu den bestehenden Wartungsverträgen. Die erforderlichen Informationen eingeholt zu haben, darf daher nicht als irregulärer Wissensvorsprung taxiert werden (vgl. unten E. 7.2).

6.3.5 Allein der Umstand, dass existierende Lizenzen mehreren Applikationen dienen, vermag aus der Sicht eines Offerenten der Vermutung entgegenzuwirken, sie könnten vollständig der neuen Suchlösung zugerechnet werden. Eine allfällige anteilmässige Hinzurechnung musste schon deswegen nicht in Betracht gezogen werden, weil die notwendigen Daten fehlten und sie für eine Offerteingabe zu aufwendig gewesen wäre. Auf die Frage des Gerichts, wie hoch die von der Beschwerdeführerin aufzurechnenden Preise für bereits vorhandene Grundinfrastruktur wären, wenn deren Kosten anteilmässig auf die verschiedenen Produkte, welche der Bund in dieser betreibt, verteilt würden, antwortete die Vergabestelle jedenfalls, dies sei keine triviale Aufgabe bzw. Berechnung; sie würde den Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sprengen.

6.3.6 Überdies wendet die Beschwerdeführerin berechtigterweise ein, auch die Standardarbeitsplätze inkl. Bildschirm, Maus, Tastatur, Betriebssystem und Virenprogramm seien einerseits für jede Suchmaschine unabdingbar, andererseits aber schon vorhanden. Daraus lässt sich ebenfalls schliessen, dass die Interpretation des ersten Absatzes von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes, wie sie das BBL vornimmt, aus Anbietersicht nicht zwingend war. Mit der Durchführung zweier Offertvereinigungen hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Preis erweckt die Vergabestelle sodann den Eindruck, selber nicht sicher gewesen zu sein, dass ihre Auslegung der strittigen Passage aus dem Blickwinkel der Anbieter die einzig mögliche war.

Für eine Auslegung im Sinne der Beschwerdeführerin spricht schliesslich auch das effektive Verhalten aller anderen Anbieter. Sämtliche Offerenten wurden von der Vergabestelle mit Verweis auf Ziff. 2.3 der Ausschreibungsunterlagen (Pflichtenheft) dazu aufgefordert, ihre Angebote hinsichtlich der Kosten zu ergänzen.

Ferner dürfen die nachteiligen Folgen des Interpretationsspielraums, den die Vergabestelle schuf, nicht auf die Beschwerdeführerin überwältzt werden. Diese musste sich nicht veranlasst sehen, Fragen zur Auslegung von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes aufzuwerfen, denn sie durfte annehmen, ihr Verständnis der betreffenden Textstelle sei korrekt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N. 388, sowie, e contrario, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.8).

7.

Die Beschwerdeführerin rügt, das BBL verstosse durch den Einbezug von "Ohnehin-Kosten" in rechtswidriger und sie benachteiligender Weise gegen die grundlegenden Vergabeprinzipien der Transparenz, Vergleichbarkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 1 und Art. 21 BöB). Sollte der Einbezug aber zulässig sein, handle die Vergabestelle willkürlich, wenn sie schon getätigte Investitionen auch auf andere Nutzungen umlege. Bestehende, gekaufte, unbefristete Nutzungslizenzen in die Angebotskosten einzubeziehen sei unnötig und unzulässig.

7.1 Zur Begründung erklärt die Beschwerdeführerin, sie biete für die ausgeschriebenen Suchanforderungen das Produkt SharePoint 2013 von Microsoft an. Ergänzend würden die notwendigen "Windows Server und MS SQL Server Lizenzen" offeriert, jedoch nur die effektiv für das Suchsystem erforderlichen Hard- und Softwareprodukte, nicht aber die ohnehin

vorhandene Hard- und/oder Software, wie z.B. das Suchsystem zu indizierende Datenserver. In ihrem Angebot würden nur Microsoft-Produkte eingesetzt. Microsoft sei strategischer Lieferant des Bundes und unterhalte mit diesem Beschaffungs- und Wartungsverträge. Die für das Angebot der Beschwerdeführerin benötigten Lizenzen würden Microsoft vom Bund pauschal abgegolten, seien also schon gekauft. Diese Aussage beruhe auf umfassenden Abklärungen mit Q._____, dem derzeitigen strategischen Lizenzlieferanten des Bundes, autorisiert durch Microsoft Schweiz. Im Zusammenhang mit dem Lösungsvorschlag der Beschwerdeführerin entstünden deshalb ausser den unmittelbar benötigten zusätzlichen Serverlizenzen für die Sicherstellung der ausgeschriebenen Suchfunktionalität keine weiteren Lizenz-, Support- oder Wartungskosten.

Auch sei das bestehende Recht zur Nutzung der SharePoint-Lizenzen unbefristet. Die für das Angebot der Beschwerdeführerin benötigten Lizenzen hätten ferner keinerlei Limitierung bezüglich Anzahl zu indexierender Elemente, Indexgrösse, Queries per Second, Anzahl User etc. Gemäss Q._____ und Microsoft seien die notwendigen Enterprise Client-Lizenzen (eCAL) für die Nutzung durch die Bundesangestellten bereits lizenziert, d.h. gekauft und damit ohnehin vorhanden sowie Teil des Standard-Arbeitsplatzes des Bundes.

Die von der Beschaffungsstelle geforderten Microsoft-eCAL müssten von einer Google-Lösung tatsächlich nicht genutzt werden bzw. seien nicht Voraussetzung für den Betrieb einer solchen. Selbstverständlich benötige aber die Nutzung der Google-Lösung andere Elemente des schon bestehenden Standard-Arbeitsplatzes des Bundes. Der Enduser brauche beispielsweise auch einen Hardwarearbeitsplatz oder darauf ein Betriebssystem. Letzteres sei ebenfalls Bestandteil der bestehenden Verträge betreffend die Microsoft-Produkte (Enterprise-Agreement, "EA Microsoft" mit Q._____). Die Beschaffungsstelle übersehe dabei, dass die eCAL schon vorhanden seien und diese Pakete auch für andere (bestehende und künftige) Nutzungen ausserhalb der angebotenen Suchsystem-Lösung zur Verfügung stünden (z.B. Microsoft SharePoint Standard-Nutzung und Microsoft Lync).

7.2 In ihrer Beschwerdeantwort erwiderte die Vergabestelle, sie habe den Gegenstand des Beschaffungsverfahrens "Suchsystem Bund" bewusst produktneutral umschrieben. Die Anbieter hätten verschiedene technische Lösungen und Produkte offerieren können. Die produktneutrale Ausschreibung solle einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Anbietern sichern.

Anbieter, welche auf bestehenden Produkten bzw. auf bereits entstandenen Kosten aufbauten, sollten nicht in eine vorteilhafte Ausgangslage versetzt werden, und Angebote von neuen technischen Lösungen sollten nicht benachteiligt werden.

Aufgrund der produktneutralen Ausschreibung sei in Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes informiert worden, dass sämtliche Kosten für die offerierte Lösung auszuweisen seien – auch sämtliche Kosten für das offerierte Produkt (Software, allenfalls Hardware). Es sei explizit darauf hingewiesen worden, bestehende Rahmenverträge nicht zu berücksichtigen. Welche Rahmenverträge für Hard- und/oder Softwarekomponenten bestünden, sei bewusst nicht dargelegt worden. Nur so habe eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit eine faire Wettbewerbschance für alle Anbieter erzielt werden können.

Auf das ausgeschriebene Projekt seien fünf Angebote mit unterschiedlichen Lösungen und Produkten eingereicht worden. Nur das Angebot der Beschwerdeführerin habe eine Lösung mit einem Microsoft-Produkt (SharePoint 2013) vorgesehen. Es überrasche vor diesem Hintergrund nicht, dass allein die Beschwerdeführerin gewusst habe, welche Verträge zwischen Microsoft und dem Bund bestünden, denn die Beschwerdeführerin sei eng mit der Z. _____ AG verbunden, die für das letzte WTO-Projekt [...] den Zuschlag erhalten habe. Aus diesem "Insider-Wissen", das sie zu ihrem Vorteil einzusetzen versucht habe, dürfe der Beschwerdeführerin kein Wettbewerbsvorsprung erwachsen, sonst hätte sie als vorbefasst ausgeschlossen werden müssen. Es gälten für alle Anbieter dieselben Spielregeln. Die Vergabestelle sei gehalten, ein "level playing field" zu schaffen. Mit dem Vollkostenkonzept (und nur damit) sei dies gewährleistet. Die Beschwerdeführerin hätte daher den Hinweis in Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes beachten müssen. Es sei nicht zu tolerieren, dass sie aus ihrem Wissensvorsprung und mittels eines unvollständigen Angebots den Zuschlag für sich beanspruchen wolle.

7.3 Die Beschwerdeführerin replizierte, "produktneutrale" Ausschreibung bedeute nicht, dass ein Produkt, welches auf ohnehin vorhandenen Ressourcen aufbaue und dadurch für den Erwerber wirtschaftlich günstiger sei, benachteiligt werden dürfe. Es wäre auch niemandem in den Sinn gekommen, den Anbietern die Client-Hardware (Arbeitsplatz) und -Software (Betriebssystem, Virenschutz, Browser etc.), wie sie ohnehin vorhanden seien, aufzurechnen. Wenn überhaupt, wären die "Ohnehin-Kosten" niemals voll-

umfänglich dem einen neuen Produkt (SharePoint 2013) anzulasten, sondern anteilmässig auf die verschiedenen Produkte, welche der Bund in dieser Umgebung betreibt, zu verteilen.

Dass die Beschwerdeführerin ihrerseits schon in der ersten Offerte auf die bestehenden Microsoft-Verträge hingewiesen habe, habe daran gelegen, dass sie damit die Schnittstellen zur bestehenden Infrastruktur habe aufzeigen und gleichzeitig die Wirtschaftlichkeit ihres Produktes mitbegründen können. Erst mit der irreführenden und ausschreibungswidrigen Nachfrage der Vergabestelle vom 24. Juli 2013 sei überhaupt ein Bezug zu angeblich erforderlichen Client-Lizenzen und Wartungskosten für bestehende Microsoft-Infrastruktur herbeigeführt worden.

Der Vorwurf der Vergabestelle, die Beschwerdeführerin habe absichtlich und rechtswidrig zu tief offeriert, sei absurd. Ein Angebot, das den Eignungskriterien nicht entspreche, würde es ja nie über die Ziellinie schaffen und der Firma nur Kosten verursachen. Wäre der Bund wirklich eine grüne Wiese ohne vorbestehende Microsoft-IT-Infrastruktur, hätte die Beschwerdeführerin ein anderes Produkt offeriert, z.B. ein auf Open Source basierendes oder eine Google-GSA-Lösung, zumal sie auch Google-Partnerin sei. Mit dem Angebot der Microsoft-Lösung habe sie das Ziel gehabt, dem Bund zu ermöglichen, seine bestehenden Investitionen wirtschaftlich weiter zu nutzen. Sie habe dies in der festen Überzeugung getan, dass die auf der bestehenden Microsoft-Infrastrukturmgebung aufbauende Lösung sowohl die beste als auch die wirtschaftlichste sei.

Auch die Beschwerdeführerin begrüsse produktneutrale Ausschreibungen. Das sei aber nicht das Thema. Eine produktneutrale Ausschreibung bedeute, dass die Vergabestelle nicht von vornherein gewisse Produkte ausschliesse bzw. ein gewisses Produkt für gesetzt erkläre. Produktneutralität bedeute aber keineswegs, dass ein bestimmtes Produkt durch künstliche Aufrechnung von "Ohnehin-Kosten" diskriminiert werden dürfe.

Dem Bund entstünden keine zusätzlichen Kosten für seine bestehende Infrastruktur, wenn er die angebotene Lösung erwerbe. Anders, als dies die Vergabestelle darstelle, werde das Enterprise Agreement nicht etwa für jedes Produkt separat berechnet, sondern gemessen "an der Zahl der qualifizierten Nutzer". Diese ändere sich nicht. Die bestehenden CAL und eCAL gewährten bereits Zugriff auf SharePoint 2013.

Die Absurdität der Haltung der Vergabestelle, "Ohnehin-Kosten" für eine bestehende Grundinfrastruktur angebotsbezogen nochmals aufrechnen zu lassen, ergebe sich schon aus der Ausschreibung selbst. Die Vergabestelle führe im Zusammenhang mit den Anforderungen an das neue Suchsystem an keiner Stelle ein Mengengerüst für Nutzer oder Arbeitsplätze an, weder in den Grundinformationen, noch in der Darstellung der bestehenden Infrastruktur, den Anforderungen an ein solches System oder im Leistungsgegenstand der Ausschreibung. Damit sei für die Beschwerdeführerin klar, dass eine nutzer- oder einzelarbeitsplatzbezogene Lösung weder gesucht noch gefordert gewesen sei. Die Vergabestelle habe erst nach Angebotslegung über die schriftlichen Angebotsbereinigungen überhaupt einen Bezug zu einzelnen Arbeitsplätzen und damit eine Mengenbasis eingeführt. Unbesehen der Feststellung, dass die Vergabestelle mit der Nachforderung unzulässigerweise projektfremde "Ohnehin-Kosten" habe offerieren lassen, habe sie mit den clientbezogenen Anforderungen faktisch die Ausschreibungsbasis in rechtswidriger Weise abgeändert. Solche nachträglichen Änderungen seien unzulässig, zumal sich dadurch Anbieter mit einer Büchse der Pandora von vorab unbekanntem Ausschreibungskriterien konfrontiert und willkürlichem Vergabeverhalten von Behörden ausgesetzt sehen würden.

7.4 Duplizierend legte die Vergabestelle dar, das neue Suchsystem sei von der bestehenden Infrastrukturumgebung und von bereits vorhandenen Produkten in der Bundesverwaltung unabhängig. Hier gehe es um ein Produkt, das "auf der grünen Wiese" für eine gewisse Lebensdauer beschafft und dann wieder durch ein neues, fortschrittlicheres Produkt ersetzt werde. Der Ersatz des Suchsystems könne mit dem Ersatz einer Glühbirne verglichen werden. Die neue Glühbirne müsse zwar mit der Lampenfassung und der Stromversorgung kompatibel sein, aber es komme nicht auf die Marke oder die Technologie der Glühbirne an. Auch das Suchsystem Bund müsse zwar über die standardisierten Schnittstellen auf bestehende Daten zugreifen können, aber es bestünden keine komplexen Abhängigkeiten zu anderen Produkten. Um den Wettbewerb nicht übermäßig einzuschränken und dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen, habe folglich die Ausschreibung produktneutral ausgestaltet werden müssen, so dass Trittbrettfahrer, deren Angebote auf bestehenden Produkten und allenfalls bereits entstandenen Kosten aufbauten, nicht bevorzugt würden.

Die Frage, welche Server- und Zugriffslizenzen bereits beschafft seien und welche zusätzlich beschafft werden müssten, habe keinerlei Relevanz für den Ausgang dieses Verfahrens. Dies wäre nur dann interessant, wenn die

Vergabestelle eine "Suchmaschine auf der Basis der Microsoft-Technologie" ausgeschrieben hätte. Dann wäre die bestehende Lizenzlandschaft allen Anbietern offenzulegen gewesen. Die Anbieter hätten dann, ausgestattet mit gleich langen Spiessen, ihre Lösung auf der Basis bereits bestehender Produkte offeriert.

Aufgrund der produktneutralen Ausschreibung habe im Vorfeld nicht bestimmt werden können, welche Lizenzmodelle zum Tragen kämen. Die Ausschreibungsunterlagen hätten deshalb keine entsprechenden Angaben enthalten (Mengengerüst für Nutzer oder Arbeitsplätze). Die Beschwerdeführerin hätte aber in der Fragerunde Gelegenheit gehabt, zwecks Kostenberechnung gegebenenfalls notwendige Zusatzinformationen für ihre Lösungsarchitektur einzuholen. Zudem habe sich im Pflichtenheft der Hinweis gefunden, dass die Lösung von "allen Verwaltungseinheiten" der Bundesverwaltung eingesetzt werden solle. Die entsprechende Anzahl User werde jährlich im Internet veröffentlicht und wäre folglich der Beschwerdeführerin zugänglich gewesen.

Die Vergabestelle habe sich zu Recht entschieden, das Suchsystem produktneutral auszuschreiben. Sie habe nicht an die bestehende IT-Infrastruktur angeknüpft. Das neue Suchsystem solle ein "Enterprise Search"-fähiges, konfigurierbares Standardprodukt sein. Die produktneutrale Ausschreibung sichere den Wettbewerb zwischen den Anbietern und fördere neue technische Lösungen. Es könne offengelassen werden, wie innovativ das von der Beschwerdeführerin angebotene Produkt tatsächlich sei. Schliesslich argumentiere sie selber, sie hätte ein anderes Produkt offeriert, wenn von einer grünen Wiese hätte ausgegangen werden können. Genau dies hätte die Vorgabe der Beschaffung gebildet.

Es bestehe ein sog. Enterprise Agreement zwischen dem Bund und Microsoft Ireland für Software Assurance-Leistungen. Diese beinhalteten im Wesentlichen die Wartung und den Support der bestehenden Softwareprodukte, ohne die eine Nutzung nicht möglich wäre, denn einem Anwender nütze eine Software nichts, wenn der Lieferant sie nicht pflege. Mit dem bestehenden Enterprise Agreement seien Leistungen im Zeitraum von 2012 bis 2014 abgedeckt. Die Ausschreibung für die Leistungen ab 2015 habe sich etwas verzögert, sei aber am 18. August 2014 erfolgt. Die aktuelle Ausschreibung des Enterprise Agreement sei vom Streitgegenstand unabhängig. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei dieser Vertrag zwingend für die Nutzung der Lizenzen erforderlich. Die Ausschreibung des Suchsystems habe produktneutral erfolgen dürfen und

müssen. Die Anforderungen an die Verlängerung des Enterprise Agreement seien damals noch nicht bekannt gewesen. Eine Präjudizierung künftiger Beschaffungsentscheide wäre nicht zu rechtfertigen.

7.5 In ihrer aus freien Stücken vorgelegten Stellungnahme vom 16. September 2014 hielt die Beschwerdeführerin fest, mit der am 18. August 2014 publizierten Ausschreibung für ein Enterprise Agreement habe sich der Bund erwartungsgemäss dafür entschieden, auch während der nächsten drei bis fünf Jahre in einer Microsoft-Umgebung tätig zu sein. Zusätzlich zu den ohnehin unbefristet vorhandenen Lizenzen verlängere der Bund nun also auch sein Enterprise Agreement und damit namentlich die Software Assurance. Per 1. Januar 2015 könne also einzig der Zwischenhändler (Large Account Reseller, LAR), zur Zeit Q._____, ändern, was aber ohne jegliche Auswirkung auf die Infrastruktur wäre.

Weiter ergebe sich aus dieser Ausschreibung, dass die Lizenzen (Server- bzw. CAL/eCAL) unabhängig von einzelnen Anwendungen beschafft würden. So finde sich im Anhang C1 zum Pflichtenheft eine Übersicht über bestehende Softwareprodukte, wo bereits 40'732 eCAL aufgeführt seien. Aus derselben Tabelle ergebe sich, dass keine separaten Anwenderlizenzen notwendig seien. Im Beispiel von SharePoint seien einzig 83 separate Serverlizenzen aufgeführt. Entsprechend halte Ziff. 2.5 der aktuellen Ausschreibung fest, dass, wenn während der dreijährigen Vertragslaufzeit eine Nachlizenzierung der in der Bundesverwaltung bereits vorhandenen Microsoft Software-Produkte notwendig werde, diese über den mit einem Microsoft Enterprise Agreement einhergehenden sog. TrueUp-Prozess abgewickelt werde und dass solche TrueUp-Bestellungen optional seien. Dies zeige auch, dass es nicht angehe, den Auftrag für eine Suchmaschine – wie im strittigen Verfahren – an ein bestimmtes Mengengerüst zu binden bzw. nach angeblich zusätzlich notwendigen Lizenzen zu bemessen.

Das Enterprise Agreement bzw. die Software Assurance mit Microsoft werde also unabhängig von der vorliegenden Beschaffung bestehen. Es seien daher "Ohnehin-Kosten", welche dieser Beschaffung nicht zugerechnet werden dürften. Ebenso klar gehe aus der Ausschreibung vom 18. August 2014 hervor, dass die eCAL unabhängig von einzelnen Anwendungen bestünden und auch unabhängig davon und allenfalls im Rahmen eines TrueUp erhöht werden müssten.

8.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB will der Bund mit diesem Gesetz das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten.

8.1 Aus dem Transparenzgebot und dem in Art. 1 Abs. 2 BöB verankerten Gleichbehandlungsprinzip ergibt sich eine grundsätzliche Bindung der Vergabestelle an die Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen. Beispielsweise darf die Vergabebehörde die den Anbietern bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich nicht ändern oder Kriterien heranziehen, die sie nicht kundgetan hat (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2, je mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

8.2 Unter dem Gesichtspunkt der Transparenz moniert die Beschwerdeführerin eine Änderung der Ausschreibungsbasis durch Einführung eines nutzer- oder einzelarbeitsplatzbezogenen Mengengerüsts mit entsprechenden Nachforderungen im Rahmen der Angebotsbereinigung.

8.2.1 Die Vergabestelle räumt ein, dass die Ausschreibungsunterlagen kein Mengengerüst für Nutzer oder Arbeitsplätze enthielten, macht aber geltend, die Beschwerdeführerin hätte sich einschlägige Informationen in der Fragerunde oder im Internet besorgen können. Aufgrund der produktneutralen Ausschreibung habe im Vorfeld nicht bestimmt werden können, welche Lizenzmodelle zum Tragen kämen. Die Vergabebehörde bestreitet also nicht, dass es ihrer Meinung nach für die Ausarbeitung eines auf der bestehenden Microsoft-Umgebung basierenden Angebots gewisser Informationen zu einem Mengengerüst bedurfte. Indirekt bestätigte sie dies schon mit der Durchführung zweier Angebotsbereinigungen.

8.2.2 Wie oben (E. 6.3) dargelegt wurde, durfte die Beschwerdeführerin bei ihrer Offerteingabe annehmen, dass eine auf der bestehenden Microsoft-Umgebung basierende Lösung opportun wäre, zumal damit gewisse schon vorhandene Elemente, wie etwa bestimmte Lizenzen, nicht erneut beschafft und aufgerechnet werden müssten. Vor diesem Hintergrund musste die Beschwerdeführerin auch nicht auf die Idee kommen, entsprechende Leistungen mithilfe eines Mengengerüsts zu offerieren. Umso weniger musste sie diesbezügliche Abklärungen oder Nachfragen tätigen, wie die Vergabestelle meint. Ein Mengengerüst brachte die Vergabestelle nämlich erstmals bei der Angebotsbereinigung ins Spiel. Insofern lässt sich mit der

Beschwerdeführerin eine Verletzung des Transparenzprinzips konstatieren (hier in Form einer massgeblichen Veränderung am Zuschlagskriterium Preis; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4). Weshalb ein derartiges Mengengerüst im Übrigen nicht von Anfang an hätte offengelegt werden können, erscheint schwer nachvollziehbar, zumal die Zahlen laut Vergabestelle vorhanden waren. Auch bei frühzeitiger Bekanntgabe des Mengengerüsts hätte immer noch jeder Anbieter selbst entscheiden können, welches System er offerieren möchte, sodass nicht erkennbar ist, inwiefern die Ausschreibung nicht mehr produktneutral gewesen wäre.

8.3 Oben wurde ferner ausgeführt (E. 6.3.4), dass kein vergleichbares Beispiel für eine Aufrechnung schon angefallener Kosten bekannt ist. Mithin kann der Einbezug solcher Kosten auch nicht etwa als üblich bezeichnet werden. Unter diesen Umständen hätte das BBL anlässlich der Ausschreibung aus Transparenzgründen explizit festhalten müssen, inwiefern derartige Kosten bei der Offertstellung gegebenenfalls hinzuzurechnen sind. Die Bemerkung in Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes, die Auftraggeberin behalte sich vor, "dass angebotene Hard- und/oder Softwarekomponenten über bestehende Rahmenverträge des Bundes abgewickelt werden", vermag die notwendige Transparenz nicht zu schaffen, namentlich, weil sie mehrdeutig ist (vgl. oben E. 6.3.3) und die fraglichen Kosten nicht ausdrücklich thematisiert. Daran ändert sich nichts, wenn man den Satz im Kontext liest, denn was "sämtliche Kosten für die offerierte Lösung" genau bedeutet, liegt nicht auf der Hand. "Sämtliche" meint zwar "alle", aber eben auch nur diejenigen der offerierten Lösung. Ein "Vollkostenkonzept", wie es die Vergabestelle erstmals vor Bundesverwaltungsgericht (explizit) ins Spiel bringt, musste die Beschwerdeführerin aus der zitierten Passage nicht herleiten. Unter den gegebenen Umständen widerspricht die Verwendung dieses Konzepts dem Transparenzgebot, zumal jedenfalls eine vollständige Aufrechnung von Kosten, welche auch andere Applikationen finanzieren, nicht ohne Weiteres einleuchtet.

8.4 Aufgrund ihrer legitimen Interpretation von Ziff. 2.3 des Pflichtenheftes wurde die Beschwerdeführerin veranlasst, eine Microsoft-Lösung zu offerieren, ohne damit rechnen zu müssen, im Rahmen von Angebotsbereinigungen zum Einkalkulieren zusätzlicher Kosten aufgefordert zu werden. Wie sie festhält, hätte sie auch eine andere, nicht auf Microsoft beruhende Offerte vorlegen können, was ihr nach der Offerteinreichung allerdings verwehrt blieb.

Das Ansinnen der Vergabestelle, gleich lange Spiesse unter den Offerenten zu schaffen, erscheint als solches zwar nachvollziehbar. Um dem Transparenzprinzip zu genügen, hätte sie jedoch von Beginn weg eindeutige Angaben betreffend mögliche Kostenfolgen der Berücksichtigung bestehender Rahmenverträge machen, d.h. aufzeigen müssen, wie sich solche finanziell auf Microsoft-basierte Angebote auswirken können.

8.5 Das Transparenzgebot gilt als Regel formeller Natur; wurde es verletzt, so ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensmangel und Zuschlagserteilung fehlt oder nicht dargetan ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.6; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.7 mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4). In der eben zitierten Erwägung hielt das Bundesgericht fest, dass es sich beim Gebot, Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten, um eine Regel formeller Natur handle, deren Missachtung Konsequenzen haben müsse und "unter Umständen" auch zur Aufhebung des Zuschlages führe, was nach der Praxis der BRK die Regel sei. Die Frage, ob allenfalls dann davon abzuweichen sei, wenn die Zuschlagsbehörde darlegen könne, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermocht habe, liess das Bundesgericht in der Folge ausdrücklich offen, mit dem Hinweis darauf, dass der Zuschlagsentscheid regelmässig dann nicht aufrechterhalten werden könne, wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. wenn solche nachträglich (während des hängigen Verfahrens) massgeblich verändert worden seien.

Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin durch den Verfahrensfehler zu einem Angebot verleitet, welches sich nachträglich über die von der Vergabestelle verlangten Angebotsvereinbarungen wider Erwarten massiv verteuerte und deshalb für den Zuschlag ausser Konkurrenz fiel. Insofern besteht vorliegend ein Konnex zwischen dem Verstoss gegen das Transparenzgebot und dem Zuschlag. Folglich ist dieser aufzuheben.

8.6 Auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin braucht unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden.

9.

Gemäss Art. 32 Abs. 1 BöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an den Auftraggeber zurück. Ersteres wäre vorliegend nur dann am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erschiene (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 6.2). Dies ist jedoch zu verneinen, denn es lässt sich nicht eruieren, wie die Offerte der Beschwerdeführerin ausgesehen hätte, wenn das Transparenzgebot bei der Vergabe eingehalten worden wäre. Ebenso wenig lässt sich bestimmen, wie die Offerten anderer (potentieller) Offerenten ausgesehen hätten. Bekanntlich wurden neben der Beschwerdeführerin sämtliche weiteren Offerenten zu Angebotsbereinigungen hinsichtlich des Offertpreises veranlasst. Ohnehin kann aber die Wirkung der Aufhebung des Zuschlags nicht auf die Beschwerdeführerin beschränkt werden. Unter Verweis auf das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C_380/2014 vom 15. September 2014 (E. 4.7) ändert das Bundesverwaltungsgericht mit dem vorliegenden Entscheid seine diesbezügliche Praxis, nachdem es bereits in E. 4.3 seines Urteils B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 eine gewisse Öffnung hinsichtlich der Rückweisungsfolgen angedeutet hatte.

Im Übrigen wäre das Bundesverwaltungsgericht auch nicht in der Lage, etwa eine anteilmässige Aufrechnung der Kosten bestehender, schon finanzierter Infrastruktur vorzunehmen, zumal die Vergabestelle selber festhielt, eine solche Kalkulation würde den Rahmen des Beschwerdeverfahrens sprengen.

Vor diesem Hintergrund ist die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Dabei könnte die Beschaffung beispielsweise so ausgestaltet werden, dass nur tatsächlich vergleichbare Kosten einander gegenübergestellt werden, wobei das BBL den Offerenten bekanntgeben würde, dass die Kosten einer allfälligen Anpassung der Umgebung bzw. von Schnittstellen Gegenstand eines separaten Loses oder Teilprojektes bilden, welches nicht in den Offertvergleich einbezogen wird. Auf diese Weise liesse sich das gewünschte Ergebnis erzielen, ohne dass mit fiktiven Kosten gerechnet werden müsste.

10.

Abschliessend ist noch über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen zu befinden.

10.1 Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Sowohl beim Entscheid in der Hauptsache als auch beim Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Ihr sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, und der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

10.2 Der Beschwerdeführerin ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da seitens der Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 15'000.- (inkl. MWST).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Vergabestelle, die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. September 2014 sei aus dem Recht zu weisen, wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der am 19. Dezember 2013 publizierte Zuschlag vom 16. Dezember 2013 in der Ausschreibung "(1304) 104 Suchsystem Bund" wird aufgehoben, und die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

3.

Verfahrenskosten werden keine erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 7'500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- die Vergabestelle;
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd

Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 20. Januar 2015