



## Urteil vom 22. Januar 2014

---

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner,  
Richterin Maria Amgwerd,  
Gerichtsschreiber Said Huber.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
(...),  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Post CH AG,**  
Rechts- und Stabsdienst,  
(...),  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (selektives Verfahren/Präqualifikation): Verfügung vom 2. September 2013 (betreffend das Dienstleistungsprojekt SIMAP-ID 101229, "Ablösung HP Servicedesk" [Meldungsnummer 781747]).

## **Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,**

### **I.**

dass die Vergabestelle am 28. Juni 2013 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) im selektiven Verfahren das IT-Projekt "Ablösung HP Service Desk" (Projekt-ID 101229) ausschrieb und dabei den Vorbehalt anbrachte, die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden werde aus Gründen der Effizienz auf sieben (geeignete) Anbieter beschränkt;

dass diese Publikation sowie die gleichentags zum Download aufgeschalteten Ausschreibungsunterlagen von keiner Seite angefochten wurden;

dass die Beschwerdeführerin am 2. August 2013 ihren Antrag auf Teilnahme an diesem Verfahren einreichte;

dass sich die Vergabestelle dafür mit Schreiben vom 2. September 2013 bei der Beschwerdeführerin bedankte, ihr aber gleichzeitig mitteilte, sie könne im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden, weshalb von einer Einladung zur Angebotsabgabe abgesehen werden müsse;

dass die Beschwerdeführerin am 5. September 2013 bei der Vergabestelle eine als "Beschwerde Vergabeverfahren 'Ablösung HP Service Desk' der Schweizerischen Post" betitelte Eingabe einreichte;

dass die Beschwerdeführerin darin mit knapper Begründung erklärte, sie könne dem negativen Bescheid zur Präqualifikation im Vergabeverfahren nicht zustimmen, und deshalb die Vergabestelle aufforderte, "unseren Antrag unter Berücksichtigung der geltend gemachten Einwände nochmals zu prüfen, [zu] bewerten und uns für die nächste Runde einzuladen";

dass die Vergabestelle diese Eingabe gestützt auf Art. 8 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) am 23. September 2013 ans Bundesverwaltungsgericht zur weiteren Bearbeitung überwies (mit dem Hinweis, mit der Überweisung sei auf ausdrücklichen Wunsch der Beschwerdeführerin zugewartet worden);

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 25. September 2013 feststellte, es sei keine aufschiebende Wirkung beantragt worden, und die Vergabestelle ersuchte, bis zum 10. Oktober 2013 zur Beschwerde Stellung zu nehmen und gleichzeitig die vollständigen Akten einzureichen (unter genauer Bezeichnung der ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Aktenstücke);

dass in dieser Zwischenverfügung die Beschwerdeführerin aufgefordert wurde, angesichts des Fehlens der notwendigen Zweitunterschrift dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 1. Oktober 2013 eine rechtsgültig unterschriebene Beschwerdeeingabe und die angefochtene Verfügung einzureichen sowie bis zum 10. Oktober 2013 einen Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– zu leisten;

dass die Beschwerdeführerin dieser Aufforderung rechtzeitig nachkam;

dass die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht mit Vernehmlassung vom 8. Oktober 2013 beantragt, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin;

dass das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin am 15. Oktober 2013 diese Vernehmlassung (samt die für sie bestimmten und von der Vergabestelle anonymisierten Aktenkopien) zukommen liess mit der Aufforderung, eine allfällige Stellungnahme bis zum 31. Oktober 2013 einzureichen;

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 31. Oktober 2013 an ihrer Beschwerde festhält, weil die ungenügende Bewertung wegen fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen (Eignungskriterien EK7, EK8) erfolgt sei und die eingeforderten Referenzen nicht berücksichtigt worden seien;

dass das Bundesverwaltungsgericht diese Stellungnahme am 5. November 2013 der Vergabestelle zukommen liess und ihr gleichzeitig Gelegenheit gab, sich dazu zu äussern;

dass die Vergabestelle am 18. November 2013 fristgerecht Stellung nahm (mit unveränderten Rechtsbegehren);

dass das Bundesverwaltungsgericht diese Stellungnahme der Beschwerdeführerin am 19. November 2013 zur Kenntnis brachte;

## II.

dass in der angefochtenen Verfügung der Beschwerdeführerin mitgeteilt wird, sie werde in der zweiten Phase des selektiven Verfahrens nicht mehr zur Angebotsabgabe eingeladen werden;

dass gegen diese Anordnung die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offensteht (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 lit. c des Bundesge-

setzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1);

dass für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die Vorschriften des VwVG massgebend sind, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG);

dass die Beschwerdeführerin als negativ präqualifizierte, d.h. vom weiteren Verlauf des selektiven Verfahrens ausgeschlossene, Teilnehmerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert ist;

dass die Anfechtung der Verfügung vom 2. September 2013 fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG), die Form der Beschwerde gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt worden ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG);

dass daher auf die Beschwerde einzutreten ist;

### III.

dass die Vergabestelle einen geplanten Auftrag nach Art. 15 Abs. 1 und 2 BöB im selektiven Verfahren öffentlich ausschreiben kann, wobei alle Anbieter und Anbieterinnen einen Antrag auf Teilnahme einreichen können;

dass indessen die Vergabestelle die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken darf (sog. Präqualifikationsverfahren), wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann, wobei ein wirksamer Wettbewerb zu gewährleisten ist (vgl. Art. 15 Abs. 4 BöB sowie zu den Voraussetzungen im Einzelnen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 285 ff.);

dass die Auswahl unter den als geeignet erachteten Bewerbern in einer objektiven, den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichteten Weise erfolgen muss, wobei es grundsätzlich der Vergabestelle überlassen ist, wie sie im Einzelnen vorgehen will (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 287);

dass das Verfahren zur Auswahl der teilnahmeberechtigten Anbieter gesetzlich nicht geregelt ist, sondern im Ermessen der Vergabestelle steht, wobei sich diese an die vergaberechtlichen Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung zu halten hat, weshalb für das Präqualifikati-

onsverfahren ein Evaluationsbericht zu erstellen ist (HANS RUDOLF TRÜEB, BÖB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 9 zu Art. 15 BÖB);

dass die Vergabestelle in jedem Fall eine individuelle Beurteilung der Eignung der einzelnen Anbieter vorzunehmen hat (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 287; TRÜEB, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 15 BÖB);

dass die Vergabestelle nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) mindestens drei Anbieter und Anbieterinnen zur Angebotsabgabe einladen muss, sofern so viele für die Teilnahme qualifiziert sind;

#### IV.

dass die Vergabestelle in ihren sorgfältig begründeten Eingaben darlegt, innert der angesetzten Frist seien *siebzehn* Teilnahmeanträge eingereicht und vom Evaluationsteam nach einheitlichem Massstab geprüft und bewertet worden, wobei deren *elf* die ausgeschriebenen Eignungskriterien ausreichend erfüllt hätten, was jedoch bei *sechs* Antragsstellern nicht der Fall gewesen sei;

dass nach den Darlegungen der Vergabestelle der Anforderungskatalog (wegen der Komplexität des Beschaffungsgegenstandes und der damit verbundenen zahlreichen technischen Problembereichen) über 170 Spezifikationen und Anforderungen an die anzubietende Lösung vorsehe sowie verschiedene Konzepte fordere;

dass deshalb, um eine effiziente Abwicklung des Vergabeverfahrens gewährleisten zu können, eine Einschränkung der Anzahl der zur Angebotsabgabe Einzuladender auf sieben notwendig gewesen sei;

dass nach den Ausführungen der Vergabestelle die Beschwerdeführerin im Präqualifikationsbericht vom 22. August 2013 den zehnten Rang aller als geeignet eingestuftem Antragssteller erreicht habe und insbesondere auch mehrere in der Branche als "Grössen" bekannte Unternehmen ein Absage erhalten und diese in der Folge auch akzeptiert hätten;

dass anlässlich des Debriefings vom 16. September 2013 bei der Erörterung der Schwachpunkte (Referenzen und gewisse technische Angaben) eingeräumt worden sei, die Beschwerdeführerin sei zwar als grundsätzlich geeignet bewertet worden, hätte aber nicht unter den besten sieben Antragsstellern rangiert;

**V.**

dass die Beschwerdeführerin ein Festhalten an ihrer Beschwerde – trotz den ausführlichen Darlegungen der Vergabestelle – im Wesentlichen aus folgenden Gründen für gerechtfertigt hält:

1. Die fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen zu EK7 und EK8 hätten zu einer ungenügenden Bewertung geführt.
2. Ihre Referenzkunden seien sehr viel schlechter als erwartet bewertet worden, wobei insbesondere die Referenz "ad EK8.0" mit 0 Punkten bewertet worden sei, ohne dass die Vergabestelle – wie gefordert – den Referenzkunden, X.\_\_\_\_\_, kontaktiert hätte.
3. Da die Bewertung der Referenzkunden massgeblich anhand eines quantitativen Mengengerüsts erfolgt sei und die Ausschreibungsunterlagen – mangels eindeutiger Referenz auf einen Zeitraum zur Quantifizierung der Mengenangaben – zu einer fehlerhaften Aufstellung geführt habe, hätte bei korrekter Ausweisung der erforderlichen Ticketmengen eine anderweitige Auswahl der Referenzkunden erfolgen können.

dass die Vergabestelle dazu im Wesentlichen voranschickt, die formellen Vorgaben nach BöB und VöB an ein selektives Verfahren seien ohne weiteres eingehalten worden, indem in der Ausschreibungspublikation wie auch in den Ausschreibungsunterlagen die Anforderungen und Kriterien für die Präqualifikation umfassend und klar wiedergegeben worden seien:

1. In der Ziffer 4.2 der Ausschreibungsunterlage Stufe 1 sei die Bewertungsweise für die Eignungskriterien sowie die Gewichtung für die Auswahl der sieben einzuladenden Anbieter bekannt gegeben worden. Diesbezüglich seien weder von Interessenten noch von Antragsstellern Einwendungen gegen den Vorbehalt der Beschränkung der Anzahl Einzuladender bzw. gegen die bekannt gegebenen Eignungskriterien oder deren Gewichtung vorgebracht worden. Die Beschwerdeführerin mache es sich zu einfach, wenn sie angeblich unzureichende Unterlagen für die tiefe Bewertung ihrer Referenzprojekte verantwortlich mache. Vielmehr hätte sie sich mittels entsprechenden Fragen (auf dem dafür auf SIMAP eingerichteten Internet-Frageforum) die erforderliche Klarheit verschaffen können.

2. Abgesehen davon, dass es ein "EK8.0" gar nicht gebe und die Referenzen unter EK7 bewertet worden seien, sei die Bewertung unter EK7 und EK8 korrekt erfolgt. Insbesondere nicht zulässig sei das Referenzprojekt "X.\_\_\_\_\_" gewesen, das im Zeitpunkt der Bewertung noch gar nicht "produktiv" gewesen sei, weshalb das Verhalten des Tools im Bewertungszeitpunkt noch gar nicht habe nachvollzogen werden können. Die beiden weiteren Referenzprojekte seien jeweils als gut bewertet worden (mit 2 von 3 möglichen Punkten). Die noch nicht in Betrieb befindliche referenzierte Installation "X.\_\_\_\_\_" sei zu Recht mit 0 Punkten bewertet worden, weshalb eine Kontaktnahme mit dem Referenzkunden habe unterbleiben können.
3. Die Beschwerdeführerin gebe vor, bei korrekter Ausweisung der erforderlichen Ticketmenge hätte sie eine andere Auswahl der Referenzkunden vorgenommen. Dies sei nicht glaubhaft. Den Interessenten sei Gelegenheit geboten worden, Fragen zum Präqualifikationsverfahren direkt in der Ausschreibungsplattform SIMAP zu erfassen. Indessen seien keine entsprechenden Forumsbeiträge (Fragen/Antworten) gestellt worden. Offenbar bestanden dazu bei niemandem Fragen. Auch sei zu erwarten gewesen, dass die Angaben von Referenzprojekten von Antragstellern dazu benutzt würden, ihre Leistungsfähigkeit besonders herauszustreichen, um sich so von Mitbewerbern abheben zu können.

## VI.

dass nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts die Beschwerdeführerin zu Recht nicht die Zulässigkeit der auf sieben beschränkten Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden in Frage stellt, nachdem diese Anzahl vorgängig in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen – unter Bezeichnung aller Auswahlkriterien (inkl. Gewichtung und Benotungssystem) – bekannt gemacht worden war, was in der Folge unangefochten blieb;

dass die Vergabebehörde bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien über einen breiten Ermessensspielraum verfügt, in den das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 mit Hinweisen);

dass der Vergabestelle auch ein grosser Ermessensspielraum im Rahmen der Offertbewertung zukommt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 mit Verweis auf dessen Urteil B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3);

dass eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung gegeben wäre, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehene Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 mit Hinweisen);

dass eine allenfalls willkürliche Rechtsanwendung unter anderem bei groben Ermessensfehlern vorläge, wenn der betreffende Entscheid offensichtlich unhaltbar wäre, nicht aber dann wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erschiene (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 mit Hinweisen);

dass die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts auch die Verletzung von Bundesrecht umfasst, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. c VwVG);

dass nach Art. 31 BöB die Unangemessenheit in Submissionsstreitigkeiten vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden kann, was in Vergabesachen nicht nur die Wahl der technischen Spezifikationen und der Eignungs- und der Zuschlagskriterien, sondern *auch die Bewertung der Offerten* umfasst (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 und Rz. 1388 mit Hinweisen);

dass daher eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung nur in Frage kommen kann, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 mit Verweis auf die Zwischenentscheide B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 sowie B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3);

dass die Beschwerdeführerin in ihren eher rudimentär begründeten Eingaben gerade eine willkürliche oder rechtsfehlerhafte Ermessensbetätigung nicht substantiiert darzulegen vermag und es insbesondere unter-

lässt, sich sorgfältig mit den ausführlichen und plausibel begründeten Darlegungen der Vergabestelle auseinanderzusetzen;

dass es nicht genügt, wenn sich die Beschwerdeführerin lediglich darauf beschränkt, eine Benotung als "nicht nachvollziehbar" zu bezeichnen (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 8.6);

dass das von der Beschwerdeführerin neben zwei andern Projekten bezeichnete Referenzprojekt "X.\_\_\_\_\_" im Zeitpunkt des Teilnahmeantrages nicht in Betrieb war, was unbestritten ist, weshalb auch die entsprechende Bewertung mit 0 Punkten rechtlich nicht zu beanstanden ist (und zwar unabhängig davon, ob die in Frage stehenden Angaben genügend detailliert waren);

dass, wenn die Bewertung unter EK8 zu dieser Frage 0 Punkte beträgt, es nicht mehr darauf ankommt, ob die unter EK7 beanstandete Bewertung korrigiert werden muss, zumal die Beschwerdeführerin ohnehin nicht unter den zu berücksichtigenden sieben Anbietern für das Offertverfahren wäre;

dass die Beschwerdeführerin in der Vernehmlassung geltend macht, sie hätte ein anderes Referenzprojekt mit demselben Kunden gehabt, mit welchem ein HP Service Desk Ablöseprojekt (inkl. Migration) durchgeführt worden sei;

dass indes die Anbieterin in der vorliegenden Situation keinen Rechtsanspruch darauf hat, dass sich die Vergabestelle – anstelle des nicht ausgeführten – nach einem anderen, ausgeführten Referenzprojekt erkundigt, welches die Beschwerdeführerin im Vorfeld nicht einmal erwähnt hatte;

dass sich insofern die von der Beschwerdeführerin gerügte Nicht-Kontaktnahme des Referenzkunden durch die Vergabestelle nicht beanstanden lässt;

dass somit die Kritik der Beschwerdeführerin an den Argumenten der Vergabestelle ins Leere läuft und insofern die strittigen Bewertungen im Lichte des der Vergabestelle bei der Offertbewertung zukommenden grossen Ermessensspielraums nicht zu beanstanden ist;

dass sich demzufolge die Beschwerde als unbegründet erweist, weshalb sie abzuweisen ist;

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Verfahrensausgang unterliegt und somit die auf Fr. 3'500.– festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.330.2]);

dass die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG), wobei die hier obsiegende Vergabestelle als Bundesbehörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE);

dass unter diesen Umständen keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 3'500.– auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– verrechnet.

**3.**

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-ID 101229; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

**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 gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift 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: 23. Januar 2014