

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-5729/2009
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom
15. Oktober 2009

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz), Richter Hans Urech,
Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt C._____
und Rechtsanwältin D._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS,
armasuisse, ZDRe, 3003 Bern,
vertreten durch Fürsprecher E._____ und F._____,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen - Projekt "openCONTROL+",

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 161 vom 21. August 2009 publizierte das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS, Vergabestelle), handelnd durch den Führungsstab der Armee (FST A), die freihändige Vergabe eines Dienstleistungsauftrages unter dem Projekttitel "Fachapplikation inkl. Change Management und DL-Zentrum zur Unterstützung des FST A im Bereich der Ausbildungsführung für die Jahre 2009-2012" an die Y._____ AG (Zuschlagsempfängerin), zum Preis von Fr. 3'062'950.-. Als Begründung des Zuschlagsentscheides führte die Vergabestelle dabei an: "Nach VoeB, Art. 13, Abs. 1, lit. c und f".

B.

Mit Eingabe vom 9. September 2009 erhob die X._____ AG (Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den Zuschlag vom 11. August 2009. In der Sache stellt sie folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der am 21. August 2009 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Zuschlag betreffend Fachapplikation inkl. Change Management und DL-Zentrum zur Unterstützung des FST A im Bereich der Ausbildungsführung für die Jahre 2009-2012 an die Y._____ AG sei aufzuheben.
2. Die Vergabestelle sei anzuweisen, bezüglich des Auftrags betreffend Fachapplikation inkl. Change Management und DL-Zentrum zur Unterstützung des FST A im Bereich der Ausbildungsführung für die Jahre 2009-2012 ein rechtskonformes Vergabeverfahren mit öffentlicher Ausschreibung durchzuführen.

Zudem stellt die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanträge:

3. Der Beschwerde sei, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Beschwerdegegnerin sei, zunächst superprovisorisch, zu verbieten, den Vertrag über Leistungen gemäss Ziff. 1 hiervor mit der Y._____ AG abzuschliessen.
4. Der Vergabestelle sei, zunächst superprovisorisch, während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu verbieten, von der Y._____ AG Leistungen abzurufen/entgegen zu nehmen, welche bewirken sollen oder könnten, die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit öffentlicher Ausschreibung zu verhindern oder zu vereiteln.
5. Es sei der Beschwerdeführerin umfassende Einsicht in sämtliche Akten des vorliegenden Vergabeverfahrens und in sämtliche Akten, welche die Grundlage des Verfahrens bilden, zu gewähren.

6. Der Beschwerdeführerin sei nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe die Software-Lösung "openCONTROL", die dem Ausbildungscontrolling diene, über die Jahre 1999-2008 schrittweise entwickelt und verbessert. Beim zugeschlagenen Auftrag gehe es um das Projekt "openCONTROL+". Der Auftrag falle in die Kategorie "CPC, Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten". Es gehe mithin um eine Informatik- und Schulungsdienstleistung im Zusammenhang mit der Software "openCONTROL". Der Auftrag sei zu Unrecht und unter Verletzung der massgeblichen Bestimmungen des Beschaffungsrechts freihändig vergeben worden. Richtigerweise hätte der Auftrag ausgeschrieben werden müssen.

Da die Beschwerde materiell gutzuheissen sei und überdies gewichtige Interessen der Beschwerdeführerin, Dritter sowie der Allgemeinheit auf dem Spiel stünden, sei der Beschwerde, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem gelte es zu verhindern, dass die Vergabebehörde während des hängigen Beschwerdeverfahrens Vorkehrungen treffe, welche dazu führen könnten, dass ein korrektes Vergabeverfahren mit öffentlicher Ausschreibung verhindert oder vereitelt werde.

C.

Durch Zwischenverfügung vom 11. September 2009 gewährte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung, wobei es anordnete, bis zu seiner Entscheidung über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätten alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 14. September 2009 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin, bis zum 29. September 2009 mitzuteilen, ob und inwieweit für die Beschwerdebeilagen ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse gegenüber der Zuschlagsempfängerin bestehe.

Gleichzeitig ersuchte es die Vergabestelle, bis zum 29. September 2009 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, insbesondere zu deren Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen und die vollständigen Akten des in Frage stehenden Vergabeverfahrens, unter genauer Bezeichnung der ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Aktenstücke, einzureichen.

In derselben Verfügung überliess es das Bundesverwaltungsgericht der Zuschlagsempfängerin, bis zum 29. September 2009 ebenfalls zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Dabei wies es die Zuschlagsempfängerin darauf hin, dass sie, insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko, als eigentliche Gegenpartei behandelt werde, sofern sie im vorliegenden Verfahren formelle Anträge stelle. Die Zuschlagsempfängerin hat sich innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht vernehmen lassen.

E.

In einem Schreiben vom 22. September 2009 teilte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass sie keine Geheimhaltungsinteressen an ihren Beschwerdebeilagen gegenüber der Zuschlagsempfängerin geltend mache.

F.

Die Vergabestelle äusserte sich mit – von ihren Rechtsvertretern abgefasster – Vernehmlassung vom 29. September 2009 zur Beschwerde. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- " Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei diese abzuweisen.
Auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei nicht einzutreten, eventuell sei dieses abzuweisen.
Auf das Gesuch um Gewährung von Akteneinsicht sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen.
Von der Ansetzung einer Frist zur Beschwerdeergänzung sei abzusehen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Zur Begründung führt die Vergabestelle aus, die Beschwerde beruhe letztlich auf dem Irrtum, dass es bei "openControl" und "openCONTROL+" um dieselbe Software gehe. Trotz der Namensähnlichkeit

handle es sich aber um zwei technisch, logisch und funktional unterschiedliche Systeme. Es seien bereits hohe Investitionen an Zeit und finanziellen Mitteln in das System "openCONTROL+" getätigt worden, welche durch die angefochtene Vergabe ergänzt und erweitert werden sollten. "openCONTROL+" basiere im Kern auf proprietärer Software der Zuschlagsempfängerin. Die Weiterentwicklung dieses Systems sowie die konnexen Dienstleistungen könnten aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nur durch die Zuschlagsempfängerin erbracht werden.

Das von der Beschwerdeführerin entwickelte System "openCONTROL" könne die heutigen technischen, funktionellen und sicherheitsrelevanten Anforderungen nicht mehr erfüllen. Auch eine Neuentwicklung durch Drittanbieter wäre mit unverhältnismässigem zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden. Somit fehle es an gangbaren Alternativen. Die Beschwerdeführerin verfüge weder über die erforderlichen Urheberrechte noch über das nötige Spezialwissen zur Erfüllung des hier in Frage stehenden Auftrags, weshalb es ihr an der notwendigen Eignung zur Ausführung des Auftrags fehlen würde.

Die öffentlichen Interessen (das Qualitätsverbesserungspotenzial, die Umsetzung des Entscheides der Armeeführung, die Ressourceneinsparungsmöglichkeiten sowie die Unfallvermeidung) überwögen die rein wirtschaftlichen privaten Interessen. Zudem erscheine die Beschwerde inhaltlich als aussichtslos und rechtsmissbräuchlich. Eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung würde zu Nachteilen auf Seiten der Vergabestelle führen, welche im Verhältnis zu den rein finanziellen Interessen der Beschwerdeführerin als schwer zu gewichten seien. Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen seien somit nicht gegeben.

Zum Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin halten die Rechtsvertreter der Vergabestelle fest, eine umfassende Einsichtnahme in die Offertunterlagen der Zuschlagsempfängerin würde gegen deren Geheimhaltungsinteressen verstossen, weshalb der Beschwerdeführerin – wenn überhaupt – höchstens Einsicht in die geschwärzte Version der Offerte zu gewähren sei. Mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin beantragte Beschwerdeergänzung erklären sie sodann, im vorliegenden Fall bestünden keine Gründe für eine Akteneinsicht.

G.

In einem von ihr selbst verfassten Begleitschreiben vom 29. Septem-

ber 2009 zur Aktenübermittlung an das Bundesverwaltungsgericht erklärte die Vergabestelle, die Offerte der Zuschlagsempfängerin vom 7. August 2009 (Beilage 2: Offerte "für System und Dienstleistungszentrum (DLZ) A.") beinhalte Geschäftsgeheimnisse, sodass nur die geschwärzte Version (Beilage 3) der Beschwerdeführerin zuzustellen sei.

H.

Am 1. Oktober 2009 verfügte das Bundesverwaltungsgericht, über die Einsichtnahme in die Beilagen zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 29. September 2009 werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden. Gleichzeitig ersuchte es die Vergabestelle, sich angesichts eines gewissen Widerspruchs zwischen ihren Ausführungen im Schreiben vom 29. September 2009 und der von ihren Rechtsvertretern abgefassten Stellungnahme gleichen Datums erneut zur Frage der Offenlegung der Beilagen zu dieser Stellungnahme sowie auch dazu zu äussern, ob sie in Bezug auf die Offenlegung der von ihr geschwärzten Fassung der Offerte der Zuschlagsempfängerin über deren Einverständnis verfüge. Zudem ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle darum, die im Jahr 2008 versandte Einladung zur Offerstellung in Sachen "Personenbeistellung" einzureichen, die in ihrer Stellungnahme vom 29. September 2009 in Ziff. 39 erwähnt wird.

Am 7. Oktober 2009 ging beim Bundesverwaltungsgericht ein mit 29. September 2009 datiertes Schreiben ein, in dem die Vergabestelle festhielt, dass ein entsprechendes Dokument nie erstellt worden sei, da die Offerten mündlich angefragt worden seien.

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2009 liess die Vergabestelle durch ihre Rechtsvertreter ausführen, dass dem Begleitschreiben vom 29. September 2009 keine eigenständige Bedeutung zukomme und dass, da sie die Beschwerde als unzulässig und unbegründet erachte, von einer Akteneinsicht gänzlich abzusehen sei. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht das Akteneinsichtsgesuch entgegen diesen Anträgen teilweise gutheissen sollte, sei vorab die Zustimmung der Zuschlagsempfängerin zur Einreichung der geschwärzten Fassung ihrer Offerte eingeholt worden.

I.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 lit. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1). Angesichts des Auftragswertes von Fr. 3'062'950.- ist unbestritten, dass es sich vorliegend um eine Vergabe im Anwendungsbereich des BoeB handelt; dies umso mehr, als die entsprechenden Dienstleistungen ("Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" bzw. "Dienstleistungen in Verbindung mit Software") in Anhang I Annex 4 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) ausdrücklich aufgeführt sind (vgl. zum Ganzen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2008/48 E. 2.3 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BoeB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.2 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet die zuständige Instruktionsrichterin grundsätzlich selbständig über Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rah-

men der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BoeB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Bd., 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, N. 874, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, *Baurecht* 2/2007, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren ist nach dem Gesagten der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

2.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB).

2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können jedoch jene Grundsätze übernommen werden, welche Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3, 117 V 185 E. 2b mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2006, N. 1802 ff.; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er den Suspensiveffekt nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (BVGE 2007/13 E. 2.1 mit Hinweisen, Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, 1997-019 vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in: *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden*, VPB 62.79, E. 2a mit Hinweisen und vom 16. November 2001, veröffentlicht

in VPB 66.37, E. 2c; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 418; MARTIN BEYELER, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbesondere S. 90, mit Hinweisen; BEAT DENZLER/HEINRICH HEMPEL, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 313 ff., insbesondere S. 317 ff.).

2.2 Im Falle eines Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung muss in einem ersten Schritt mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden, ob die Beschwerde aufgrund der vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet erscheint. Trifft dies zu, so ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen diesbezüglich Zweifel, so ist aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu entscheiden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach ständiger Praxis der BRK, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen des Beschwerdeführers an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbesondere S. 1197; vgl. auch S. 1199). Entsprechend erwog das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB), dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E.3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 lit. a Üoeb – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von

Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Ist davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann, dringt die Beschwerdeführerin mit prozessualen Anträgen von vornherein nicht durch. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007, E. 4.9 und B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 2.2 i.V.m. E. 3.1).

3.2 Zunächst ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Vergabe aller Voraussicht nach besonders berührt ist und demnach – ebenfalls aller Voraussicht nach (vgl. E. 3.1 hiavor) – ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat (Frage nach der sog. materiellen Beschwer, Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG).

3.3 Als schutzwürdig gelten im Rahmen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche bzw. praktische Interessen (BVGE 2007/20 E. 2.4.1; vgl. zu aArt. 48 lit. a VwVG BGE 131 II 587 E. 2.1). Indessen muss die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. zu Art. 103 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943, OG, BS 3 521, BGE 131 II 361 E. 1.2). Verlangt ist ein unmittelbares, eigenes und persönliches Interesse (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6113/2007 vom 5. März 2008 E. 3.4; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.65). Dabei ist umstritten, inwieweit der im Rahmen der Justizreform in Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG eingefügten Ergänzung, wonach die beschwerdeführende Partei durch die angefochtene Verfügung nunmehr *besonders* berührt sein muss, inhaltliche Bedeutung im Sinne einer Verschärfung zukommt (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N. 12 zu Art. 89 BGG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 2.64). Allein auf öffentliche Interes-

sen oder auf die Interessen Dritter kann sich ein Beschwerdeführer jedenfalls nicht berufen (grundlegend BGE 109 Ia 252 E. 4c; vgl. zum Ganzen auch BVGE 2007/20, E. 2.4.1 mit Hinweisen, sowie das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, E. 3.1).

3.4 Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen Verfahren und macht er wie hier geltend, es sei zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet worden, so hängt seine Beschwerdebefugnis davon ab, ob er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen und ob er ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (Entscheidung der BRK 2003-018 vom 4. Dezember 2003, E. 2c/bb; Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2001.00116 vom 9. November 2001, publiziert in: Baurechtsentscheide Kanton Zürich, BEZ 2001 Nr. 55, E. 2c; vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., N. 868 mit Hinweisen und MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, N. 672 mit Hinweisen).

3.4.1 Bei offener Ausschreibung des Auftrags kommt die Beschwerdeberechtigung neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potenziellen) Anbietern jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen, die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus, etwa weil die Eignungskriterien diskriminierend festgesetzt seien (zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, E. 3.2, mit Hinweis auf BGE 125 I 203 E. 3a; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 3.4).

Demnach genügt es wahrscheinlich auch im Rahmen der Anfechtung einer freihändigen Vergabe gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11), wenn eine interessierte Anbieterin – im vorliegenden Fall von Informatikprodukten und -dienstleistungen – geltend macht, die Vergabestelle habe zu Unrecht angenommen, dass es an einer angemessenen Alternative zum Produkt fehle, auf dessen technische oder immaterialgüterrechtliche Besonderheit sie sich berufe (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 3.4).

Entsprechend dürfte es im Rahmen der Anfechtung einer freihändigen Vergabe mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 lit. f VoeB wahrscheinlich auch ge-

nügen, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vergabestelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass es um Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen gehe, welche der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden müssten, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet sei bzw. wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, sie selbst hätte als ursprüngliche Anbieterin berücksichtigt werden müssen.

3.4.2 Unter dem Titel der Legitimation macht die Beschwerdeführerin geltend, sie wäre – wie andere Informatikanbieterinnen ebenfalls – ohne Weiteres in der Lage gewesen, den Auftrag betreffend Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten auszuführen, habe sie doch die hier in Frage stehende Software "openCONTROL" selber entwickelt. Sie habe verständlicherweise grosses Interesse daran, den Auftrag auszuführen und "ihre" Applikation flächendeckend einzuführen sowie allenfalls weiterzuentwickeln. Da sie ein relativ grosses Unternehmen mit über 26 Mitarbeitern sei, sei nebst dem zweifellos vorhandenen Fachwissen auch die entsprechende Kapazität vorhanden, um einen solchen Auftrag aus eigener Kraft durchzuführen. Sie biete ein breites Spektrum an Dienstleistungen zur Abwicklung von Software- und Informatikprojekten in den Bereichen Integration und Business Intelligence, Software Engineering, Collaboration, Workflow und Enterprise Content Management (ECM) sowie Customer Relationship Management (CRM/xRM) an. Ihr Dienstleistungsangebot umfasse Beratung und Coaching, Applikationsentwicklung, Datenbank- und Systemintegration, Datenmanagement sowie Business Intelligence, Schulung und Qualifikation sowie Betrieb und Support.

Sie habe zahlreiche Aufträge in verschiedenen Bereichen für das VBS ausgeführt. Seit ihrer Gründung sei sie mit Softwareentwicklungs-, Schulungs- und Wartungsverträgen im Bereich Ausbildung der Luftwaffe betraut worden. Zunächst sei es um die Entwicklung einer zentralen Lösung zur Erfassung der Personendaten der Angehörigen der Luftwaffe gegangen. Diese Softwarearchitektur sei im Verlauf der nächsten Jahre ausgebaut und unter der Bezeichnung DACOL (Datenbank Ausbildungscontrolling Luftwaffe) für die Zwecke des Ausbildungscontrollings weiterentwickelt worden. Auf die in mehreren Schritten erweiterte Datenbank-Software DACOL sei schliesslich die von der Beschwerdeführerin mit "openCONTROL" bezeichnete Applikation ge-

folgt. In der derzeitigen Entwicklungsstufe sei sie von der Armeeführung für das Ausbildungscontrolling aller Teilstreitkräfte vorgegeben.

Weiter weist die Beschwerdeführerin darauf hin, ihre Aufgaben im Zusammenhang mit der Entwicklung von "openCONTROL" umfassten auch die Konzeption und Durchführung von Schulungen von Armeeangehörigen, die Vor-Ort-Unterstützung bei Einführungen, den Betrieb einer Hotline und die Unterstützung des Betriebs.

Sie sei nicht nur für die Luftwaffe im Bereich Ausbildungssysteme tätig. So habe sie für das Heer eine generische Ausbildungsdatenstruktur entwickelt, welche später auch in "openCONTROL" Niederschlag gefunden habe. Für denselben Auftraggeber seien zwei Pilotprojekte gefolgt, in welchen die Truppentauglichkeit eines Ausbildungscontrolling-Systems erprobt worden sei. Weiter habe sie im Jahr 2005 im Auftrag der armasuisse eine Systemarchitektur für eLearning und in der Folge eine entsprechende Schnittstelle zu "openCONTROL" entwickelt. Schliesslich sei im Jahr 2007 für die Führungsunterstützungsbasis (FUB VBS) Software für eine mobile Erfassungsinfrastruktur (Pocket PC Offline-Client) zur Erfassung von Ausbildungsergebnissen entwickelt worden.

Sie sei auch nach wie vor mit der Wartung von "openCONTROL" beauftragt. Unter dem Wartungsvertrag vom 4. April 2007 habe sie im Jahr 2009 Regieleistungen erbracht und ausgewiesen. Im selben Jahr habe sie weitere Unterstützungsleistungen im Bereich "openCONTROL" in Form von WK-Tagen eines Mitarbeiters erbracht.

Die Applikation "openCONTROL" werde heute unter der Bezeichnung "openCONTROL+" weitergeführt. Gemäss telefonischer Bestätigung des für Datenbanken und Controlling im Bereich Ausbildungsführung zuständigen (in der Beschwerdeschrift namentlich genannten) Mitarbeiters des verantwortlichen Luftwaffenstabes vom 1. April 2009 entspreche "openCONTROL+" inhaltlich eins zu eins der von ihr entwickelten Applikation "openCONTROL". Die neue Bezeichnung trage dem Umstand Rechnung, dass das heutige "openCONTROL+" auf Stufe Verteidigung gehoben worden sei und vom Führungsstab der Armee (J7), welcher für die Luftwaffe und das Heer für das Ausbildungscontrolling zuständig sei, weiter betreut werde.

3.4.3 Die Vergabestelle bestreitet demgegenüber die Eignung der Beschwerdeführerin zur Ausführung des Auftrags. Diese verfüge weder

über die erforderlichen Lizenzen der Software "" noch über das nötige Know-how zur Weiterentwicklung und Betreuung des Systems "openCONTROL+". "openCONTROL" und "openCONTROL+" seien völlig verschiedene Informatiksysteme, welche ausser einem gemeinsamen Zweck – dem der Ausbildungskontrolle – keine wesentlichen Gemeinsamkeiten aufwiesen. Die beiden Systeme basierten auf unterschiedlicher Software, böten eine sich nur teilweise überschneidende Funktionalität und hätten einen anderen logischen Aufbau. "openCONTROL+" diene zudem als Basis für die Implementierung verschiedener Projekte.

3.4.4 Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin somit im Wesentlichen mit dem Argument fehlender Lizenzen bezüglich der Software "A._____" und mangelnden Know-hows betreffend "openCONTROL+".

Die Beschwerdeführerin zeigt demgegenüber unter Verweis auf die von ihr entwickelte Applikation und die Möglichkeit, diese flächendeckend einzuführen, prima facie eine mögliche Alternative zu "openCONTROL+" auf. Gleichzeitig legt sie auch dar, dass sie insbesondere angesichts ihres Dienstleistungsspektrums, ihrer bereits für das VBS abgewickelten Aufträge und ihrer Betriebsgrösse in der Lage wäre, das hier in Frage stehende Projekt zu übernehmen.

3.5 Im vorliegenden Fall lässt sich daher nicht ohne weiteres ausschliessen, dass die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Zuschlag besonders berührt ist und daher über das gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG notwendige schutzwürdige Interesse verfügt, um zur Beschwerdeführung berechtigt zu sein.

3.6 Auf Grund der hier vorzunehmenden summarischen Prüfung ist daher nicht davon auszugehen, dass auf die Beschwerde offensichtlich nicht einzutreten wäre; zumal auch Frist und Form der Beschwerde gewahrt sind (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt wurde (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.

Laut SHAB Nr. 161 vom 21. August 2009 hat der Zuschlag vom 11. August 2009 einen Dienstleistungsauftrag unter dem Projekttitel "Fachapplikation inkl. Change Management und DL-Zentrum zur Unterstützung des FST A im Bereich der Ausbildungsführung für die Jahre 2009-2012" zum Gegenstand. Der Zuschlag erfolgte gestützt auf

Art. 13 Abs. 1 lit. c und f VoeB im freihändigen Verfahren. Im Folgenden muss zunächst mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden, ob sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die entsprechenden Leistungen hätten öffentlich ausgeschrieben werden müssen, aufgrund der vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet erweist (vgl. dazu oben E. 2.2).

4.1 Im Anwendungsbereich des BoeB hat die Vergabebehörde die nachgefragten Leistungen grundsätzlich öffentlich auszuschreiben, während eine freihändige Vergabe nur unter den in Art. 13 Abs. 1 VoeB abschliessend aufgeführten Voraussetzungen zulässig ist (Entscheid der BRK 1999-005 vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in VPB 64.8, E. 1b/aa mit Hinweisen, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.1; vgl. auch GATT-Botschaft 2, S. 1189). Die Begründung für diese Erlaubnis zur freihändigen Vergabe in Art. XV ÜoeB bzw. Art. 13 Abs. 1 VoeB liegt in der Anerkennung der Tatsache, dass die Kosten der durch das Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung zu gewährleisten Herstellung der Wettbewerbssituation und der Transparenz unter besonderen Umständen höher sein können als der Vorteil, der durch die offene Ausschreibung erreicht wird (SUE ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, The Hague/London/New York 2003, S. 281; vgl. auch CHRISTOPH MEYER, *Freihändige Vergabe im Beschaffungsrecht*, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2005, S. 716 ff., S. 717 f.). Der Konflikt zwischen den Zielsetzungen des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB) einerseits und der Stärkung des Wettbewerbs (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b BoeB) andererseits (siehe dazu generell MARTIN BEYELER, *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 30) wird hier zugunsten der Wirtschaftlichkeit der Vergabe entschieden.

4.2 Die abschliessend aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden mit anderen Worten einen numerus clausus, gleichgültig, wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für freihändige Vergaben sein mögen ("no matter what the justification"; ARROWSMITH, a.a.O., S. 282). Da es sich um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegen (Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 4a mit Hinweisen, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom

2. Juli 2009 E. 4.2; vgl. auch Committee on Government Procurement, Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim, panel report adopted 13 May 1992, BISD 40S/319, para. 2.5; siehe auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., N. 157; insoweit kritisch ARROWSMITH, a.a.O., S. 282 f.). Die Beweislast für das Vorliegen der geltend gemachten Voraussetzungen liegt bei der Vergabestelle (Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41, E. 4b mit Hinweis; ARROWSMITH, a.a.O., S. 282). So hält etwa RECHSTEINER mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB fest, die Vergabestelle müsse nachweisen, dass es keine angemessene Alternative oder keine Ersatzware gibt, welche ihren Beschaffungsbedarf decken kann (PETER RECHSTEINER, Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 36 ff., S. 40).

5.

5.1

5.1.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB kann die Auftraggeberin den Auftrag unter anderem direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Dieser Ausnahmetatbestand beruht seinerseits auf Art. XV Ziff. 1 lit. b ÜoeB (vgl. zum Ganzen den Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41, E. 4b mit Hinweisen). Die genannten Voraussetzungen müssen, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt, kumulativ erfüllt sein. Die zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen müssen tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können, und zusätzlich darf keine angemessene Alternative oder Ersatzware zur Verfügung stehen (RECHSTEINER, a.a.O., S. 40). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann der bisherige Anbieter den Auftrag nicht für sich beanspruchen, auch wenn mit einer direkten Vergabe aufgrund von ihm bereits erbrachter gleichartiger Leistungen gewisse Vorteile verbunden sind (vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. März 2001, veröffentlicht in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, AGVE 2001, S. 311 ff., E. II.1c/cc/ccc in fine S. 319).

5.1.2 Die Vergabestelle führt unter Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB aus, die Lösung "openCONTROL+" stelle ein kohärentes Gesamtsystem dar. Sie basiere auf dem Framework "B._____" und

der Applikation "A._____", welche im Eigentum der Zuschlagsempfängerin stünden. Die proprietäre Software "A._____" bilde das Kernstück, auf welchem alle in den letzten beiden Jahren entstandenen Zusatzentwicklungen von "openCONTROL+" aufbauten. Aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums komme für die Weiterentwicklung der proprietären Software sowie der damit verbundenen konnexen Dienstleistungen nur die Zuschlagsempfängerin in Frage.

Eine vollständige Neuentwicklung des Gesamtsystems durch einen anderen Anbieter wäre nach Auffassung der Vergabestelle zudem mit enormem zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden. Die Applikation "openCONTROL+" sei bereits heute auf die Ausbildungsprozesse ausgerichtet. Der Umstellungsaufwand dürfte nach Ansicht der Vergabestelle ein Mehrfaches des vorgesehenen IT-Aufwandes ausmachen.

Die funktionalen, technischen und sicherheitsrelevanten Anforderungen könnten mit dem System "openCONTROL" nicht mehr erfüllt werden. Dieses nähere sich nach rund zehn Jahren dem Ende seines technologischen Lebenszyklus. Es habe sich denn auch gezeigt, dass eine komplette Neuentwicklung erforderlich wäre. Für die Weiterentwicklung des Ausbildungscontrollings gebe es somit keine angemessene Alternative zur Offerte der Zuschlagsempfängerin.

5.1.3 Die Vergabestelle behauptet in ihrer Eingabe zwar, es gäbe keine "angemessene" Alternative zur Offerte der Zuschlagsempfängerin. Dabei weist sie im Wesentlichen auf die aus ihrer Sicht bestehenden Nachteile von "openCONTROL", auf den zeitlichen und finanziellen Aufwand, den eine vollständige Neuentwicklung mit sich bringen würde, sowie auf immaterialgüterrechtliche Probleme hin, die sich, falls der Auftrag nicht an die Zuschlagsempfängerin ginge, im Zusammenhang mit dem Framework "B._____" und der Applikation "A._____" ergeben könnten.

Dass und inwiefern es zum System "openCONTROL+" bzw. zur Erfüllung des hier zur Diskussion stehenden Dienstleistungspakets zum Angebot der Zuschlagsempfängerin effektiv keine "angemessene" Alternative gäbe, ist für das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der hier vorzunehmenden summarischen Prüfung aber weder auf Grund der recht knappen, wenig substantiierten Ausführungen der Vergabestelle, noch auf Grund der übrigen Akten ohne Weiteres erkennbar; zumal die Vergabestelle in ihrer Darstellung des Sachverhalts selber dar-

auf hinweist, dass sie noch im Jahr 2008 für eine "Personenbeistellung" in einem "unterhalb der WTO-Schwelle liegenden Einladungsverfahren" Offerten bei **drei** möglichen Lieferanten – nämlich bei der Beschwerdeführerin, bei der Zuschlagsempfängerin und bei einem weiteren Unternehmen – einholte.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB prima facie nicht als offensichtlich unbegründet.

5.2

5.2.1 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. f VoeB ist eine freihändige Vergabe ausnahmsweise zulässig, wenn die Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder bereits erbrachten Dienstleistungen gewährleistet ist. Dabei gilt im Rahmen von Art. XV Ziff. 1 lit. d ÜoeB als vereinbart, dass zu ergänzende "bestehende Anlagen" Software soweit umfassen, als die Erstbeschaffung der Software dem ÜoeB unterlag (Fn. 8). Als Voraussetzung der Anrufung dieses Ausnahmetatbestandes wird verlangt, dass die früher bezogenen Leistungen, mit welchen die Austauschbarkeit gewährleistet werden soll, in einem dem massgeblichen Auftragswert entsprechenden Verfahren vergeben wurden (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 6.1 mit Hinweisen).

5.2.2 Unter dem Titel "Anwendung von Art. 13 Abs. 1 lit. f VoeB" wiederholt die Vergabestelle im Wesentlichen nur den Text der Verordnungsbestimmung. Sie begründet jedoch nicht, weshalb bzw. inwiefern einzig eine Vergabe an die Zuschlagsempfängerin die Austauschbarkeit mit der vorhandenen Software und den darauf basierend bereits erbrachten Dienstleistungen gewährleisten soll.

An anderer Stelle führt die Vergabebehörde aus, im Rahmen einer internen Überprüfung vor dem Entscheid, die Software zu wechseln, sei festgestellt worden, dass "openCONTROL" nicht den technischen Anforderungen der Server-Plattform TITAN der FUB A entspreche. Das System "openCONTROL" habe sich zudem als zu kompliziert und nicht bedienerfreundlich erwiesen, weshalb tiefgreifende Änderungen bzw. Neuentwicklungen nötig gewesen wären, wenn es für die armeeweite Einführung hätte tauglich gemacht werden sollen.

Als Konsequenz der entsprechenden Voranalyse sei dann eine "Personenbeistellung" initiiert worden, um die bestehenden Prozesse weiterzuentwickeln. Hierzu seien bei drei Lieferanten, darunter die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin, Offerten eingeholt worden. Letztere habe im Jahr 2008 den Zuschlag für die "Personenbeistellung" in diesem unterhalb der WTO-Schwelle liegenden Einladungsverfahren erhalten. Ausschlaggebend seien insbesondere ihre erheblich günstigeren Stundenansätze sowie ihr Know-how gewesen. Im Verlauf der "Personalbeistellung" habe die Zuschlagsempfängerin die Software "A._____" präsentiert. Daraufhin sei seitens der Luftwaffe entschieden worden, dass die nächsten Entwicklungsschritte auf dieser Software basieren sollten. Das auf dem Framework "B._____" und der Applikation "A._____" der Zuschlagsempfängerin basierende System "openCONTROL+" sei von dieser von Grund auf neu entwickelt und in der Folge für die Bedürfnisse der gesamten Armee optimiert worden.

5.2.3 Die Beschwerdeführerin erklärt demgegenüber, die Software bestehe nach wie vor in der von ihr entwickelten Form. Die Zuschlagsempfängerin habe keine Weiterentwicklung von "openCONTROL" vorgenommen, weshalb sie, die Beschwerdeführerin selbst, als ursprüngliche Anbieterin zu gelten hätte. Weiter mutmasst sie, ein grosser Teil des Auftrags dürfte nebst Anpassungen an der Applikation darin bestehen, Dienstleistungen im Bereich der Einführung der Software bei der Truppe (Schulungen und Unterstützung der Anwender im Betrieb) zu erbringen. Vorliegend gehe es somit um Dienstleistungen, welche ohne Weiteres von zahlreichen anderen IT-Anbieterinnen erbracht werden könnten.

5.2.4 Bei einer ersten Würdigung der materiellen Rechtslage aufgrund der vorhandenen Akten erscheint das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes von Art. 13 Abs. 1 lit. f VoeB zumindest zweifelhaft. Die Vergabebehörde vermag den entsprechenden, ihr obliegenden Beweis – jedenfalls einstweilen – nicht zu erbringen. Ihre Ausführungen, insbesondere zur "Personenbeistellung" bzw. "Personalbeistellung", rufen bezüglich der Frage, ob der hier zu beurteilende Auftrag effektiv lediglich als Folgebeschaffung eines beschaffungsrechtskonform vergebenen Erstauftrages anzusehen ist, viel eher Bedenken hervor, als sie solche zu beseitigen vermöchten. Gleiches gilt für die Mitteilung der Vergabestelle, die vom Bundesverwaltungsgericht angeforderte Einladung zur Offertstellung in Sachen "Personenbeistellung" existiere nicht, da die

entsprechenden Offerten mündlich angefragt worden seien. Auch wecken der Hinweis der Vergabestelle, "openCONTROL" und "openCONTROL+" hätten einen gemeinsamen Zweck, nämlich die Ausbildungskontrolle, sowie das Argument der Beschwerdeführerin, wonach sie selbst als ursprüngliche Anbieterin im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. f VoeB gelten müsste, prima facie Zweifel am Vorhandensein bzw. an der korrekten Anwendung dieses Ausnahmetatbestandes.

5.2.5 Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Beschwerde aufgrund einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage gestützt auf die vorhandenen Akten auch im Lichte von Art. 13 Abs. 1 lit. f VoeB nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

6.

Unter diesen Umständen ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Zuschlags sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (siehe dazu vorangehende E. 2.2).

6.1 Die Beschwerdeführerin erklärt, sie habe verständlicherweise grosses Interesse daran, den Auftrag auszuführen und "ihre" Applikation flächendeckend einzuführen sowie allenfalls weiterzuentwickeln. Neben ihr selbst kämen weitere Anbieterinnen von Informatikdienstleistungen für die Ausführung des Auftrags in Frage. Es sei mithin auch deren Interesse zu berücksichtigen, dass der Zuschlag aufgehoben und ein korrektes Vergabeverfahren durchgeführt werde. Für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung spreche überdies das Interesse an der Durchführung rechtskonformer Vergabeverfahren.

Die Applikation "openCONTROL" diene dem Ausbildungscontrolling. Darin würden für die militärischen Funktionen und Formationen Leistungsprofile und Ausbildungsvorgaben erfasst. Weiter unterstütze die Applikation die Planung und Durchführung der Ausbildungen sowie die Überprüfung des Ausbildungserfolgs. Als Grundlage für eine laufende Optimierung der Ausbildung könne die Armee verschiedenste Auswertungen erstellen. Die Applikation "openCONTROL" bzw. "openCONTROL+" sei derzeit in der Form im Einsatz, wie sie die Beschwerdeführerin in erster Linie für die Luftwaffe entwickelt habe. Der Auftrag dürfte denn auch grösstenteils nicht einer inhaltlichen Weiterentwicklung des Programmes dienen, sondern vielmehr der flächendeckenden Einführung auch in anderen Teilen der Armee (nachdem die Applikati-

on bislang hauptsächlich bei der Luftwaffe eingeführt worden sei). Durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung fielen somit keine Zusatzkosten an.

Auch bestehe keine zeitliche Dringlichkeit für die Einführung. Dass im Zusammenhang mit der Ausdehnung eines einheitlichen Ausbildungscontrollings auf die gesamte Armee ein grösserer Dienstleistungsauftrag zu vergeben sein würde, sei dem VBS seit längerem bekannt. Im Sommer 2008 habe die Luftwaffe darauf gedrängt, einen Vertrag betreffend Change Management "openCONTROL" mit der Beschwerdeführerin aufzuheben, um die so frei werdenden Mittel für den kommenden Beschaffungsauftrag freizuspielen. Der Leiter Ausbildungscontrolling des zuständigen Luftwaffenstabes habe gegenüber der Beschwerdeführerin bereits zu diesem Zeitpunkt von einer WTO/GATT-Ausschreibung gesprochen, welche voraussichtlich 2009 durchgeführt werden würde. Mithin habe seitens des VBS genügend Vorlaufzeit bestanden, um eine solche Ausschreibung vorzubereiten. Dringlichkeit werde von der Vergabestelle denn auch nicht als Ausnahmegrund i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. d VoeB angerufen.

6.2 Die Vergabestelle beruft sich dagegen auf überwiegende öffentliche Interessen in Form zeitlicher Dringlichkeit. Sie begründet diese zunächst mit dem Argument der Unfallvermeidung. Eine erhebliche Anzahl von Unfällen gehe auf den fehlerhaften Umgang mit Material oder auf falsche Lage- bzw. Risikobeurteilungen aufgrund mangelnder Ausbildung zurück. "openCONTROL+" könne in diesem Bereich in Zukunft ein wichtiges Instrument zur Qualitätssicherung bilden. Ein entsprechendes Controlling und eine rasche armeeweite Umsetzung der Erkenntnisse aus Unfällen könnten erheblich dazu beitragen, die Zahl von schweren Unfällen zu senken und dadurch Leib und Leben der Armeeangehörigen besser zu schützen.

Sodann bestehe zeitliche Dringlichkeit im Hinblick auf Entscheide der Armeeführung. Per 1. Januar 2011 seien gemäss Befehl für die Grundbereitschaft der Armee neue Vorgaben in der Ausbildung einzuhalten. Die Steuerung und Durchsetzung dieser komplexen Vorgaben setze ein armeeweites Ausbildungscontrolling voraus. Zudem sei das bestehende Ausbildungscontrolling im Heer gestoppt worden. Bei einem Zuzuwarten mit der Einführung des neuen Ausbildungscontrollings fehle dem Heer ein entsprechendes System zur Erfüllung ihres Auftrags.

Weiter könnten mit einer raschen und flächendeckenden Einführung von "openCONTROL+" Doppelspurigkeiten in der Ausbildung vermieden sowie erhebliche personelle und finanzielle Ressourcen eingespart werden. Alleine für die Luftwaffe ergebe sich ein Einsparungspotenzial von Fr. 3,84 Mio. pro Jahr. Man könne davon ausgehen, dass die Einsparungen bei einer armeeweiten Einführung massiv höher seien, was in Zeiten der Finanzknappheit von überragender Bedeutung sei. Ausserdem bestünden Einsparpotenziale bei der Vermeidung von speziellen Insellösungen (z.B. mit Excel oder Access) in den verschiedenen Verbänden und Formationen der Armee. Das Projekt "openCONTROL+" weise zahlreiche Schnittstellen zu derzeit laufenden anderen Vorhaben auf, weshalb eine Verzögerung einen Dominoeffekt mit Kostenfolgen auslösen würde.

Mit der zunehmenden Technisierung der Armee habe die systematische und lückenlose Ausbildung in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Ein effizientes Ausbildungscontrolling habe hohe Priorität erlangt. In der Vergangenheit seien bereits grosse Anstrengungen zur Einführung eines armeeweiten Ausbildungscontrollings unternommen worden. Weder "openCONTROL" noch verschiedene andere Projekte in diesem Bereich hätten sich aber als für einen armeeweiten Einsatz geeignet erwiesen. Erst mit "openCONTROL+" stehe eine Lösung zur Verfügung, welche diese Bedürfnisse abdecken könne.

Aufgrund des grossen Kostendrucks sei es von zentraler Wichtigkeit, dass die vorhandenen Ressourcen so rasch wie möglich gezielt für die Schliessung von Ausbildungslücken in der Grundbereitschaft verwendet würden. Das Ausbildungscontrolling liefere dazu die notwendigen Grundlagen. Aus diesem und den oben genannten Gründen habe sich die Armeeführung veranlasst gesehen, ein armeeweites Ausbildungscontrolling bis spätestens Ende 2012 einzuführen. Eine rechtzeitige Realisierung könne im Fall eines raschen Vertragsabschlusses derzeit noch erreicht werden. Im Fall der Gewährung der aufschiebenden Wirkung wäre eine fristgerechte Abwicklung hingegen nicht mehr möglich. Die Dringlichkeit der Realisierung wäre daher nicht von der Vergabestelle zu verantworten.

6.3 Dass die Vergabestelle an der raschen Einführung eines effizienten armeeweiten Ausbildungscontrollings interessiert ist, mag zwar verständlich sein. Bei den Aspekten, die sie unter dem Titel der zeitli-

chen Dringlichkeit ins Feld führt, handelt es sich aber um Probleme resp. Problemfelder, die wohl nicht kurz-, sondern eher längerfristig anzugehen sind. Dies gilt insbesondere für die Vermeidung von Unfällen, die Beseitigung von Doppelspurigkeiten in der Ausbildung, die Schliessung von Ausbildungslücken, die Optimierung von Schnittstellen und mögliche Kostenreduktionen. Diesbezügliche Lösungen zu finden ist kaum eine Frage von wenigen Wochen oder Monaten, wie sie bei der Erteilung der aufschiebenden Wirkung zusätzlich in Kauf zu nehmen wären.

Die Vergabestelle hält zudem selbst fest, eine systematische und lückenlose Ausbildung habe "in den letzten Jahren" erheblich an Bedeutung gewonnen, und ein effizientes Ausbildungscontrolling habe "hohe Priorität erlangt". Wenn sich eine Entwicklung aber über Jahre hinweg abzeichnet, können entsprechende Massnahmen auch parallel bzw. mit angemessenem zeitlichem Vorlauf in die Wege geleitet werden, ohne dass unvermittelt Dringlichkeit eintritt. Insofern hätte die Vergabestelle eine allfällige Dringlichkeit selbst zu vertreten.

Ob und gegebenenfalls inwiefern die von der Vergabestelle als Grund für die angebliche Dringlichkeit vorgebrachten Punkte anlässlich der Interessenabwägung überhaupt zu berücksichtigen wären, weil sie effektiv in einem kausalen Zusammenhang mit der Softwareapplikation für das Ausbildungscontrolling stehen, erscheint ohnehin fraglich. So mag die Software zwar mit Blick etwa auf die Unfallvermeidung hilfreich sein, doch dürfte sie kaum ausschlaggebend sein, um (kurzfristig) die Zahl schwerer Unfälle zu senken und dadurch Leib und Leben der Armeeangehörigen besser zu schützen.

Als gewichtige öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind demgegenüber jedoch das Interesse an einer gesetzeskonformen Vergabe des Dienstleistungsauftrages sowie dasjenige an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Letzteres geht mit dem Interesse der Beschwerdeführerin an der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, einher. Diese Interessen überwiegen im vorliegenden Fall, zumal ein öffentliches Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides nicht überzeugend dargelegt wurde.

7.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entsprechen ist.

Über das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin sowie deren Antrag um Erteilung der Möglichkeit der Beschwerdeergänzung kann demnach zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden.

8.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Eine Kopie des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 22. September 2009 geht zur Kenntnisnahme an die Vergabestelle.

Eine Kopie des mit 29. September 2009 datierten Schreibens der Vergabestelle geht, ebenso wie eine solche des durch deren Rechtsvertreter verfassten Schreibens vom 6. Oktober 2009, zur Kenntnisnahme an die Beschwerdeführerin.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen. Der Beschwerde wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

3.

Über das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin sowie deren Antrag, es sei ihr nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen, wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.

4.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein, Beilagen gemäss Dispositiv Ziff. 1; vorab per Fax, ohne Beilagen)

- die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB No. 161; Einschreiben mit Rückschein, Beilage gemäss Dispositiv Ziff. 1; vorab per Fax, ohne Beilage)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post, auszugsweise)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, angefochten werden.

Versand: 15. Oktober 2009