



Abteilung II
B-7062/2017

Urteil vom 22. August 2019

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb und Dr. Martin Zobl,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt (17061) 704 ASALfutur,
SIMAP-Meldungsnummer 996173,
SIMAP-Projekt-ID 157918.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 11. Juli 2017 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP einen Dienstleistungsauftrag gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 72000000 ("IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung") und CPV 72600000 ("Computerunterstützung und -beratung") mit dem Projekttitel "(17061) 704 ASALfutur" des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (im Folgenden: SECO oder Bedarfsstelle), im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 976277; Projekt-ID 157918).

Der Beschaffungsgegenstand wurde im detaillierten Aufgabenbeschrieb wie folgt umschrieben (Ausschreibung, Ziff. 2.6):

"Das Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung (ALV) und die Insolvenzenschädigung sowie das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih verpflichten das SECO zum Betrieb von Informationssystemen zum Vollzug der ALV und zur Unterstützung der Arbeitsvermittlung. Das aktuelle System ASAL zur Auszahlung von Leistungen der ALV muss abgelöst werden, da Ausbauten nur noch mit Einschränkungen möglich sind, viele nicht umgesetzte Anforderungen existieren sowie die Ziele der ALV mit der aktuellen Lösung nicht mehr erreicht werden können. Mit dem Projekt ASALfutur wird eine Modernisierung und Digitalisierung der heutigen Lösung angestrebt. Mit der vorliegenden Ausschreibung wird ein Anbieter gesucht, welcher die neue ASAL Lösung umsetzt, einführt sowie deren Wartung, Support und Weiterentwicklung sicherstellt. Grundleistung: Proof of Concept und Detailspezifikation."

Die Ausschreibung listete 52 Eignungskriterien und -nachweise sowie acht Zuschlagskriterien auf (Ausschreibung, Ziff. 3.7 f., Ziff. 2.10). Es waren weder Varianten noch Teilangebote zugelassen (Ausschreibung, Ziff. 2.11 und 2.12). Die Angebote waren bis zum 15. September 2017 einzureichen (Ausschreibung, Ziffer 1.4). Das Projekt "(17061) 704 ASALfutur" sollte im Zeitraum vom 1. Dezember 2017 bis zum 31. Dezember 2029 ausgeführt werden, wobei die Laufzeit nach Ziffer 2.8 aufgeteilt war in einen Grundauftrag (1. Dezember 2017 bis 30. Juni 2018) und in Optionen (1. Juli 2018 bis 31. Dezember 2029; Ausschreibung, Ziff. 2.8 und 2.9).

A.b In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der X. _____ AG.

A.c Die X. _____ AG wandte sich mit Schreiben vom 21. September 2017 an die Vergabestelle und bemängelte verschiedene Punkte in den Projektunterlagen, bezüglich derer sie geltend machte, dass sie sich auf sie als Anbieterin diskriminierend auswirkten. Diese Mängel seien nicht auf den ersten Blick offensichtlich, sondern erst im Lauf der Ausarbeitung des Projekts feststellbar gewesen.

B.

Am 24. November 2017 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Mel-dungsnummer 996173), dass sie den Zuschlag zum Preis von Fr. 107'966'638.– (exkl. MWSt., inkl. Optionen) an die Y. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilt habe. Die Vergabestelle begrün-dete den Zuschlagsentscheid damit, dass die Zuschlagsempfängerin hin-sichtlich der qualitativen Anforderungen und des Preises überzeugt habe. Die beiden weiteren Angebote hätten die formellen oder Musskriterien nicht erfüllt (Zuschlagsverfügung, Ziff. 3.3).

C.

Gegen diese Verfügung erhebt die X. _____ AG (im Folgenden: Be-schwerdeführerin) mit Eingabe vom 14. Dezember 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der an die Firma Y. _____ AG ergangene Zuschlag sei aufzuheben.
2. Die Firma Y. _____ AG sei vom Beschaffungsverfahren auszuschliessen.
3. Die Sache sei an die Vergabestelle zur Neu beurteilung zurückzuweisen.
4. Eventualiter zu Ziffer 3: Das Beschaffungsverfahren sei abzubrechen und in rechtskonformer Weise neu auszuschreiben, sofern die Vergabestelle am Beschaffungsgegenstand festhält.
5. Subeventualiter zu Ziffer 1-4 sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfü-gung festzustellen.
6. Es sei der X. _____ AG vollständige Einsicht in die Akten des Beschaf-fungsverfahrens zu gewähren, inklusive der Akten hinsichtlich der Vorberei-tung der Ausschreibung und der Erarbeitung der beiden, in den Ausschrei-bungsunterlagen erwähnten Prototypen.
7. Es sei der X. _____ AG nach Gewährung der Akteneinsicht die Möglich-keit zu geben, die vorliegende Beschwerde zu ergänzen.
8. Der vorliegenden Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu gewähren und die aufschiebende Wirkung sei superprovisorisch zu verfügen.
9. Die Kosten des Verfahrens seien der Vergabestelle aufzulegen und der X. _____ AG eine Entschädigung für die Verfahrenskosten zu bezahlen."

In der Begründung ihrer Beschwerde substantiiert die Beschwerdeführerin ihre Akteneinsichtsbegehren näher. Die Beschwerdeführerin kritisiert im Wesentlichen, die Ausschreibung sei zwar als neutral hinsichtlich der ver-wendeten IT-Architektur bezeichnet worden (JAVA, IBM, SAP), doch habe

aufgrund der Auswahl der Eignungskriterien und technischen Spezifikationen eine klare Präferenz der Vergabestelle für eine SAP Lösung vorgelegen. Eine JAVA-Anbieterin oder IBM-Anbieterin werde bei einer derart grossen Anzahl von auf SAP ausgerichteten Eignungskriterien kaum je alle davon erfüllen. Es mache den Anschein, dass die Ausschreibung auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten worden sei, da einzig die Zuschlagsempfängerin, eine bestehende Lieferantin des SECO, sämtliche Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfüllt habe. Die Ausschreibung sei diskriminierend ausgestaltet, zudem habe auch die Zuschlagsempfängerin ein Eignungskriterium (EK23) nicht erfüllt und hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Erteilung des Zuschlags an die Zuschlagsempfängerin sei daher unzulässig gewesen. Die Beschwerdeführerin verweist im Weiteren darauf, dass sie die Stundensätze bei den Optionen 04a und 04b auf null gesetzt habe, weil diese Stundenaufwände im Rahmen der Wartungspauschale bereits abgedeckt seien. Unverhältnismässig sei daher der Ausschluss der Beschwerdeführerin mit der Begründung, sie habe kein Angebot für die Optionen 04a und 04b eingereicht. Ferner kritisiert sie, die Vergabestelle habe dadurch, dass sie die Beteiligung der Z. _____ AG an der Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung und als Herstellerin der Prototypen nicht offengelegt habe, das Transparenzgebot verletzt. Die Vergabestelle habe das Gebot der Transparenz auch deshalb verletzt, weil sie die zwei von der Z. _____ AG entwickelten Prototypen trotz Anfrage im Fragendialog von SIMAP den interessierten Anbietern nicht zur Verfügung gestellt habe.

Ausserdem sei die Zuschlagsempfängerin vorbefasst gewesen, denn es sei zweifelhaft, ob die Z. _____ AG aufgrund ihrer Mitarbeiterstruktur die Prototypen wirklich alleine entwickelt habe. Es sei wahrscheinlich, dass Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hätten, da ihre Mitarbeiter mit der Wartung eines Teils des bestehenden Verwaltungssystems betraut seien. Die Zuschlagsempfängerin hätte auch deshalb ausgeschlossen werden müssen. Überdies liege eine Vorbefassung auch darin, dass die Zuschlagsempfängerin die Wartung und den Support für einen wichtigen Teil des bestehenden Verwaltungssystems erbringe und davon ausgegangen werden müsse, dass die Zuschlagsempfängerin auf diese Weise Vorkenntnisse erhalten habe, die in keiner Weise zu Gunsten der anderen Anbieter ausgeglichen worden sei. Schliesslich habe die Vergabestelle zu Unrecht EK19 (Qualitätsmanagement) als nicht erfüllt beurteilt. Die Beschwerdeführerin verfüge über ein lauffähiges System, das zu einem gros-

sen Teil bereits die Anforderungen erfülle. Es erscheine unverhältnismäßig, ein eigenes Qualitätsmanagementsystem entsprechend dem Standard ISO 9001 oder gleichwertig für den Anbieter und alle Subunternehmer zu fordern. Die Beschwerde habe eine gute Erfolgsprognose und die Interessen der Beschwerdeführerin würden das Interesse der Vergabestelle, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits jetzt abschließen zu können, überwiegen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

D.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 15. Dezember 2017 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

E.

Mit Schreiben vom 11. Januar 2018 informierte die Zuschlagsempfängerin darüber, dass sie derzeit nicht als Beschwerdegegnerin am Verfahren teilnehmen wolle.

F.

Die Vergabestelle beantragt innert erstreckter Frist mit Stellungnahme vom 18. Januar 2018, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Vergabestelle, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung sei aufzuheben. Im Weiteren beantragt sie, die Anträge der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht und Ergänzung der Beschwerde seien einstweilen abzuweisen; eventualiter seien die Akteneinsicht und die Möglichkeit zur Ergänzung der Beschwerde erst nach dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Die Beschwerdeführerin habe im Fall der beantragten Rückweisung zur Neubeurteilung keine reelle Chance auf den Zuschlag, denn sie habe ein unvollständiges Angebot eingereicht (selbstständige Eliminierung der Optionen 04a und 04b) und darüber hinaus 27 von 52 Eignungskriterien und 25 von 47 technischen Spezifikationen nicht erfüllt. Demgegenüber hätten die Zuschlagsempfängerin alle und die dritte Anbieterin alle bis auf zwei

kommerzielle Musskriterien erfüllt. Die von der Beschwerdeführerin beantragte Rückweisung zur Neubeurteilung würde daran nichts ändern. Demnach sei für die Beschwerdeführerin, wenn der Zuschlagsentscheid antragsgemäss aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückgewiesen werde, nichts gewonnen. Der Beschwerdeführerin fehle daher ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Im Weiteren seien vorliegend keine gravierenden Verfahrensmängel ersichtlich oder von der Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht worden. Bereits im Rahmen der Eintretensfrage könne der Eventualantrag auf Abbruch des Verfahrens daher nicht berücksichtigt werden. Auf die Beschwerde könne daher nicht eingetreten werden.

Die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet. Sämtliche Rügen der Beschwerdeführerin seien entweder verspätet oder, soweit überhaupt entscheiderelevant, offensichtlich unbegründet. Bereits aus diesem Grund sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Aufgrund drohender Ausfälle des heutigen Systems und steigender Kosten dulde das Projekt keinen weiteren Aufschub. Es bestehe ein überwiegendes Interesse seitens des SECO sowie der Zuschlagsempfängerin und der Öffentlichkeit, den Vertrag abzuschliessen und das Projekt durchzuführen. Das Interesse der Beschwerdeführerin an einer weiteren Verzögerung des Vertragsschlusses erscheine nicht besonders schützenswert, zumal sie keine realistische Chance auf den Zuschlag habe.

G.

Mit Verfügung vom 23. Januar 2018 gab die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin Gelegenheit, bis zum 8. Februar 2018 die Begründung ihrer Beschwerde zu ergänzen.

H.

H.a Die Beschwerdeführerin beantragt mit Gesuch vom 31. Januar 2018, es sei ihr diese Frist um 10 Tage zu erstrecken.

H.b In der Folge erstreckte die Instruktionsrichterin die Frist zur Beschwerdeergänzung bis zum 13. Februar 2018, mit der mündlichen Auflage, die Rechtsschrift sei vorab elektronisch einzureichen. In der Folge traf innert dieser Frist weder auf elektronischem Weg noch auf dem Postweg eine Eingabe der Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein.

I.

Mit Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 wies das Gericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab.

J.

J.a Am 22. Februar 2018 traf beim Bundesverwaltungsgericht ein Schreiben der schweizerischen Botschaft für die Ukraine und Moldova in Kiev vom 15. Februar 2018 ein, mit welchem diese eine am 13. Februar 2018 bei ihr eingereichte Beschwerdeergänzung der Beschwerdeführerin übermittelte.

J.b Mit E-Mail vom 27. Februar 2018 reicht die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht eine erweiterte (finale) Fassung dieser ergänzten Beschwerde ein, datiert vom 17. Februar 2018, welche anstelle des Dokumentes vom 13. Februar 2018 zu beachten sei. Die Beschwerdeführerin stellte in dieser Eingabe ein Ausstandsgesuch gegen die Instruktionsrichterin.

J.c Die Beschwerdeführerin kritisiert mit Eingabe vom 28. Februar 2018, die aufschiebende Wirkung hätte nach Kenntnisnahme ihrer Replik per sofort wieder erteilt werden müssen. Es handle sich um Rechtsverweigerung.

Gleichentags erhob sie gegen den Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahren 2C_197/2018).

J.d Am 2. März 2018 traf die finale Fassung der ergänzten Beschwerde, datiert vom 14. Februar 2018, auf dem Postweg via die schweizerische Botschaft für die Ukraine und Moldova in Kiev beim Bundesverwaltungsgericht ein.

J.e Mit Eingabe vom 1. März 2018 beantragt die Beschwerdeführerin, der Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 sei per sofort aufzuheben und die aufschiebende Wirkung sei rückwirkend per 16. Februar 2018 wieder in Kraft zu setzen. Die Beschwerdeführerin beantragte zudem erneut den Ausstand der Instruktionsrichterin sowie neu auch den Ausstand weiterer Richter und der Gerichtsschreiberin im vorliegenden Fall.

K.

Das Bundesgericht wies mit Verfügung vom 2. März 2018 das Gesuch der

Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab (Verfahren 2C_197/2018).

L.

Mit Eingabe vom 7. März 2018 teilte die Vergabestelle mit, dass der Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen worden sei.

M.

Am 15. März 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin gestellten Ausstandsbegehren ab, soweit es darauf eintrat und sie nicht gegenstandslos geworden waren (Ausstandsverfahren B-1493/2018, B-1369/2018 und B-1202/2018).

N.

Mit Zwischenentscheid vom 27. März 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat und es nicht gegenstandslos geworden war. Zur Begründung wurde angeführt, die erst nach dem Versand des Zwischenentscheids vom 16. Februar 2018 eingegangenen ergänzten Beschwerden vom 13., 14. und 17. Februar 2018 gäben keinen Anlass für eine andere Prozessprognose.

O.

Mit Eingabe vom 16. Juli 2018 erhebt die Beschwerdeführerin in mehreren sie betreffenden Verfahren, darunter das vorliegende Beschwerdeverfahren, eine Rechtsverweigerungs-/Rechtsverzögerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt sie vor dem Hintergrund des Vertragsschlusses vom 7. März 2018 per sofort und vorsorglich, dass der Vergabestelle der Abschluss jeglicher weiterer Verträge untersagt werde. Das Bundesverwaltungsgericht überwies die Eingabe mit Schreiben vom 10. Juli 2018 (Verfahren B-4156/2018) an das Bundesgericht.

P.

Mit Verfügung vom 25. Juli 2018 trat das Bundesgericht auf das Ausstandsgesuch (Verfahren 2C_197/2018) nicht ein, und mit Urteil vom 30. Juli 2018 trat es auf die Beschwerde gegen den Zwischenentscheid vom 27. März 2018 nicht ein (Verfahren 2C_431/2018). Ferner trat es mit Urteil vom 30. Juli 2018 auf die Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwal-

tungsgerichts B-1493/2018, B-1369/2018, B-1202/2018 nicht ein (Verfahren 2C_336/2018) und schrieb mit Verfügung vom 30. Juli 2018 das Verfahren 2C_197/2018 ab.

Q.

Q.a Mit Eingabe vom 2. August 2018 erhebt die Beschwerdeführerin erneut Rechtsverweigerungs-/Rechtsverzögerungsbeschwerde beim Bundesgericht. Mit Eingabe vom 6. August 2018 an das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht beantragt sie, dass alle bisherigen Verfahren, an welchen Bundesverwaltungsrichter Marc Steiner beteiligt gewesen sei, einer Revision zu unterziehen seien.

Q.b Das Bundesgericht trat mit Urteil vom 11. September 2018 auf das Revisionsgesuch nicht ein (Verfahren 2F_15/2018).

Q.c Mit Eingabe vom 18. September 2018 (Posteingang: 2. Oktober 2018) beantragte die Beschwerdeführerin, es seien weitere Ausstandsverfahren durchzuführen, alternativ seien alle sie betreffenden Verfahren am Bundesverwaltungsgericht, darunter auch das vorliegende Verfahren "ASALfutur", zu stoppen.

Q.d Am 12. Oktober 2018 beantragte die Beschwerdeführerin erneut den Ausstand der Instruktionsrichterin und der übrigen beteiligten Gerichtspersonen, die Aufhebung verschiedener "Amtshandlungen" sowie die Auflösung des bestehenden Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin.

R.

Mit Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin ab, soweit es darauf eintrat.

S.

Mit Vernehmlassung vom 2. November 2018 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, die Eingaben der Beschwerdeführerin, namentlich die Beschwerde vom 14. Dezember 2017 sowie die Eingaben vom 13. und 17. Februar 2018 sowie die Eingabe vom 18. September 2018 seien aus dem Recht zu weisen.

T.

Mit Verfügung vom 1. März 2019 forderte die Instruktionsrichterin die

Vergabestelle auf, bis zum 1. April 2019 sämtliche Rechnungen der Z._____ AG, einschliesslich der jeweiligen Rapporte, einzureichen, soweit diese in Zusammenhang mit Dienstleistungen der Z._____ AG zur Vorbereitung der Ausschreibung beziehungsweise insbesondere zur Erarbeitung der Prototypen gestanden hätten. Weiter forderte sie die Vergabestelle auf, darzulegen, auf wessen Server die Cloud-Plattform betrieben worden sei, auf der die Prototypen entwickelt und genutzt worden seien, ob die Login-Daten für die Entwicklung und den Betrieb der Prototypen gelöscht worden seien, und falls ja, wer diese Löschung angeordnet habe, wann und warum sie angeordnet und wann sie vorgenommen worden sei.

U.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 5. März 2019 erneuert die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen, eine Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin habe im Januar 2017 erzählt, ihre Firma arbeite seit Monaten an den Unterlagen für die Ausschreibung. Die Beschwerdeführerin kritisiert unter anderem, die bei der Vergabestelle beantragten Unterlagen würden nicht den Erkenntnissen des Verfahrens entsprechen, und erneuerte mehrere ihrer bisherigen Anträge, darunter den Antrag, ein Ausstandsverfahren gegen die Instruktionsrichterin durchzuführen.

V.

Mit Zwischenentscheid vom 10. April 2019 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Eingabe vom 5. März 2019 nicht ein, soweit sie als Ausstandsbegehren zu qualifizieren sei, und auferlegte der Beschwerdeführerin sowie in solidarischer Haftung deren Geschäftsführer die Kosten des Ausstandsverfahrens sowie eine Ordnungsbusse.

W.

Mit Stellungnahme vom 15. Mai 2019 beantwortete die Vergabestelle die Fragen des Bundesverwaltungsgerichts und reichte sämtliche Rechnungen und Arbeitsrapporte der Z._____ AG ein, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Ausschreibung beziehungsweise der Erarbeitung der Prototypen gestanden seien.

X.

Die Beschwerdeführerin verlangt mit Eingabe vom 18. Juni 2019, das Verfahren sei anhand der dem Gericht vorliegenden Unterlagen schnellstmöglich mit einem Urteil zu beenden.

Y.

Mit Eingabe vom 31. Juli 2019 teilt die Vergabestelle mit, dass sie keine Einwände dagegen erhebe, dass der Beschwerdeführerin die Anzahl Personentage mitgeteilt würden, welche die Vergabestelle bei der Z. _____ AG für die Erstellung der POC ["Proof of Concept"] gemäss Vertrag über die Informatik-Dienstleistungen vom 17. Mai/26. Juli 2017 bezogen habe.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 S. 45).

1.1 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem der Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens und die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. a und b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

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

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

Angefochten ist die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 24. November 2017, gemäss welcher sie den Zuschlag an die Y. _____ AG zum Preis von Fr. 107'966'638.– (exkl. MWSt.; inkl. Optionen) erteilt hat.

Der Beschaffungsgegenstand fällt daher in den Geltungsbereich des BöB, so dass das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2018 E. 3).

1.3 Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018 und das Bundesgericht mit Verfügung vom 2. März 2018 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hatten, schloss die Vergabestelle den Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin ab.

Mit diesem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin werden die Hauptanträge der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung, Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur Neubeurteilung, eventualiter zum Abbruch des Vergabeverfahrens und zur Neuausschreibung, gegenstandslos und sind daher materiell nicht mehr zu behandeln (BVGE 2010/58, nicht publizierte E. 1.4.1 "Privatisierung Alcosuisse I" und Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 1.5.2 "Privatisierung Alcosuisse II"). Hingegen besteht stattdessen – in maiore minus – ein Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin daran, dass das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 32 Abs. 2 BöB in seinem Urteil feststelle, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletze, damit sie gestützt darauf Schadenersatzansprüche geltend machen könnte. Das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen stellt im Vergaberecht ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar, weshalb die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsbegehren nicht restriktiver sind als bei einem Beschwerdebegehren, das noch auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung gerichtet ist (BVGE 2010/58, nicht publizierte E. 1.4.2 "Privatisierung Alcosuisse I").

1.4 Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, die Zuschlagsempfängerin hätte aufgrund der Nichterfüllung des Eignungskriteriums 23 sowie aufgrund ihrer Vorbefassung ausgeschlossen werden müssen. Sie habe von einer Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin erfahren, dass diese an der Ausschreibung des Projekts mitgearbeitet habe. Auch hätten

die Ausschreibungsunterlagen ein Spezifikationsdokument enthalten, dessen Ausarbeitung ohne den Einbezug der Firma, welche für die bestehende Funktionalität des SAP-Systems verantwortlich sei, nicht möglich sei. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr eigener Ausschluss wegen der Nichterfüllung des EK19 (Qualitätsmanagement) und der Nichterfüllung von Eignungskriterien im Bereich SAP sei unverhältnismässig, denn mit diesen Eignungskriterien habe die Vergabestelle JAVA-Anbieterinnen gegenüber SAP-Anbieterinnen diskriminiert. Das Verfahren sei daher abzubrechen und auf eine Weise, die den Wettbewerb nicht auf eine Anbieterin beschränke, nochmals auszuschreiben.

Im vorliegenden Fall waren bei der Vergabestelle insgesamt nur drei Angebote eingegangen. Sowohl das Angebot der Beschwerdeführerin als auch das der dritten Anbieterin wurden ausgeschlossen, wobei der Ausschluss der dritten Anbieterin rechtskräftig geworden ist.

Ist die Eignung aller Anbieter umstritten, darf der Anspruch eines unterlegenen Anbieters auf gerichtliche Prüfung der Eignung des Zuschlagsempfängers nicht vereitelt werden, indem ihm die Legitimation abgesprochen wird. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der beschwerdeführende Anbieter die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags beantragt, was ihm allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde. Insofern hat ein ausgeschlossener Anbieter auch dann ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zuschlags, wenn er dadurch keinen direkten Zuschlag an sich selbst, sondern lediglich eine Neuausschreibung erwirken könnte (BGE 141 II 14 E. 4.7 "Monte Ceneri", vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb und vom 5. April 2016 C-689/13 PFE; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; BGE 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" m.H.).

Selbst wenn der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden wäre, so wäre daher, wenn ihrer Auffassung gefolgt und festgestellt würde, dass auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin wegen Vorbefassung hätte ausgeschlossen werden müssen, kein Angebot verblieben, dass alle formalen Anforderungen, Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfüllt hätte. In diesem Fall müsste festgestellt werden, dass die Vergabestelle das Verfahren hätte abbrechen und die Beschaffung neu ausschreiben müssen, so dass die Beschwerdeführerin Aussicht darauf gehabt hätte, dass eine Neuausschreibung erfolgt wäre, bei der sie möglicherweise erneut eine Offerte hätte einreichen können.

Auch wenn vorliegend der Vertrag zulässigerweise bereits abgeschlossen ist und nur noch eine allfällige Feststellung einer Rechtswidrigkeit Streitgegenstand ist, ist bei dieser Konstellation die Legitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen.

1.5 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.6 Auf die Beschwerde ist daher insofern einzutreten, als das Gericht die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung prüft. Soweit weitergehend, ist die Beschwerde zufolge Vertragsabschlusses gegenstandslos geworden.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Ausschreibung sei in unzulässiger Weise auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten worden. Gegenstand der Ausschreibung sei ein IT-Grossprojekt, das für viele, auch ausländische IT-Anbieterinnen hätte sehr interessant sein können. Dennoch habe ausser der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin nur eine dritte Anbieterin überhaupt am Verfahren teilgenommen. Dies zeige, dass die Ausschreibung nicht diskriminierungsfrei erfolgt sei. In der Ausschreibung seien zwar alle drei Architekturvarianten (SAP, JAVA, IBM) als gleichwertig deklariert worden, durch die weiteren Vorgaben werde aber eine SAP-Variante bevorzugt. Es liege daher keine wettbewerbsneutrale Ausschreibung vor. Beispielsweise beträfen 9 von 52 Eignungskriterien (EK35-EK43) ausschliesslich SAP-Berater in diversen Modulen, und bei den Zuschlagskriterien zu den Mitarbeitern würden für 290 von 1000 Punkten SAP-Zertifikate (12 Zertifikate) verlangt. Eine JAVA- oder IBM-Anbieterin könne bei

einer derart grossen Anzahl auf SAP ausgerichteter Eignungskriterien kaum je alle davon erfüllen. JAVA- oder IBM-Anbieter wären gezwungen, im Hinblick auf einen möglichen Zuschlag Mitarbeiter mit SAP-Qualifikationen auf Vorrat einzustellen. Dadurch seien diese Anbieter gegenüber den auf SAP-Basis arbeitenden Anbietern benachteiligt. Die Eignungskriterien seien somit nicht architekturneutral, wie in den Ausschreibungsunterlagen deklariert. Diskriminierend sei auch, dass die Neuausschreibung des Verwaltungssystems mit SAP-Teilen verknüpft worden sei, obwohl dafür keine sachliche Notwendigkeit bestanden habe. Die Beschwerdeführerin habe dies erst nach gründlichem Studium der Ausschreibungsunterlagen feststellen können. Auch seien die Mitarbeiter der Z. _____ AG, welche das Beschaffungsverfahren vorbereitet und durchgeführt hätten, SAP geprägt und nicht unabhängig gewesen. Die Folge dieser fehlenden Neutralität sei gewesen, dass einzig die bestehende Lieferantin des SECO, die Zuschlagsempfängerin, sämtliche Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfülle. Die Vergabestelle hätte das Verfahren abrechnen und auf eine Weise, die den Wettbewerb nicht auf eine Anbieterin beschränke, nochmals ausschreiben sollen.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, die Beschwerdeführerin behaupte zu Unrecht, die Ausschreibung sei auf SAP-basierte Lösungen ausgerichtet und benachteilige Anbieter, die nicht auf SAP spezialisiert seien, indem angeblich unnötige Eignungsnachweise verlangt würden. Die Vorbringen seien angesichts der vergaberechtlichen Definitionsfreiheit nicht zu hören. Gleichzeitig seien verschiedene vorbestehende und nicht zu ersetzende SAP-basierte IT-Systeme in die Planung einzubeziehen, an ASAL-futur anzubinden oder zu erweitern gewesen. Diese Vorgaben seien technisch zwingend gewesen. Dem SAP-Anteil komme aufgrund des Einbezugs und der Erweiterung der bestehenden SAP-Systeme notgedrungen eine gewisse Bedeutung zu, weshalb die Anbieter entsprechende Eignungsnachweise hätten vorlegen müssen. Es liege keine Diskriminierung bestimmter Anbieter beziehungsweise keine unzulässige Bevorzugung von SAP-Anbietern vor. Die Beanstandungen betreffend die EK35-EK43 sowie auch die Kritik an EK19 bezögen sich ausschliesslich auf angebliche Mängel der Ausschreibung selbst, die für sie von Anfang an erkennbar gewesen seien. Diesbezüglich sei die Beschwerdeführerin nicht mehr zu hören. Die Anbieter seien nach Treu und Glauben verpflichtet, zumindest offensichtliche Mängel der Unterlagen oder des Verfahrens sofort und unaufgefordert zu rügen und nicht bis zur Einreichung einer Beschwerde zuzuwarten. Die Beschwerdeführerin habe zwar mit Schreiben vom 21. September 2017 verschiedene Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen

vorgebracht. In der Beschwerde bringe sie aber weitere Beanstandungen vor, die sie bereits in einem früheren Zeitpunkt hätte vorbringen können. Diese Rügen habe die Beschwerdeführerin verwirkt, und überdies seien sie unerheblich oder unhaltbar.

2.1 Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; BVGE 2018 IV/2 nicht publizierte E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38 E. 5a). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid B-822/2010 E. 4.2 f. "Rohre für Kühlwasser" m.H.) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt aber nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11] und zum Ganzen den Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter beziehungsweise nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Zwischenentscheide B-822/2010 E. 5.1 "Rohre für Kühlwasser" m.H. und B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten" m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demge-

genüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 m.H.).

Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB) dagegen gibt dem einzelnen Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des – aus seiner Sicht – "richtigen" Produkts zu erstreiten (BVGE 2018 IV/2 nicht publizierte E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid B-822/2010 "Rohre für Kühlwasser").

2.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Eignungskriterien EK35 bis EK43 seien vergaberechtswidrig, weil sie Qualifikationen oder Erfahrung mit SAP beinhalteten und JAVA- oder IBM-Anbieter, die nicht über einen entsprechenden Personalbestand verfügten, dadurch benachteiligt würden.

Wie bereits dargelegt, dürfen Vergabebehörden technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter beziehungsweise nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Art. VI Ziff. 3 GPA). Im vorliegenden Fall waren diese von der Beschwerdeführerin beanstandeten Eignungskriterien allerdings bereits in der Ausschreibung vom 11. Juli 2017 enthalten. Die Vergabestelle führte in der Ausschreibung insgesamt 52 Eignungskriterien beziehungsweise -nachweise auf und wies darauf hin, dass diese Eignungsnachweise vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebotes bestätigt beziehungsweise beigelegt und erfüllt werden müssten, ansonsten auf die Offerte nicht eingegangen werde (Ausschreibung, Ziff. 3.8). Die Ausschreibung verlangt ausdrücklich mehrjährige Erfahrung und Fähigkeiten der angebotenen Personen in der Konzeption, Umsetzung und Einführung von SAP Finanzlösungen (EK35), von SAP Controlling Lösungen (EK36), von Konsolidierungslösungen mit SAP EC-CS (EK37), von SAP Materialwirtschafts- und Beschaffungslösungen (EK38), von SAP Vertriebslösungen (EK39), von Archivierungen von Belegen und Dokumenten über SAP ArchiveLink (EK40), betreffend SAP Benutzer- und Berechtigungswesen (EK41), von SAP ERP Entwicklungen und SAP Schnittstellen (EK42) sowie von SAP Umgebungen (EK43), die mit der umzusetzenden

Lösung im SAP Umfeld vergleichbar sind. Zum Nachweis wurden Referenzen über vergleichbare Projekte gefordert.

Nicht nur der Zuschlag, sondern auch bereits die Ausschreibung sind selbstständig anfechtbare Verfügungen (Art. 29 Bst. b BÖB). Wird die Ausschreibung nicht angefochten, erwächst sie in Rechtskraft, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; BVGE 2018 IV/6, nicht publizierte E. 2.1 "Loslimitierung Swissgrid" m.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 10.1.1 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer 504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., insb. S. 412 m.H.).

2.3 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin erstmals mit Schreiben vom 21. September 2017 an die Vergabestelle insbesondere gewisse in der Ausschreibung vom 11. Juli 2017 aufgeführte Eignungskriterien als diskriminierend kritisiert (EK19, EK35-EK43). Auch hat sie bestritten, dass die drei Architekturvarianten (SAP, JAVA, IBM) tatsächlich gleichwertig behandelt würden. Diese Eingabe erfolgte indessen nicht innert der 20tägigen Beschwerdefrist seit der Publikation der SIMAP-Verfügung. Die Ausschreibung ist daher in allen Punkten in Rechtskraft erwachsen (vgl. E. 2.4 und 2.5 hienach).

In ihrer Beschwerdeergänzung macht die Beschwerdeführerin zwar geltend, sie könne die verlangten Eignungskriterien sehr wohl auch später rügen, da nur bei Erkennen des Gesamtbildes, welches sich erst aus dem Studium der Ausschreibungsunterlagen ergebe, die bereits dokumentierten Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erklärt werden könnten. Was indessen an den Eignungskriterien, wie sie bereits in der Ausschreibung dargelegt sind, unklar sein könnte, zeigt sie nicht auf und ist auch nicht ersichtlich. So ergibt sich etwa die von der Beschwerdeführerin gerügte SAP-Lastigkeit der EK35-EK43, wie bereits dargelegt, unzweideutig aus der Ausschreibung selbst.

Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise seien vergaberechtswidrig, kann diese Rüge daher nicht mehr gehört werden. Für die Beurteilung der Eignung durch die Vergabestelle – und damit auch im Rahmen der Rechtskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht – sind die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und Eignungsnachweise verbindlich.

2.4 Hinzu kommt, dass die Offerte der Beschwerdeführerin gemäss der Evaluation durch die Vergabestelle auch andere Eignungskriterien nicht erfüllt, die keinen spezifischen SAP-Bezug aufweisen, wie die verlangte Erfahrung mit HERMES (EK05), Erfahrung mit ITIL (EK06), Sprachkenntnisse der Schlüsselpersonen (EK10-EK11) oder EK19, wonach die Anbieterin ein eingeführtes Qualitätsmanagementsystem ISO 9001 oder gleichwertig besitzen müsse (EK19).

In ihrer Beschwerdeergänzung vom 17. Februar 2018 macht die Beschwerdeführerin erstmals geltend, diese Evaluation sei unzutreffend, denn sie erfülle diese Eignungskriterien. Allerdings legt sie dabei nicht konkret dar, dass sie die in der Ausschreibung verlangten Nachweise zu EK05, EK06 und EK19, deren Fehlen im Evaluationsbericht bemängelt wurde, erbracht habe. Auch bezüglich der für den Umsetzungsprojektleiter, die Teilprojektleiter und Berater beziehungsweise den Service Manager und die in Wartung und Support eingesetzten Mitarbeiter verlangten Sprachkenntnisse (EK10 und EK11) führt sie lediglich Angaben aus insgesamt zwei Lebensläufen an.

Die Beurteilung durch die Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin diese Eignungskriterien nicht erfülle, ist daher nicht zu beanstanden.

2.5 Die Nichterfüllung von Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters. Ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht kompensiert werden, weder durch bessere Erfüllung von Zuschlagskriterien, noch durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 "Mehreignung"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

2.6 Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle zum Schluss kam, die Offerte der Beschwerdeführerin sei bereits deswegen auszuschliessen, weil sie verschiedene Eignungskriterien nicht erfülle.

2.7 Bei diesem Zwischenergebnis brauchen die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin, soweit sie sich auf die Erfüllung weiterer Eignungskriterien, formaler Kriterien oder technischer Spezifikationen durch ihre Offerte oder auf die Bewertungskriterien und deren Anwendung durch die Vergabestelle beziehen, nicht weiter geprüft zu werden. Auf die Abnahme der von der Beschwerdeführerin angebotenen Beweismittel, insbesondere auch auf die Einholung von Expertisen, zu diesen Fragen ist daher in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

3.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Zuschlagsempfängerin habe nicht alle Eignungskriterien erfüllt und hätte ihrerseits ausgeschlossen werden müssen. Es sei nicht möglich, dass die Zuschlagsempfängerin das EK23 (Wartung, Support und Weiterentwicklung der Lösung während mindestens 10 Jahren ab Gesamtabnahme des Basisreleases) erfüllen könne, da sie keine Rechte an den Standardsoftwarekomponenten von SAP und anderen Produkten habe. Diese Rechte lägen bei SAP und die üblichen Lizenzverträge würden dem Lizenznehmer keine Weiterentwicklung der Basissoftware gestatten. Die Zuschlagsempfängerin könne daher nicht alle EK erfüllt haben, und die Vergabestelle habe die Eignung der Zuschlagsempfängerin zu Unrecht bejaht.

Die Vergabestelle bringt vor, die Zuschlagsempfängerin habe sämtliche erforderlichen Garantien für den Betrieb der von ihr angebotenen Lösung abgegeben und diese Garantien hinreichend belegt. Dies gelte auch für alle zukünftigen Wartungsarbeiten.

Das Eignungskriterium 23 lautet:

"Der Anbieter verpflichtet sich im Falle des Zuschlages zur Wartung bzw. Pflege, zum Support und zur Weiterentwicklung der Lösung während mindestens 10 Jahren ab dem Zeitpunkt der erfolgreichen Gesamtabnahme des Basisreleases. Dies gilt auch für die eingesetzten Standardsoftwarekomponenten sowie Frameworks."

Die Zuschlagsempfängerin hat eine derartige Verpflichtungserklärung abgegeben.

Ob die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin könne eine derartige Verpflichtung gar nicht eingehen, insbesondere nicht bezüglich der eingesetzten Standardsoftwarekomponenten, da die ent-

sprechenden Rechte bei SAP lägen, zutrifft, kann vorliegend offen gelassen werden, da die Zuschlagsempfängerin die SAP AG als Subunternehmerin in ihr Angebot eingebunden hat, welcher dieser Einwand offensichtlich nicht entgegengehalten werden kann.

Demnach erweist sich diese Rüge als unbegründet.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Zuschlagsempfängerin sei vorbestraft gewesen, weshalb sie vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

Sie habe im Januar 2017 von einer Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin erfahren, dass die Zuschlagsempfängerin an der Ausschreibung des Projekts mitgearbeitet habe. Die Mitarbeiterin der Zuschlagsempfängerin habe bestätigt, dass ihre Firma seit Monaten an den Unterlagen für die Ausschreibung arbeite. Auch hätten die Ausschreibungsunterlagen ein Spezifikationsdokument enthalten, dessen Ausarbeitung ohne den Einbezug der Firma, welche für die bestehende Funktionalität des SAP-Systems verantwortlich sei, nicht möglich sei. Es sei möglich oder wahrscheinlich, dass Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hätten beziehungsweise bei der Ausarbeitung der Prototypen beteiligt gewesen seien. Die Z. _____ AG habe in den letzten drei Jahren mehrere Zuschläge von der Vergabestelle erhalten, aber keinen für die Entwicklung der fraglichen Prototypen, obwohl der Schwellenwert für eine Ausschreibung in einem offenen Verfahren wohl erreicht worden sei. Die Entwicklung eines Prototyps, der die Machbarkeit und Architektur für ein so komplexes Verwaltungssystem garantieren solle, verursache einen sehr grossen Arbeitsaufwand, der den Einsatz von mehr erfahrenen Programmierern erfordern würde, als die Z. _____ AG aufzuweisen habe. Die Beschwerdeführerin beantragt die Einholung eines Gutachtens zur Frage, welche Kompetenzen für die Programmierung der Prototypen erforderlich gewesen seien. Dass diese Aufgabe die Möglichkeiten der Z. _____ AG übersteigen würde, ergebe sich bereits daraus, dass gemäss Zuschlag der Prototyp, welcher durch die Zuschlagsempfängerin zu entwickeln sei, fast 6 Mio. Fr. kosten solle. Es bestünden daher Zweifel, ob die Z. _____ AG diese Prototypen wirklich alleine entwickelt habe. Sollte die Zuschlagsempfängerin bei der Ausarbeitung der Prototypen mitgewirkt haben, hätte sie preislich gegenüber anderen Anbietern einen unzulässigen Vorteil gehabt, da sie in Bezug auf den

zu entwickelnden neuen Prototyp die Erfahrungen und das Know-how nicht mehr bei der Offerte hätte einpreisen müssen. Die Beschwerdeführerin beantragt, es seien sämtliche Ausschreibungsunterlagen in allen verfügbaren Vorversionen aus dem Backup an die Beschwerdeführerin auszuhändigen. Sodann seien ihr die Arbeitsrapporte/Rechnungen sowie die Login-Daten der Entwickler zum Abspeichern des Softwarecodes auf den Servern des SECO herauszugeben.

Die Vergabestelle bestreitet die Vorbringen der Beschwerdeführerin. Das SECO sei bei der Planung und Durchführung der Ausschreibung auf die Unterstützung durch einen externen Dienstleister angewiesen gewesen. Die Z. _____ AG verfüge über ausgewiesene Experten, langjährige Erfahrung und hervorragende Referenzen. Die vereinbarten Leistungen hätten insbesondere die Analyse des aktuellen Systems, die Beratung im Projektsetup und im Architekturmanagement sowie die Konzeption und Ausschreibung von ASALfutur umfasst. Zur Klärung von Machbarkeitsfragen im Zusammenhang mit diesen Konzepten habe das SECO auch verschiedene Prototypen beziehungsweise "Proofs of Concept" benötigt, weshalb es damit ebenfalls die Z. _____ AG beauftragt habe. Im externen Projektteam seien ausschliesslich Angestellte der Z. _____ AG tätig gewesen. Auf die Mitarbeit von Dritten sei sie entgegen der Vermutung der Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt angewiesen gewesen. Der entsprechende Basisauftrag sei im Oktober 2016 an die Informatikdienstleisterin Z. _____ AG vergeben worden. Die Vergabe sei unter dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Rahmenvertrag erfolgt, der seinerseits aus der WTO-Ausschreibung zur Beschaffung von Informatikdienstleistungen resultiert habe (Projekt-ID 135767).

4.1 Das GPA regelt die Vorbefassung in Art. VI Abs. 4. Diese Bestimmung hat den folgenden Wortlaut:

"Die Beschaffungsstellen dürfen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können."

4.2 Im BöB fehlt eine explizite Normierung der Vorbefassung. Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 BöB, welcher die Gleichbehandlung aller Anbieter fordert, wurde indessen in die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen eine einschlägige Bestimmung aufgenommen. Art. 21a VöB regelt die Vorbefassung wie folgt:

"1 Die Auftraggeberin schliesst Anbieter und Anbieterinnen aus einem Verfahren aus, wenn:

- a. diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann; und
- b. dieser Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen nicht gefährdet.

2 Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:

- a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
- b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
- c. die Verlängerung der Mindestfristen."

Unter den kumulativen Voraussetzungen von Art. 21a Abs. 1 Bst. a und b VöB ist der Ausschluss daher zwingend.

4.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Vorbefassung vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes. Eine solche Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren. Der vorbereitete Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt beziehungsweise die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergabebehörde durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1 "Tunnel Riedberg"; Zwischenentscheid des BVer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5 "Kommunikationsnetzwerk Nationalstrassen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1043 ff.; CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2009, S. 122 ff.; RES NYFFENEGGER/HANS ULRICH KOBEL, Vorbefassung im Submissionsverfahren, Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2004 Heft 2, S. 55).

4.4 Eine Vorbefassung hat im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge, es sei denn, dass der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist. Zulässig kann die Vorbefassung auch dann sein, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen

Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offengelegt werden. Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (Urteil 2P.164/2004 E. 3.3 "Tunnel Riedberg"). Ob eine Vorbefassung durch geeignete Mittel ausgeglichen werden kann oder ob sie zum Ausschluss führen muss, hängt somit von ihrer Intensität ab. Insbesondere etwa die Ausarbeitung des Leistungsbeschreibs durch einen Unternehmer muss grundsätzlich zur Folge haben, dass dieser als Anbieter in der betreffenden Submission infolge Vorbefassung keine Offerte einreichen darf (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1048).

4.5 Bezüglich der Beweislastverteilung bei behaupteten Wettbewerbsvorteilen aus geltend gemachter Vorbefassung gibt es unterschiedliche Auffassungen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1049 m.H.). Ausgehend von der allgemeinen Beweislastregel, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB), hat im Fall der Anfechtung eines Zuschlags der Konkurrent, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht, die Vorbefassung sowie deren Art und Intensität zu beweisen. Dass aus einer Vorbefassung im Sinne von Art. 21a Abs. 1 Bst. a VöB ein Wettbewerbsvorteil resultiert, ist eine gesetzliche Vermutung. Der Nachweis dafür, dass im konkreten Fall kein derartiger Vorteil resultierte oder dass der Wissensvorsprung angemessen ausgeglichen worden ist, obliegt – je nach Konstellation – der Vergabestelle oder dem vorbefassten Anbieter, aber jedenfalls nicht dem Konkurrenten (Urteil 2P.164/2004 E. 3.3 und E. 3.7.5 "Tunnel Riedberg"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1049; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 11 BöB N. 13).

4.6 Im vorliegenden Fall legt die Vergabestelle dar, die Z. _____ AG habe das Projekt während der gesamten Vorbereitungsphase ausschliesslich durch eigene (zur Vertraulichkeit verpflichtete) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter betreuen lassen. Die Z. _____ AG habe sämtliche Leistungen, einschliesslich der Entwicklung der Prototypen, allein und ohne Subunternehmer erbracht. Weder die Zuschlagsempfängerin noch deren Mitarbeiter

seien in irgendeiner Form involviert gewesen. Bis auf untergeordnete Ausnahmen seien keine Drittpersonen involviert gewesen. Alle erfassten Leistungen würden von Personen stammen, die zum Zeitpunkt der Leistungserbringung bei der Z. _____ AG angestellt gewesen seien. Diese Personen seien (mit Ausnahme eines per 31. Juli 2018 ausgetretenen Mitarbeiters und eines pensionierten Mitarbeiters) auch heute noch bei der Z. _____ AG angestellt. Auch seien sämtliche Arbeiten an den Konzepten und Ausschreibungsunterlagen von der Zuschlagsempfängerin und allen weiteren aktuellen externen Dienstleistern des SECO systematisch abgeschottet worden, unter anderem durch entsprechende interne Weisungen, räumliche und datentechnische Trennung, Zutrittsbeschränkungen etc. Auch habe das SECO im Hinblick auf SAP-technische Analysen eine getrennte SAP ERP-Instanz aufgebaut. Das involvierte Personal sei zur Vertraulichkeit verpflichtet worden, und von allen Beteiligten seien Unbefangenheitserklärungen eingeholt worden. Die Identität der Z. _____ AG sei potentiellen Anbietern nicht offengelegt worden. Es sei zudem in den Ausschreibungsunterlagen (Pflichtenheft, S. 15) sichergestellt worden, dass die Lieferantin der Prototypen als Anbieterin oder Subakkordantin von der Teilnahme an der Ausschreibung ASALfutur ausgeschlossen sei.

4.7 Die Vergabestelle hat den Vertrag zwischen dem SECO und der Z. _____ AG vom 19./31. Dezember 2016 [im Folgenden: Vertrag vom 19./31. Dezember 2016] ins Recht gelegt, welcher seinerseits auf einen zwischen den Parteien abgeschlossenen Rahmenvertrag zurückgeht. Gegenstand des Vertrages vom 19./31. Dezember 2016 ist die Erstellung des Pflichtenhefts im Hinblick auf eine offene WTO Ausschreibung sowie die Beratung im Architekturmanagement. Der Vertrag nennt die von der Auftragnehmerin eingesetzten acht Mitarbeiter mit Namen und Funktion und sieht vor, dass der Austausch der eingesetzten Mitarbeiter bei der Auftragnehmerin nur mit vorgängig eingeholter schriftlicher Zustimmung durch den Auftraggeber zulässig ist (Vertrag vom 19./31. Dezember 2016, Ziff. 3). Als Vergütung für die Grundleistungen für die Pflichtenhefterstellung und die Beratung im Architekturmanagement wurde ein Kostendach festgelegt, ebenso für die als Option je nach Bedarf beanspruchten Leistungen. Diese optionalen Leistungen umfassten die Begleitung der Beschaffung einschliesslich Review, Finalisierung und Freigabe von Ausschreibungsunterlagen (Vertrag vom 19./31. Dezember 2016, Ziff. 8).

Weiter hat die Vergabestelle den Vertrag zwischen dem SECO und der Z. _____ AG vom 17. Mai/26. Juli 2017 [im Folgenden: Vertrag vom 17. Mai/26. Juli 2017] über die Erstellung von drei Proofs of Concept

(POC)/Prototypen in der Zeit vom 1. Mai 2017 bis 31. Juli 2017 eingereicht. Dieser Vertrag wurde gestützt auf das Angebot der Z. _____ AG vom 30. April 2016 geschlossen. In diesem Angebot wurden die von der Auftragnehmerin eingesetzten Mitarbeiter mit Namen und Funktion genannt und ein Kostendach festgelegt.

Die Vergabestelle liess die Mitarbeiter der Z. _____ AG ferner Unbefangenheitserklärungen unterzeichnen, in denen diese Mitarbeiter sich unter anderem ausdrücklich verpflichteten, vor und während des Vergabeverfahrens keinen Kontakt mit potentiellen Anbietern zu haben, der die Gleichbehandlung aller Anbietenden gefährden könnte. Die Vergabestelle hat diese Unbefangenheitserklärungen eingereicht.

4.8 Auf Aufforderung des Gerichts reichte die Vergabestelle sämtliche Rechnungen und Rapporte der Z. _____ AG im Zusammenhang mit deren Dienstleistungen zur Vorbereitung der Ausschreibung beziehungsweise insbesondere zur Erarbeitung der Prototypen ein. Zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Z. _____ AG wurde der Beschwerdeführerin keine Einsicht in diese Unterlagen gewährt.

4.8.1 Aus diesen Arbeitsrapporten und Rechnungen der Z. _____ AG geht hervor, dass sie dem SECO im Zeitraum von November 2016 bis Juni 2017 rund 567 Personentage in Rechnung gestellt hat.

4.8.2 Weiter geht aus diesen Arbeitsrapporten und Rechnungen der Z. _____ AG hervor, dass die zwischen ihr und dem SECO vereinbarten Arbeitsleistungen im Zeitraum von November 2016 bis Juli 2017 von den im Vertrag vorgesehenen Mitarbeitern der Z. _____ AG erbracht worden waren. Hinweise darauf, dass andere Personen, insbesondere Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin, an der Erbringung dieser Leistungen mitgewirkt hätten, können in diesen Unterlagen nicht festgestellt werden.

4.8.3 In den Rapporten sind noch andere Namen aufgeführt, und zwar nicht als Erbringer der fakturierten Leistungen, sondern im Kontext der Beschreibung der Leistungen, wie insbesondere als weitere Teilnehmer von Besprechungen. Die Vergabestelle führt diesbezüglich aus, alle diese weiteren Personen seien entweder Mitarbeiter der Z. _____ AG, der Bedarfsstelle oder deren (externe) Rechtsanwälte, die in die Vorbereitung der Vertragstexte involviert gewesen seien. Diese Aussage ist aufgrund allgemein zugänglicher Informationen oder des bundesinternen Telefonver-

zeichnisses grösstenteils nachvollziehbar oder erscheint im Kontext der jeweiligen Begründung als plausibel. Bei einigen Namen handelt es sich offenbar um Mitarbeiter von SAP. Das Gericht konnte jedenfalls keinen Namen feststellen, der stattdessen einem Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin hätte zugeordnet werden können, ausser bezüglich des SAP Workshops vom 21. November 2016.

4.8.4 Aus den Arbeitsrapporten geht hervor, dass am 21. November 2016 ein SAP Workshop mit einer Dauer von 4 Stunden mit der Zuschlagsempfängerin durchgeführt worden war. Die Vergabestelle erklärt dazu, dieser Workshop sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass die Zuschlagsempfängerin im Jahr 2009 bei der Bedarfsstelle eine SAP ERP-Anwendung (Finanzbuchhaltung der Arbeitslosenversicherung) eingeführt und das System seither betreut habe. Diese bestehende Anwendung habe mit dem Streitgegenstand nichts zu tun, sei aber in die angebotenen Lösungen zu integrieren gewesen. Die hierfür notwendigen technischen Angaben zuhanden der Anbieter seien in einem gemeinsamen Workshop erarbeitet worden. Hierbei habe sich die Rolle der Zuschlagsempfängerin auf die Beantwortung von Fragen der Z. _____ AG beschränkt. Informationen zur geplanten Ausschreibung seien keine ausgetauscht worden. Die Z. _____ AG habe die Konzepte der Zuschlagsempfängerin betreffend die SAP ERP-Anwendung am 1. Februar 2017 noch einmal durchgearbeitet.

Dass die bestehende SAP ERP-Anwendung in die angebotene Lösung zu integrieren war, wird an mehreren Stellen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen deutlich. Beispielsweise umschrieb die Vergabestelle im Pflichtenheft (Ziff. 4.8.1) die im Rahmen der "Grundleistung" zu erbringenden Leistungen wie folgt:

"POC zu Bezügerbewirtschaftung mit Geschäftspartner inkl. Integration mit SAP ERP; FileNet Archiv/DMS sowie Scanning mit KOFAX. Detailspezifikation zu Bezügerbewirtschaftung inkl. Dokumentengenerierung, SAP ERP, Geschäftspartnerverwaltung."

Wie erwähnt war die Z. _____ AG einerseits mit der Erstellung des Pflichtenhefts und der Beratung im Architekturmanagement (Vertrag vom 19./31. Dezember 2016) sowie andererseits mit der Erstellung von drei POC (Vertrag vom 17. Mai/26. Juli 2017) beauftragt. Unter diesen Umständen war naheliegend und nicht zu beanstanden, dass die Z. _____ AG die frühere Lieferantin der SAP ERP-Anwendung mit Blick auf die Integration der bestehenden SAP ERP-Anwendung in die neue Lösung im Rahmen eines

vierstündigen Workshops zu dieser Anwendung befragte. Eine relevante Vorbefassung kann in diesem Umstand nicht gesehen werden.

4.9 Das Gericht stellte der Vergabestelle weiter verschiedene Fragen im Zusammenhang mit den Login-Daten für die Entwicklung und den Betrieb der Prototypen, deren Edition die Beschwerdeführerin beantragt und von denen die Vergabestelle behauptet hatte, sie stünden nicht mehr zur Verfügung.

4.9.1 Die Vergabestelle führte diesbezüglich mit Stellungnahme vom 15. Mai 2019 aus, um die grundsätzliche Machbarkeit der zugelassenen Lösungsarchitekturen unter Einbindung der bestehenden SAP ERP-Applikationen sicherzustellen, habe die Bedarfsstelle in der Vorbereitungsphase von der Z. _____ AG Prototypen beziehungsweise "Proofs of Concept" (POC) erstellen lassen, welche Teilausschnitte der erforderlichen Abwicklungsprozesse beinhalteten. Für die Erstellung der POC seien die folgenden Infrastrukturen beziehungsweise Umgebungen eingesetzt worden:

- a) eine SAP ERP-Umgebung als Kopie der bestehenden produktiven Umgebung im Rechenzentrum der Bedarfsstelle, die spezifisch für die Erstellung der POC eingerichtet worden sei;
- b) eine (kostenlose) Cloud-Umgebung der SAP AG, vermittelt durch Z. _____ AG, für den SAP CRM-basierten POC;
- c) eine Cloud-Umgebung der Z. _____ AG, betrieben von einer anderen Unternehmung, für den JAVA/Oracle-basierten POC.

Nachdem die Machbarkeit der vorgesehenen Systeme anhand der POC erfolgreich verifiziert worden sei, hätten die POC bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung keinen Nutzen mehr gehabt. Entsprechend habe die Z. _____ AG nach Rücksprache mit der Bedarfsstelle die POC-Umgebungen Ende November 2017 gelöscht. Damit seien auch sämtliche Login-Daten (soweit noch vorhanden) entfernt worden.

Mit Bezug auf die SAP ERP-Umgebung der Bedarfsstelle sei nach erfolgter Evaluation jegliches Interesse am POC dahingefallen. Die Systemressourcen der Bedarfsstelle seien beschränkt, weshalb die SAP-Installation für den POC einschliesslich aller Logs und Login-Informationen im November 2017 gelöscht worden sei. Ohnehin sei für die aufgezeichneten Login-Daten eine Aufbewahrungsfrist ("retention period") von nur 30 Tagen vorgesehen gewesen, weshalb sie bereits zuvor nicht mehr verfügbar gewesen

seien. Was die Cloud der SAP AG angehe, so habe die SAP AG als Herstellerin für zeitlich begrenzte Zeiträume vorinstallierte Plattformen über einen zentralen Server in Deutschland zur Verfügung gestellt. Die Umgebung für den POC sei am 30. März 2017 durch SAP aufgesetzt worden. Da spätestens nach erfolgter Evaluation kein Interesse mehr am POC bestanden habe und die Systemressourcen beschränkt seien respektive wieder für neue Projekte hätten verwendet werden müssen, sei die Umgebung am 28. November 2017 gestoppt und unmittelbar danach gelöscht worden, genauso wie der POC einschliesslich aller Logs und Login-Informationen. Was schliesslich die Cloud der Z. _____ AG betreffe, so hoste die Z. _____ AG ihre Systeme bei einer anderen Unternehmung, so auch die Umgebung für den POC JAVA/Oracle. Spätestens nach Abschluss der Evaluation habe kein Interesse mehr am POC bestanden. Die Systemressourcen seien beschränkt und mit Kosten verbunden. Der POC sei daher Ende November 2017 zu Gunsten anderer Lösungen deinstalliert worden. Die Z. _____ AG verfüge heute einzig noch über eine Sicherung der Quellcodes (ohne Login-Daten).

4.9.2 Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe vom 18. Juni 2019 keine Stellung zu diesen Ausführungen der Vergabestelle genommen und insofern auch deren Plausibilität nicht bestritten.

4.9.3 Da die Logs und Login-Daten nicht mehr vorhanden sind, ist es auch nicht mehr möglich, eine Expertise in Auftrag zu geben, um zu untersuchen, ob allenfalls andere Personen als die Mitarbeitenden der Z. _____ AG an der Erstellung der drei POC mitgearbeitet haben.

Eine Vergabestelle ist verpflichtet, Vergabeakten bis zur Rechtskraft der Zuschlagsverfügung aufzubewahren, um ihrer Editionsspflicht in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren nachzukommen. Dokumente und andere Beweismittel aus der Vorbereitungsphase eines Vergabeverfahrens gehören zwar nicht zu diesen Vergabeakten im eigentlichen Sinn, unterliegen aber trotzdem der Editionsspflicht, denn gerade wenn Vorbefassung gerügt wird, hat eine Vergabestelle auf Anordnung der Rechtsmittelinstanz auch weitere Beweismittel einzureichen, die zur Erhellung des diesbezüglichen Sachverhalts geeignet sein könnten. Werden indessen derartige Dokumente oder Beweismittel vernichtet, die nicht zu den Vergabeakten im eigentlichen Sinn gehören, so darf der Vergabestelle nicht ohne konkrete Anhaltspunkte die Absicht unterstellt werden, sie habe damit eine Edition vereiteln wollen.

Angesichts der nachvollziehbaren und unbestrittenen Darstellung der Vergabestelle zu den Gründen und zum Zeitpunkt der Löschung dieser Daten sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte ersichtlich, die den Verdacht nahelegen würden, dass die Vergabestelle diese Daten mit der Absicht löschen liess, zu verhindern, dass eine Expertise zur Frage einer allfälligen Vorbefassung durch die Zuschlagsempfängerin durchgeführt werden kann. Die Frage einer allfälligen Beweislastumkehr (BGE 141 III 363 E. 5.2) stellt sich daher nicht.

4.10 Im Ergebnis lässt sich der von der Beschwerdeführerin geäußerte Verdacht, es hätten auch Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin an der Erstellung der Prototypen mitgearbeitet, nicht erhärten.

Die Rüge, die Zuschlagsempfängerin habe an der Vorbereitung der Ausschreibung mitgewirkt und sei daher vorbefasst gewesen, erweist sich damit als unbegründet.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Zuschlagsempfängerin, welche die Wartung und den Support für einen wichtigen Teil des derzeit bestehenden Verwaltungssystems erbringe, über Vorkenntnisse verfüge, die als Vorbefassung einzustufen seien. Firmen, die aktuell für die Vergabestelle tätig seien, hätten keine Kosten für die Übernahme der bestehenden Wartungsarbeiten (Option 07), wogegen Firmen, die die Aufgabe neu übernehmen wollten, keinen Aufwand von Null buchen könnten. Dies führe zu einer Ungleichbehandlung in Bezug auf die Anbieter. Die Zuschlagsempfängerin sei diesbezüglich bevorzugt worden. Auch weise der Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin zahlreiche der bei den Eignungskriterien geforderten Zertifikate erst kurz vor Veröffentlichung der Ausschreibung beziehungsweise vor der Frist zur Abgabe des Angebots erhalten habe, darauf hin, dass sie durch ihre Support- und Wartungstätigkeit für die Vergabestelle einen Wettbewerbsvorteil erlangt habe.

Die Vergabestelle bestreitet, dass eine Bevorzugung der bisherigen Anbieterin von Wartungsarbeiten stattgefunden habe. Die Übernahme von Wartungsarbeiten sei vielmehr so ausgestaltet worden, dass alle Anbieter gleiche Chancen hätten.

5.1 Wie bereits dargelegt, ist eine Vorbefassung im Sinne von Art. 21a VöB definiert als Beteiligung eines Anbieters an der Vorbereitung der Beschaf-

fung. Davon zu unterscheiden ist die Situation eines Anbieters, der aufgrund früherer, ähnlicher Aufträge für dieselbe Vergabestelle allfällige Wettbewerbsvorteile gegenüber den übrigen Anbietern hat, insbesondere aufgrund von Vorkenntnissen. Zwar kann – gerade im Informatikbereich – die Ausführung eines früheren Auftrags und die Vorbereitung der Ausschreibung eines späteren Auftrags gelegentlich schwer abzugrenzen sein, so dass diesbezüglich nicht allein auf formale Kriterien abgestellt werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1055). Soweit ein Anbieter aber lediglich früher einen ähnlichen Auftrag für dieselbe Vergabestelle ausgeführt hat, ohne dass darin faktisch eine Beteiligung an der Vorbereitung der neuen Ausschreibung zu sehen ist, stellt dies keinen Vorbefassungstatbestand dar. Allfällige Wettbewerbsvorteile wegen der entsprechenden Vorkenntnisse können daher allenfalls, aufgrund des Gleichbehandlungsgebots, einen Anspruch der übrigen Anbieter auf Ausgleichsmassnahmen begründen, nicht aber auf den Ausschluss des betroffenen Anbieters.

5.2 Es ist unbestritten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin wesentlich günstiger war als jenes der Zuschlagsempfängerin. Die Zuschlagsempfängerin erhielt den Zuschlag nicht deshalb, weil sie aufgrund ihres Wartungsauftrags für das bisherige System einen Vorteil bei der genaueren oder günstigeren Kalkulation ihrer Offerte hatte, sondern weil die Offerte der Beschwerdeführerin unter anderem aufgrund der Nichterfüllung verschiedener Eignungskriterien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist. Ob die Zuschlagsempfängerin aufgrund ihres früheren Auftrags für die Vergabestelle Wettbewerbsvorteile gegenüber den anderen beiden Anbieterinnen hatte, die diese allenfalls zu Ausgleichsmassnahmen berechtigt hätten, ist in Bezug auf diesen Ausschluss nicht relevant und daher für die Nichterteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin nicht kausal.

Im Ergebnis erscheint diese Rüge der Beschwerdeführerin daher als irrelevant.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, die Vergabestelle habe dadurch, dass sie die Beteiligung der Z. _____ AG an der Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung und als Herstellerin der Prototypen nicht offengelegt habe, sowie dadurch, dass sie die zwei von der Z. _____ AG entwickelten Prototypen trotz Anfrage im Fragendialog von SIMAP den interessierten Anbietern nicht zur Verfügung gestellt habe, das Transparenz-

gebot verletze. Es müsse davon ausgegangen werden, dass diese Prototypen bei der Bewertung der Angebote in technischer Hinsicht für die Vergabestelle massgeblich gewesen seien. Auch sei es den Anbieterinnen nicht möglich gewesen festzustellen, ob mit dem Beizug der Z. _____ AG die Unabhängigkeit der Vergabestelle gewahrt worden sei.

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, das Transparenzgebot biete den Anbietern keine Handhabe, um von der Vergabestelle voraussetzungslos alle bei ihr befindlichen Informationen, unabhängig von deren Inhalt und Schutzwürdigkeit, heraus zu verlangen. In diesem Sinn habe sie entschieden, die Identität der Z. _____ AG nicht aktiv offenzulegen. Damit könne verhindert werden, dass die Beraterin von potentiellen Anbietern kontaktiert und ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt werde. Sodann hätten die Prototypen bei der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen einzig der Verifikation der ausgeschriebenen Lösungsarchitekturen im Sinne einer Machbarkeitsstudie gedient und für die Bewertung der Angebote keine Rolle gespielt. Der Umstand, dass den Anbietern die in der Vorbereitung entwickelten Prototypen nicht zur Verfügung gestellt worden seien, stelle daher keine Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar.

6.1 Gemäss seinem Wortlaut will der Bund mit dem BöB das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB). Die Transparenz des Vergabeverfahrens lässt sich beschreiben als die Öffentlichkeit des Verfahrens, die Voraussehbarkeit und die Nachvollziehbarkeit sämtlicher Verfahrensschritte sowie die Objektivität und die Nachvollziehbarkeit aller wesentlichen Motive, die den Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren zugrunde liegen (ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 108). Nach der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen bedeutet das Transparenzgebot, dass die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein müssen. Die ausgeschriebene Leistung muss klar und eindeutig bezeichnet werden. Das Transparenzgebot ist sodann verletzt, wenn die Kriterien, nach denen die Offerten bewertet werden, nicht vorab und nachvollziehbar offengelegt werden. Dagegen bedeutet Transparenz keine vollständige Öffentlichkeit oder Parteiöffentlichkeit des Vergabeverfahrens (Entscheid der BRK 2002-004 vom 26. Juni 2002, publiziert in VPB 66.86; TRÜEB, a.a.O., Art. 1 BöB N. 6 f. m.H.; Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 8 "Suchsystem Bund" m.H.).

6.2 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt, dass die Weigerung der Vergabestelle, den Anbietern vor der Offerteinreichung den Namen der Firma, welche die Prototypen erstellt hatte, bekannt zu geben und diese Prototypen zur Verfügung zu stellen, zur Folge gehabt hätte, dass die nachgesuchte Leistung oder die Bewertungskriterien in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen zu wenig klar umschrieben worden wären.

6.3 Es ist unbestritten, dass die Vergabestelle nach dem Zuschlag, im Rahmen des Debriefings, der Beschwerdeführerin bekannt gegeben hat, dass die Prototypen durch die Z. _____ AG erstellt worden sind. Warum die Beschwerdeführerin nicht erst im Hinblick auf eine allfällige Beschwerde, sondern bereits vor der Offerteinreichung über diese Information hätte verfügen müssen, um eine allfällige Vorbefassung abschätzen zu können, ist unerfindlich.

6.4 Damit erweist sich auch die Rüge, die Vergabestelle habe durch ihr Vorgehen das Transparenzgebot verletzt, als nicht begründet.

7.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass einerseits der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden ist und andererseits den Argumenten, mit denen die Beschwerdeführerin einen Ausschluss der Offerte der Zuschlagsempfängerin verlangt, nicht gefolgt werden kann. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist daher nicht zu beanstanden.

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit sie nicht zufolge Vertragsabschlusses gegenstandslos geworden ist.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher auf Fr. 19'000.– festgesetzt.

9.

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vergabestelle als Bundesamt hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 19'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 157918; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Auszug; A-Post)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 29. August 2019