



Urteil vom 19. Februar 2020

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Thilo Pachmann und/oder Dr. iur. Rafael Brägger,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich,
Informatikdienste,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jean-Marc von Gunten,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "2019-NET-Access",
Zuschlagsverfügung vom 6. September 2019,
SIMAP-Meldungsnummer 1094711,
SIMAP-Projekt-ID 187313.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 7. Mai 2019 schrieb die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP im offenen Verfahren einen Lieferauftrag mit dem Projekttitel "2019-NET-Access" (Projekt-ID 187313) aus (Meldungsnummer 1074941).

Der Beschaffungsgegenstand wurde im detaillierten Produktbeschrieb wie folgt umschrieben (Ziff. 2.6 der Ausschreibung):

"Die vorliegende Ausschreibung umfasst die Beschaffung von Datennetzwerk-Komponenten (Hardware, Lizenzen und zugehörige Software) und deren Support für die ETH Zürich und optional für den ETH-Bereich."

Die Ausschreibung sah für den Vertrag eine Laufzeit vom 2. Dezember 2019 bis 1. Dezember 2022 und eine optionale Verlängerung des Rahmenvertrags um jeweils ein Jahr bis maximal 2024 vor (Ziff. 2.8 der Ausschreibung). In der Ausschreibung wies die Vergabestelle darauf hin, dass sie bis zum 27. Mai 2019 schriftliche Fragen im Forum von www.simap.ch entgegennehme. Danach würden diese anonymisiert und mit den entsprechenden Antworten wiederum auf www.simap.ch zur Verfügung gestellt (Ziff. 1.3 der Ausschreibung). Die Angebote waren bis zum 17. Juni 2019 einzureichen (Ziff. 1.4 der Ausschreibung).

A.b Am 11. Juni 2017 publizierte die Vergabestelle die Fragen und Antworten auf SIMAP.

A.c Innerhalb der Einreichungsfrist reichten sieben Anbieter ein Angebot ein, darunter die A._____ AG.

A.d Am 3. September 2019 erteilte die Vergabestelle der B._____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu einem Preis von 19,5 Mio. Fr. (inkl. MWST 8%; Gesamtwert für Grundauftrag inkl. Option).

A.e Mit E-Mail vom 5. September 2019 teilte die Vergabestelle der A._____ AG sinngemäss mit, dass sie den Zuschlag nicht erhalten habe, und bot ihr ein mündliches Debriefing an.

A.f Am 6. September 2019 erfolgte die Publikation des Zuschlags auf SIMAP (Meldungsnummer 1094711).

A.g Am 17. September 2019 führte die Vergabestelle ein mündliches Debriefing mit der A. _____ AG durch.

A.h Mit E-Mail vom 20. September 2019 ersuchte die A. _____ AG die Vergabestelle darum, ihr die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Offerte anzugeben und ihr die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots schriftlich mitzuteilen.

A.i Die Vergabestelle teilte der A. _____ AG mit E-Mail vom 23. September 2019 mit, dass sie grundsätzlich keine schriftlichen Begründungen abgebe. Sie habe der A. _____ AG die Gründe für das Ausscheiden ihres Angebots ausführlich am Debriefing dargelegt.

A.j Mit E-Mail vom 23. September 2019 schilderte die A. _____ AG den Inhalt des Debriefings und ersuchte die Vergabestelle darum, diese Zusammenfassung zu bestätigen, was die Vergabestelle verweigerte.

B.

Gegen den Zuschlag erhebt die A. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 26. September 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellt die folgenden Anträge:

- "1. Die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle, Projekt-Nr. 187313, Meldungsnummer 1094711 vom 6. September 2019 sei aufzuheben;
2. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren Projekt-Nr. 187313 gestützt auf die in der Ausschreibung vom 7. Mai 2019 (Meldungsnummer 1074941) genannten Kriterien erneut durchzuführen und das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Vergabe zu berücksichtigen; eventuell sei das Vergabeverfahren abzubrechen und neu durchzuführen und den Anbietenden die Gelegenheit zu geben, neue Angebote einzureichen;
3. Eventualiter: Es sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle, Projekt-Nr. 187313, Meldungsnummer 1094711 vom 6. September 2019 rechtswidrig ist;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Vergabestelle."

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde superprovisorisch und provisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sowie, es seien die Akten des Verfahrens der Vergabestelle vollumfänglich beizuziehen. Nach Eingang der Akten sei ihr eine Frist zur

Ergänzung ihrer Beschwerde anzusetzen. Zur Begründung führt sie aus, die Akteneinsicht sei für sie insbesondere erforderlich, um zu überprüfen, ob die Offerten der übrigen Anbieter nach der Fragerunde korrigiert worden seien, und welche Auswirkungen solche Korrekturen auf den von den anderen Anbietern offerierten Preis gehabt hätten.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle verletze den Anspruch der Anbieter auf Klarheit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung sowie die Unabänderlichkeit der Vergabekriterien und damit das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Vergabestelle stütze ihre Zurückweisung der Offerte der Beschwerdeführerin auf ein Muss-Kriterium, das in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht enthalten gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen habe die Vergabestelle die Bandbreite für den Switchverbund nicht spezifiziert. Sie habe dann aber im Rahmen der Fragerunde am 11. Juni 2019 in der Antwort auf die Frage 9, ob es Anforderungen an den Durchsatz der Switches gebe, plötzlich einen Durchsatz der Switches von total mindestens 80Gb/s (2x40Gb/s) verlangt. Diese in den Ausschreibungsunterlagen nicht definierte Anforderung sei sodann zum Muss-Kriterium erhoben worden.

Die Offerte der Beschwerdeführerin erfülle das Muss-Kriterium 5 gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Anforderungskatalog, Muss-Kriterium 5) 40Gb/s QSFP Ports for Uplink (entweder SFP+ oder QSFP). Aus der Offerte der Beschwerdeführerin gehe hervor, dass die in Antwort auf Frage 9 geforderte, jedoch nicht in der Ausschreibung enthaltene Funktionalität mit einem Zusatzmodul unterstützt werde. Dieses Zusatzmodul sei im Preisblatt der Offerte der Beschwerdeführerin jedoch nicht enthalten und damit auch nicht bepreist. Es sei den Anbietenden unmöglich gewesen, innert der kurzen Frist von sechs Tagen (Publikation der Antworten am 11. Juni 2019; Frist für die Einreichung der Angebote am 17. Juni 2019) eine neue Offerte gestützt auf völlig andere Anforderungen einzureichen.

Die technischen Spezifikationen seien grundsätzlich unabänderlich. Die Verletzung der Vorschriften bezüglich Bekanntgabe oder Einhaltung der technischen Spezifikationen sei formeller Natur. Der angefochtene Entscheid sei bei einer Verletzung selbst dann aufzuheben, wenn zwischen dem Verfahrensfehler und der Zuschlagserteilung keine Kausalbeziehung bestehe. Die Beschwerdeführerin gehe davon aus, dass ihr Angebot das günstigste sei. Sie habe daher eine reelle Chance, selber den Zuschlag zu erhalten.

C.

Das Bundesverwaltungsgericht ordnete mit Verfügung vom 27. September 2019 an, dass bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

D.

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2019 teilt die Vergabestelle mit, dass sie sich einer Stellungnahme zum Antrag auf aufschiebende Wirkung enthalte. Sie könne bis zum Wegfall der aufschiebenden Wirkung respektive bis zum Endentscheid ihren Bedarf aus bereits laufenden Vertragsverhältnissen decken, die sie mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen habe. Der weitere prozessuale Antrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr nach Eingang der Akten der Vergabestelle Frist zur Ergänzung ihrer Beschwerdeschrift anzusetzen, sei abzuweisen. Schon jetzt könne gesagt werden, dass keine Anbieterin bereits vor der Fragerunde ein Angebot eingereicht und dieses nach Zustellung der Antworten abgeändert oder ergänzt habe. Sämtliche Anbieter hätten die Antworten auf die Fragen abgewartet und erst danach ein Angebot eingereicht. Entsprechend gebe es keinen Grund, der Beschwerdeführerin eine Frist zur Ergänzung der Beschwerdeschrift anzusetzen.

E.

Die Instruktionsrichterin hiess mit Verfügung vom 7. Oktober 2019 das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut.

F.

Mit Eingabe vom 8. Oktober 2019 präzisierte die Beschwerdeführerin, in welche Aktenstücke respektive Passagen der Beschwerdebeilagen der Zuschlagsempfängerin keine Einsicht gewährt werden dürfe.

G.

Die Zuschlagsempfängerin beantragt mit Stellungnahme vom 10. Oktober 2019, der Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin auf umfassende Einsicht in die Verfahrensakten sei abzuweisen, soweit diese Informationen zu ihrem Angebot enthielten oder die Einsichtnahme in die entsprechenden Verfahrensakten zur Beantwortung der materiellen Fragestellung nicht absolut notwendig sei. Soweit diesem Antrag auf Geheimhaltung entsprochen werde, verzichte sie auf eine Teilnahme am Verfahren als Beschwerdegegnerin.

H.

Die Vergabestelle erklärt mit Eingabe vom 30. Oktober 2019, in welche Akten des Vergabeverfahrens der Beschwerdeführerin keine Einsicht gewährt werden solle.

I.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Dezember 2019 beantragt die Vergabestelle, die Beschwerde sei abzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, im Muss-Kriterium 5 sei verlangt worden, dass für den Formfaktor QSFP "40Gb/s" als Bandbreite erforderlich seien. Das Erfordernis von 40Gb/s sei sachlich gerechtfertigt, denn nur mit 40Gb/s könne sichergestellt werden, dass bei gleichzeitigem Anschluss von mehreren Geräten mit einer Kapazität von 10Gb/s die Daten auch fehlerfrei zum zentralen Core-Router übertragen würden. Würden mehrere Geräte mit Kapazitäten von 10Gb/s an einen Switch von 10Gb/s angeschlossen, könnten sie sich gegenseitig den Durchsatz der Daten zum Core-Router streitig machen. Damit dies nicht geschehe, sei eine Kapazität von 40Gb/s notwendig und sei im Muss-Kriterium 5 eine Kapazität von 40 Gb/s verlangt worden. Die Beschwerdeführerin sei aus dem Verfahren ausgeschlossen worden, weil sie dieses Muss-Kriterium nicht erfüllt habe. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Angebot nicht über einen QSFP-Stecker 40Gb/s angeboten, sondern über vier SFP+ Stecker 4 Leitungen von je 10Gb/s.

Unzutreffend sei die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Antwort auf Frage 9 habe die Anforderungskriterien verändert. Die betreffende Frage habe nicht den Uplink zwischen den Switches und dem Core-Router, sondern die Bandbreite zwischen den Switches selbst betroffen. Die Antwort

auf die Frage 9 wiederum sei einerseits ein Hinweis auf die Anforderung der Redundanz (2x40Gb/s) und andererseits ein Hinweis auf das Muss-Kriterium 5 gewesen und beinhalte damit keine Änderung der Ausschreibung.

Die Beschwerdeführerin sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, die geforderte Funktionalität lasse sich mit einem Zusatzmodul gewährleisten.

Im Weiteren sei der publizierte Preis von Fr. 19'500'000.– (inkl. MWST) auf der Basis des Angebots der Zuschlagsempfängerin für einen voraussichtlichen Bedarf der nächsten Jahre berechnet worden. In dem von der Beschwerdeführerin offerierten Preis von Fr. 3'596'469.99 sei noch keine derartige Hochrechnung enthalten.

J.

Mit Eingabe vom 12. Dezember 2019 ersucht die Beschwerdeführerin um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme sowie um Einsicht in gewisse Aktenstücke der Vergabestelle.

K.

Die Vergabestelle beantragt mit Stellungnahme vom 17. Dezember 2019, dass der Beschwerdeführerin keine Einsicht in die Akten gewährt werde, welche ihr Informationen über die Mitbewerber und deren Angebote geben würden respektive dass diese Akten angemessen zu schwärzen seien.

L.

Mit Replik vom 8. Januar 2020 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen sowie an ihrem Akteneinsichtsgesuch fest.

M.

Die Vergabestelle erklärt mit Eingabe vom 14. Januar 2020, keine Einwände gegen den Abdeckungsvorschlag des Bundesverwaltungsgerichts und die entsprechende Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin zu haben.

N.

In der Folge erteilte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 15. Januar 2020 Einsicht in Auszüge aus dem "Bericht Verifikationsprozess" (teilweise geschwärzt) und dem "Anforderungskatalog mit Auswertung Muss-Kriterien" sowie in die Protokolle über die Öffnung aller Angebote (teilweise geschwärzt).

O.

Die Beschwerdeführerin hält mit Eingabe vom 27. Januar 2020 an ihren Anträgen fest.

P.

Mit Duplik vom 7. Februar 2020 bleibt die Vergabestelle bei ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

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

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

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

In Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB ist ausdrücklich festgehalten, dass die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten diesem Gesetz als Auftraggeberinnen unterstehen.

Die Vergabestelle geht in Ziffern 1.8 und 2.1 der Ausschreibung vom 7. Mai 2019 von einem Lieferauftrag in der Art eines Kaufs aus. Als Lieferauftrag wird ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf bezeichnet (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB). Die vorliegende Ausschreibung "2019-NET-Access" umfasst die Beschaffung von Daten-netzwerk-Komponenten (Hardware, Lizenzen und dazugehörige Software) und deren Support für die ETH Zürich. Lieferungen sind in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt (Zwischenentscheid des BVGer B-5333/2017 vom 24. Januar 2018 E. 2.5 "Sprachalarmierungsanlagen für Bahnhöfe").

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei 19,5 Mio. Fr. (inkl. MWST 8%; Gesamtwert für Grundauftrag inkl. Option). Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt damit deutlich über dem für Lieferungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]).

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Der vorliegend angefochtene Zuschlag fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

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

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri").

Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. 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 m.H. "Monte Ceneri").

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt, weil ihr Angebot ausgeschlossen und der Zuschlag einer Mitbewerberin erteilt wurde.

Die Beschwerdeführerin rügt, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden, weil die Vergabestelle nachträglich ein neues Muss-Kriterium eingeführt habe, das sich so nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben habe. Ihr Angebot sei preislich das günstigste.

Die Vergabestelle hat, nachdem sie zum Schluss gekommen war, das Angebot der Beschwerdeführerin sei auszuschliessen, dieses keiner weiteren Evaluation in Bezug auf eine Bewertung unter den Zuschlagskriterien unterzogen, so dass offen ist, wie viele Punkte es erhalten hätte.

Würde der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass ihr Angebot das Muss-Kriterium 5 erfülle, so hätte die Beschwerdeführerin daher eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten.

Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde legitimiert.

1.3 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).

1.4 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle verstosse gegen den Anspruch der Anbieter auf Klarheit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung sowie die Unabänderlichkeit der Vergabekriterien und damit gegen das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz. Das angebliche Muss-Kriterium, auf das die Vergabestelle ihre Zurückweisung der Offerte der Beschwerdeführerin stütze – die Anforderungen an den Durchsatz der Switche – sei in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht enthalten gewesen. Im Rahmen der Fragerunde sei die Frage gestellt worden, ob es Anforderungen an den Durchsatz der Switche gebe (Frage 9). Die Vergabestelle habe darauf geantwortet, dass erwartet werde, dass die Switches 'non-blocking' seien und dass für den Uplink beziehungsweise Stackring total mindestens 80Gb/s (2x40Gb/s) erwartet würden. Ein einzelner Stackmember müsse daher mindestens 80Gb/s Durchsatz haben. Mit dieser Antwort habe die Vergabestelle nachträglich ein neues Muss-Kriterium aufgestellt. Zudem sei diese Antwort auf die Frage 9 nur sechs Tage respektive vier Arbeitstage vor Ablauf der Einreichungsfrist publiziert worden. Das Vorgehen der Vergabestelle verstosse

gegen den Anspruch der Anbieter auf Klarheit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung sowie die Unabänderlichkeit der Vergabekriterien und damit gegen Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Offerte der Beschwerdeführerin erfülle das Muss-Kriterium 5 gemäss den Ausschreibungsunterlagen. Die erst nachträglich bekanntgegebene geforderte Funktionalität hätte das Angebot auch mit einem Zusatzmodul erreichen können, wie sie im Angebot ausdrücklich dargelegt habe.

Die Vergabestelle bestreitet diese Ausführungen der Beschwerdeführerin. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin sei die Antwort auf die Frage 9 keine Forderung nach einer neuen Funktionalität, die in der Ausschreibung nicht enthalten gewesen wäre, und die sich mit einem Zusatzmodul gewährleisten lasse. Der Beschaffungsgegenstand beinhalte mehrere Switches. Ein Switch sei ein Stück Hardware, das grob als Steckerleiste bezeichnet werden könne. Es müsse eine bestimmte Anzahl von Ports aufweisen, welche die einzelnen Stecker seien. Diese Stecker müssten bestimmte Steckerformen zulassen. Eine solche Steckerform sei das QSFP für eine Bandbreite von 40Gb/s. Damit werde die Verbindung zwischen dem zentralen Core-Router der Beschaffungsstelle und dem Switch hergestellt (Uplink). Für diesen Datentransport vom Switch zum Core-Router habe die Vergabestelle gemäss dem Muss-Kriterium 5 "40Gb/s QSFP Ports für Uplink (it is SFP+ or QSFP, not both at the same time)" verlangt. Die Klammerbemerkung beziehe sich darauf, dass ein Switch beide Formfaktoren erfüllen müsse, aber nicht gleichzeitig. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Angebot aber nicht über einen QSFP-Stecker 40Gb/s angeboten, sondern über vier SFP+ Stecker 4 Leitungen von je 10Gb/s. Damit erfülle sie dieses Muss-Kriterium nicht, was zum Ausschluss aus dem Verfahren geführt habe.

2.1 Die Vergabestelle umschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technischen Spezifikationen, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 1 und 3 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Die Ausschreibungsunterlagen müssen alle Informationen enthalten, welche die Anbieter benötigen, um korrekte Angebote einreichen zu können. Sie müssen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein. Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbeschrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen

Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung. Die technischen Spezifikationen (vgl. Art. VI GPA) definieren die Anforderungen an ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung (HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 12 BöB N. 1 f., Art. 18 BöB N. 13 f.). Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 m.H. "HP-Monitore"; TRÜEB, a.a.O., Art. 12 BöB N. 2).

2.2 Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E.3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der 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 (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. m.H. "Rohre für Kühlwasser") 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"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" m.H. auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

2.3 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekannt gegebenen Vergabekriterien nachträglich zu verändern. Wenn sie bekannt gegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig

(BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen" sowie Urteile des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 m.w.H. "Lüftung Belchentunnel" und B-891/2009 E. 3.4 m.H. "Kurierdienst BAG I"). Demnach ist die Änderung von Leistungs- und Verfahrensparametern im laufenden Verfahren verboten (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 "Gebäudeautomation ETH"). Insbesondere ist es unzulässig, beim Zuschlagsentscheid zusätzliche, nicht publizierte Kriterien heranzuziehen (BGE 125 II 86 E. 7c; Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.2 und E. 3.3 "Kurierdienst BAG I").

2.4 Vorliegend hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen zum Projekt "2019-NET-Access" nebst den Eignungs- und Zuschlagskriterien auch 36 Muss-Kriterien (Technische Anforderungen) definiert. Im Pflichtenheft, welches Teil der Ausschreibungsunterlagen bildet, weist die Vergabestelle ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei den Muss-Kriterien um produktbezogene Kriterien handle, die im Sinne einer technischen Spezifikation die Mindestanforderungen definierten, welche eine Lösung erfüllen müsse. Die im "2019-NET-Access Anforderungskatalog" aufgeführten Muss-Kriterien seien vollständig nachzuweisen. Eine Lösung, welche die vorgegebenen Werte der Muss-Kriterien nicht oder nur teilweise erfülle, werde nicht bewertet und auch nicht für den Zuschlag dieser Ausschreibung berücksichtigt (Pflichtenheft, Ziff. 7: Muss-Kriterien).

2.5 Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen unter anderem die folgenden technischen Anforderungen (Muss-Kriterien Nr. 4 und 5) festgelegt:

"min. 2x 10Gb/s SFP+ Ports for Uplink pro Access-Switch"

"40Gb/s QSFP Ports for Uplink (it is SFP+ or QSFP; not both at the same time)"

2.6 Es ist unbestritten, dass die von der Beschwerdeführerin angebotenen Access-Switches nicht 40Gb/s QSFP Ports für den Uplink aufweisen, sondern je eine Zusammenfassung von 4x10Gb/s Ports.

2.7 Die Beschwerdeführerin argumentiert, aus dieser Formulierung ergebe sich, dass der angebotene Switch-Typ alternativ entweder "min. 2x10Gb/s SFP+ " oder "40Gb/s QSFP" unterstützen müsse, aber nicht beides. Auch im Preisblatt oder im Pflichtenheft sei keine 40Gb/s-Anforderung definiert. Einzig Stackkabel und 10Gb/s Optiken würden erwähnt.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, mit der Klammerbemerkung werde lediglich erklärt, dass die im vierten Muss-Kriterium verlangten SFP+ Ports nicht gleichzeitig mit den im fünften Muss-Kriterium verlangten QSFP Ports zur Verfügung stehen beziehungsweise nicht gleichzeitig in Funktion stehen müssten. Vorhanden sein müssten jedoch beide.

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri").

Im vorliegenden Fall kann der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, sondern die Auslegung durch die Vergabestelle erscheint bereits aus sprachlichen Gründen als naheliegender und überzeugender. Es ist nicht ersichtlich, warum die Vergabestelle zwei Muss-Kriterien formulieren sollte, wenn es jedem Anbieter dann freistehen würde, nur eines davon zu erfüllen. Hätte die Vergabestelle die beiden Muss-Kriterien als Alternativen verstehen wollen, hätte es wesentlich naheliegendere Formulierungen dafür gegeben.

Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass sich aus der Formulierung "not both at the same time" nicht ergibt, dass die Muss-Kriterien 4 und 5 alternativ zu verstehen sind, sondern vielmehr, dass die Switches zwar beide Anforderungen erfüllen können müssen, aber nicht gleichzeitig beide.

2.8 Die Vergabestelle erklärt in ihrem Evaluationsbericht ("Bericht Verifikationsprozess"), netzwerktechnisch gebe es zwar die Möglichkeit, mehrere Interfaces in ein logisches Interface zusammenzufassen, so dass man 40Gb/s auch mit 4x10Gb/s realisieren könne. Performancemässig bestehe jedoch ein erheblicher Unterschied zwischen 40Gb/s oder 4x10Gb/s. Mit der 4x10Gb/s Lösung gebe es Konstellationen, bei denen versucht werde, den gesamten Verkehr über eine dieser 10Gb/s Leitungen zu führen. Dies könne dazu führen, dass bei Überlast Pakete verworfen würden, obwohl auf den anderen drei 10Gb/s Leitungen noch genügend freie Kapazität vorhanden wäre. Wenn ein einzelnes Device schon 10Gb/s liefere, sei die Wahrscheinlichkeit für eine solche Konstellation bei 100%. Eine auf

4x10Gb/s basierte Lösung könne daher nicht akzeptiert werden ("Bericht Verifikationsprozess", Ziff. 3 S. 7).

Diese Erklärung leuchtet ein. Die Beschwerdeführerin hat ihr auch nicht substantiiert widersprochen.

2.9 Wenn die Vergabestelle insistiert, dass für ihren Verwendungszweck ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Port von 40Gb/s und einer Lösung mit 4x10Gb/s bestehe, weshalb sie nicht bereit sei, die von der Beschwerdeführerin angebotenen Switches mit 4x10Gb/s Ports anstelle der von ihr im Muss-Kriterium 5 verlangten 40Gb/s Ports für den Uplink zu akzeptieren, und das Angebot der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung einer ausdrücklich als Muss-Kriterium bezeichneten technischen Spezifikation ausgeschlossen hat, so ist dies daher nicht zu beanstanden.

3.

Erfüllt das Angebot der Beschwerdeführerin das Muss-Kriterium 5 nicht, so braucht nicht weiter auf die Rüge der Beschwerdeführerin eingegangen zu werden, die Vergabestelle habe im Rahmen der Fragerunde ein weiteres Muss-Kriterium eingeführt, das sich so nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe.

4.

Der Beschwerdeführerin beantragt mit Eingabe vom 12. Dezember 2019 Einsicht in die von der Vergabestelle eingereichten Verfahrensakten, "so weit dies nach Ansicht des Gerichts zulässig" sei, insbesondere aber in das Offertöffnungsprotokoll, in das Beiblatt betreffend Fragen und Antworten, in den Evaluationsbericht und in die Abschluss- und Zuschlagspublikation.

4.1 Nach ständiger Rechtsprechung hat das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht in Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2, m.H.; Zwischenentscheid des BVer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2, m.H.; GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Die Einsicht in die Vorakten beschränkt sich weiter auf Aktenstücke, denen hinsichtlich eines bestimmten Entscheids Beweiswert zukommt beziehungsweise die grundsätz-

lich geeignet sind, als Beweismittel zu dienen, wobei der mögliche Beweiswert einer Akte im Zweifelsfall nicht leichthin zu verneinen ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG; STEPHAN C. BRUNNER, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 26 N. 33; Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011 E. 9 "Personalverleih"; Zwischenentscheid des BVGer B-1774/2006 vom 13. März 2007, auszugsweise publiziert als BVGE 2007/13, nicht veröffentlichte E. 7.2 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1368 f.).

4.2 Im vorliegenden Fall ist primär die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen umstritten. Weiter rügte die Beschwerdeführerin, dass andere Mitbewerberinnen möglicherweise nach Kenntnis der Frage und Antworten ihre Offerten angepasst hätten.

4.3 Mit Verfügung vom 15. Januar 2020 erhielt die Beschwerdeführerin Einsicht in teilweise abgedeckte Auszüge aus dem Evaluationsbericht ("Bericht Verifikationsprozess" und "Anforderungskatalog mit Auswertung Musskriterien") sowie in die teilweise abgedeckten Protokolle über die Öffnung aller Angebote.

4.4 Der Beschwerdeführerin wurde damit Einsicht in alle jene Akten gewährt, die für die Frage nach der Auslegung und die rechtsgleiche Anwendung der in Frage stehenden Muss-Kriterien relevant sein könnten. Weiter wurden ihr die teilweise abgedeckten Protokolle über die Öffnung aller Angebote zugestellt, damit sie sich vergewissern konnte, dass keine Mitbewerberin ihre Offerte bereits vor der Publikation der Fragen und Antworten eingereicht oder nach diesem Zeitpunkt angepasst hat. Welche weiteren Akten entscheiderelevant sein könnten, ist nicht ersichtlich, so dass kein weitergehender Anspruch auf Einsicht besteht.

5.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als unbegründet.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als vollständig unterliegend und hat daher 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 und Art. 4 VGKE).

7.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vergabestelle ist eine Anstalt des Bundes, weshalb ihr trotz ihres Obsiegens ebenfalls keine Parteientschädigung zugesprochen werden kann (Art. 7 Abs. 3 VGKE; GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.– 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 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP- Projekt-ID 187313; 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: 20. Februar 2020