

Memorandum

an [REDACTED] Bundesamt für Bauten und Logistik
von [REDACTED]
Betrifft **Vergabeverfahren Logdatenanalyse-Werkzeug
Handlungsoptionen nach 3. Bereinigungsrunde**
Datum 27. April 2022 [REDACTED]

[REDACTED]

1. Ausgangslage und Fragestellung¹

- 1 Im Auftrag des BBL hat die Walder Wyss AG («**WW**» oder «**wir**») am 5. August 2021 eine Einschätzung («**Einschätzung**») zur Zulässigkeit eines Abbruchs der WTO-Ausschreibung für ein Logdaten-Analysewerkzeug sowie bestimmte Zusatzleistungen und Optionen (WTO-Projekt 19047 609, Simap Projekt-ID 194805) („**Vergabeverfahren**“) abgegeben.
- 2 Die Ausgangslage hat sich seit der Einschätzung insofern weiterentwickelt, als das BIT und BBL im Herbst 2021 feststellten, dass die Zuschlags- und Bewertungssummen versehentlich nicht im Einklang mit dem Pflichtenheft berechnet worden waren. Konkret sieht das Pflichtenheft Kap. 3.2.2 vor, dass bei Appliance-Lösungen die Hardwareleistung nicht auf BIT-Standardserver angewandt werden soll.
- 3 In der bis und mit 2. Bereinigungsrunde und Nachverhandlung geltenden Fassung des Preisblatts (zuletzt V0.60) wurde jedoch zur Berechnung der Bewertungssumme die Hardware BIT Standard unabhängig von der Art der angebotenen Lösung (reine Software oder Appliance) miteinbezogen, was zu einer verfälschten Bewertung der Kosten von Appliance-Angeboten im Bereich der Hardware (**HW**) führte.²
- 4 Infolgedessen überarbeitete die Vergabestelle das Preisblatt (V0.71) und forderte die im Verfahren verbliebenen Anbieterinnen (LC Systems, Realstuff) im Rahmen einer 3. Bereinigungsrunde auf, dieses erneut auszufüllen und gab

¹ In diesem Memorandum verwendete Begriffe haben, soweit vorliegend nicht abweichend definiert, dieselbe Bedeutung wie in der Einschätzung vom 5. August 2021.

² Schreiben des BBL an Realstuff Informatik AG bzw. LC Systems AG, jeweils vom 10. Dezember 2021, S. 2.

diesen erneut die Wahl, ob sie ein Appliance- oder ein Software-Angebot abgeben. Auch wurde erneut die Anforderung zum Angebot einer unlimitierten Lizenz unter Option 4 erläutert.

- 5 Nach Einschätzung des BBL hat (i) LC Systems ein Angebot eingereicht, welches sich nicht eindeutig als Software-Lösung oder Appliance-Lösung qualifizieren und bewerten lässt, (ii) Realstuff weiterhin unter Option 4 nicht die geforderte unlimitierte Lizenz angeboten und deshalb kein vollständiges Angebot eingereicht. Das BBL beabsichtigt die Vergabe mangels gültiger Angebote abzubrechen. Das weitere Vorgehen nach dem erwogenen Abbruch ist noch nicht festgelegt.
- 6 Das BBL hat uns gebeten, vor dem Hintergrund der neuen Entwicklungen erneut eine Beurteilung zu möglichen Handlungsoptionen abzugeben.
- 7 In der Einschätzung vom 5. August 2021 definierte Begriffe haben dieselbe Bedeutung in diesem Memorandum. Die gestellten Rechtsfragen beurteilen sich nach dem alten Recht vor dem Inkrafttreten des neuen BöB (vgl. Einschätzung, Ziff. 4.1).

2. Findings

- 8 Die Gerichtspraxis geht von wirksamem Wettbewerb aus, wenn mindestens drei Anbieterinnen ein (gültiges) Angebot abgeben. Dies ist bei der vorliegenden Beschaffung nicht erfüllt: Mindestens bei EMITEC und Acceleris liegen Ausschlussgründe vor, sodass höchstens zwei Anbieterinnen im Verfahren verbleiben. Ein Verfahrensabbruch könnte etwa damit begründet werden, dass die Ausschreibung entgegen der ursprünglichen Einschätzung der Vergabestelle zu einer ungenügenden Zahl von gültigen Angeboten geführt hat und damit kein genügender Wettbewerb vorlag. Die Durchführung des Vergabeverfahrens widerspricht damit dem öffentlichen Interesse. Ein Abbruch des Verfahrens wäre immerhin mit gewissen Risiken behaftet:
- 9 Das von LC Systems infolge der 2. Bereinigungsrunde bzw. Nachverhandlung eingegebene Software-Angebot ist weiterhin gültig, während das in der 3. Bereinigungsrunde eingegebene Appliance-Angebot als unzulässige Variante auszuschliessen ist.
- 10 Der Umstand, dass auch nach mehrfachen Nachbereinigungen nur zwei Anbieterinnen (und mindestens eine davon, LC Systems, offenbar auch nur aufgrund

einer Abweichung vom Standard-Pricing-Modell) unter Option 4 eine unlimitierte Lizenz anbieten konnten, deutet darauf hin, dass das Kriterium nicht (mehr) marktgerecht ist. Das für die Vertragsdauer vom BIT erwartete Datenanalysevolumen scheint auch durch das Angebot von Realstuff abgedeckt zu sein. Dazu ist das Angebot von Realstuff offenbar wesentlich günstiger. Es besteht ein reelles Risiko, dass im Beschwerdefall die Anwendung des Kriteriums der unlimitierten Lizenz als überspitzt formalistisch und/oder wettbewerbsfeindlich beurteilt werden könnte. Das BBL/BIT könnte jedoch argumentieren, dass auch bei Verzicht auf die unlimitierte Lizenz weniger als drei Anbieterinnen im Rennen bleiben würden und damit ungenügender Wettbewerb herrscht. Bei einem Verfahrensabbruch dürfte schliesslich mit mindestens zwei Beschwerden (LC Systems, Realstuff) zu rechnen sein. Bei einem Zuschlag an eine dieser beiden Anbieterinnen dürfte es immerhin eine Beschwerde weniger sein.

- 11 Sollten das BBL/BIT die beschriebenen Risiken des Abbruchs als zu gross beurteilen, bestünde ein alternatives (risikominimiertes) Vorgehen darin, dass (i) das BBL/BIT auf das Kriterium der unlimitierten Lizenz und dessen Bewertung im Hinblick auf den Zuschlag verzichten (oder es im Rahmen ihres Ermessens als erfüllt erachten), (ii) den allfälligen Verzicht auf das Kriterium den verbliebenen Anbieterinnen schriftlich mitteilen, und (iii) soweit Realstuff bei Verzicht auf Bewertung der unlimitierten Lizenz (bzw. Annahme der Erfüllung des Kriteriums) rechnerisch für den Zuschlag in Frage kommt, im nächsten Schritt mit Realstuff einen PoC durchführen würde. Bei positivem Resultat wären sodann das Software-Angebot von LC Systems und das Appliance-Angebot von Realstuff je zu bewerten und dem wirtschaftlich günstigeren Angebot den Zuschlag zu erteilen. Die parkierten Offerten von EMITEC und Acceleris würden mit dem Zuschlag gleichzeitig implizit vom Verfahren ausgeschlossen.

3. Berücksichtigte Informationen

- 12 Für die Zwecke dieses Memorandums haben wir ausschliesslich die im Anhang aufgeführten Dokumente sowie die anlässlich der telefonischen Besprechungen zwischen dem BBL/BIT und WW vom 7. April sowie vom 21. April 2022 zur Verfügung gestellten Informationen berücksichtigt. Darüber hinaus haben wir instruktionsgemäss keine eigenen Abklärungen getroffen.

4. Rechtliche Analyse

4.1. Status der Anbieterinnen

13 Von den ursprünglich vier Anbieterinnen hat das BBL zwei nicht mehr für die 3. Bereinigungsrunde berücksichtigt:

- EMITEC AG: Die Anbieterin wurde bereits nach der ersten schriftlichen Bereinigung/Nachverhandlung wegen nicht erfüllten technischen Spezifikationen nicht weiter berücksichtigt («parkiert»). Ob und ggf. in welcher Form dies EMITEC kommuniziert wurde, ist uns nicht bekannt.
- Acceleris AG: Ihr Angebot wurde aufgrund Eintritts einer Nachlassstundung parkiert und soll ausgeschlossen werden. Ob und ggf. in welcher Form dies Acceleris kommuniziert wurde, ist uns nicht bekannt.

14 Bei den zwei verbliebenen Anbieterinnen ist die Situation aktuell wie folgt:

- LC Systems Engineering AG: Die Anbieterin hat gemäss Beurteilung des BBL nach zwei Bereinigungsrunden und einer mündlichen Nachverhandlung als einzige ein vollständiges Preisangebot (inkl. unlimitierte Lizenz bei Option 4) eingereicht und wurde damit als einzige zum PoC zugelassen. Das Angebot in der 3. Bereinigungsrunde ist nach Beurteilung des BBL nicht eindeutig als Software- oder Appliance-Angebot bewertbar.
- Realstuff Informatik AG: Mit Schreiben an das BBL vom 2. Oktober 2020 be-
anstandete die Anbieterin die Nichtzulassung ihres Angebots zum PoC. Die Anbieterin wurde im Rahmen der 3. Bereinigungsrunde zur erneuten Abgabe eines Angebots eingeladen. Nach Beurteilung des BBL erfolgte wiederum kein vollständiges Preisangebot (unlimitierte Lizenz bei Option 4 fehlt).

4.2. Beabsichtigter Ausschluss von Acceleris AG

15 Die Vergabestelle ist gehalten, bei Vorliegen allfälliger Ausschlussgründe den Sachverhalt sorgfältig abzuklären und allfällige Beweise sorgfältig zu würdigen.

Ein Ausschluss basierend auf Vermutungen oder reinen Verdachtsmomenten wäre unzulässig.³

- 16 Eine Anbieterin kann namentlich vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie die Eignungskriterien nicht (mehr) erfüllt (vgl. Art. 11 lit. a aBöB), oder wenn sie sich in einem Konkursverfahren befindet (vgl. Art. 11 lit. f aBöB). Letzterer Ausschlussgrund setzt eine abgeschlossene Betreuung voraus. Der Eintritt einer Anbieterin in ein Nachlassverfahren gemäss Art. 293 ff. SchKG, welches einem allfälligen Konkursverfahren vorgelagert ist, stellt hingegen *per se* noch keinen Verfahrensausschlussgrund dar. So ist etwa denkbar, dass im Zuge von Nachlassverhandlungen oder einer Nachlassliquidation ein Verkauf (etwa durch Vermögensübertragung gemäss FusG) und eine Weiterführung der betreffenden Geschäftssparte durch einen Rechtsnachfolger erfolgt.
- 17 Laut Handelsregisterauszug⁴ wurde der Acceleris am 11. November 2020 eine definitive Nachlassstundung gewährt. Mit Entscheid vom 19. Mai 2021 hat das zuständige Gericht den von der Acceleris mit ihren Gläubigern abgeschlossenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Gemäss Ziff. 10.3.1 des Evaluationsberichts wurden die laufenden Aufträge der Acceleris per 1. Dezember 2020 an T-Systems Schweiz AG (**T-Systems**) übertragen. Gemäss Angabe der Vergabestelle⁵ (welche wir nicht nachgeprüft haben) wird jedoch der die Vergabe betreffende Geschäftsbereich von T-Systems nicht weitergeführt, es kommt mithin zur Geschäftseinstellung. Damit erfüllt die Anbieterin gleich mehrere Teilnahmebedingungen nicht mehr (insbesondere EK01 Wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit, EK04 Personelle Ressourcen). Einen Ausschluss von Acceleris erachten wir vor diesem Hintergrund als zulässig (vgl. Art. 11 lit. a aBöB). Der Ausschluss einer Anbieterin erfolgt idealerweise implizit mit der Zuschlagsverfügung.⁶

4.3. Beabsichtigter Ausschluss von EMITEC AG

- 18 Erfüllt eine Anbieterin die technischen Spezifikationen und Eignungskriterien nicht, so kann sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, soweit sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig da überspitzt formalistisch erweist

³ Vgl. LOCHER, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 44 N 41.

⁴ Abrufbar unter: <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-110.301.567> (zuletzt besucht am 18. April 2022).

⁵ Telefonische Besprechung zwischen BBL, BIT und WW vom 7. April 2022.

⁶ Vgl. TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch et al. (Hrsg.), OFK Wettbewerbsrecht II, Nr. 5 BöB, 2. Aufl. 2021, Art. 44 N 25 f. m.w.H.

(vgl. Art. 11 lit. a aBöB).⁷ Eine Nichterfüllung von Muss-Kriterien führt gemäss der Rechtsprechung nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren – die Muss-Kriterien haben sachlich begründet zu sein.⁸

- 19 Aus dem Evaluationsbericht geht hervor, dass EMITEC nach der ersten schriftlichen Angebotsbereinigung/Nachverhandlung zur Teilnahme am weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt wurde, da die Anbieterin drei technische Spezifikationen nicht erfüllte. Die Erfüllung gewisser *Eignungskriterien* (EK03 Erfahrung, EK18 Schweizer Recht und Gerichtsstand sowie EK19 Datenverarbeitung in der Schweiz) wurden aus diesem Grund offengelassen (Evaluationsbericht, Ziff. 9.2 f.). Die auch nach Bereinigung/Nachverhandlung nicht erfüllten technischen Spezifikationen betrafen gemäss Evaluationsbericht TS 12 Datenintegrität, TS 16 Rechenzeit einschränkbar, sowie TS 22 Scheduling von Reports.
- 20 Die technischen Spezifikationen werden im Anhang 2 zum Pflichtenheft näher ausgeführt. Eine Detailbegründung, inwiefern EMITEC die betreffenden technischen Spezifikationen nicht erfüllt hat, findet sich in Ziff. 10.1.3 Tabelle 20 sowie Ziff. 10.1.3.1 Evaluationsbericht. Bei oberflächlicher Durchsicht der TS 12, 16 und 22 ergaben sich für uns keine Anhaltspunkte darauf, dass diese technischen Spezifikationen im Lichte des Beschaffungszwecks und -gegenstands nicht sachlich begründet wären. Der Evaluationsbericht beschreibt schlüssig, weshalb EMITEC die genannten Spezifikationen nicht erfüllt. Inwieweit der festgestellte Grad der Mängel den Beschaffungszweck tatsächlich beeinträchtigt bzw. sich negativ auf die Beschaffung ausgewirkt hätte, können wir aus technischer Sicht nicht beurteilen. Aufgrund der verfügbaren Informationen erscheint uns der Ausschluss von EMITEC vom Verfahren begründet. Betreffend Zeitpunkt des Ausschlusses verweisen wir auf Rz. 17 oben.

4.4. Begründung eines Verfahrensabbruchs

- 21 Die Gerichtspraxis geht von wirksamem Wettbewerb in einem Vergabeverfahren aus, wenn mindestens drei Anbieterinnen ein (gültiges) Angebot abgeben.⁹ Dies ist hier nicht erfüllt: Nach dem Gesagten liegen mindestens bei EMITEC und Acceleris Ausschlussgründe vor, sodass höchstens zwei Anbieterinnen verbleiben (LC Systems und Realstuff).

⁷ BGer 2C_346/2013, Urteil vom 20. Januar 2014, E. 3.3 m.w.H.; BGer 2C_665/2015, Urteil vom 26. Januar 2016, E. 1.3.3.

⁸ Vgl. VGer ZH VB.2018.00450, Urteil vom 15. November 2018, E. 4.2.2.

⁹ BVGer B-1470/2010, Urteil vom 24. März 2010, E. 5 m.w.H.

22 Ein Verfahrensabbruch könnte damit begründet werden, dass die Ausschreibung entgegen der ursprünglichen Einschätzung der Vergabestelle zu einer ungenügenden Zahl von gültigen Angeboten geführt hat und damit kein genügender Wettbewerb vorlag. Zudem waren drei der vier ursprünglichen Anbieterinnen auch nach mehreren Bereinigungen und Nachverhandlungen nicht in der Lage, das von der Vergabestelle nachgefragte Produkt (unlimitierte Lizenz) anzubieten. Die Durchführung des Vergabeverfahrens widerspricht aus diesen Gründen dem öffentlichen Interesse, namentlich dem wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c aBöB). Die Vorgehensweise würde eine extensive Auslegung von Art. 30 Abs. 2 lit. a aVöB bedingen.¹⁰ Ein Abbruch des Verfahrens wäre immerhin mit gewissen Risiken behaftet, welche nachfolgend aufgezeigt werden.

4.5. Risiken

4.5.1. Gültiges Angebot der LC Systems Engineering AG in der 3. Bereinigungsrunde

23 Im für die 3. Bereinigungsrunde angepassten Preisblatt (neue Version V0.71) wird neu für die Bewertungssumme von Appliance-Angeboten die Hardware BIT Standard nicht mehr eingerechnet. Änderungen in Bezug auf die Bewertungssumme oder -modalitäten bei reinen Software-Angeboten erfolgten soweit ersichtlich keine (vgl. Änderungstabelle im Anhang zum Begleitschreiben vom 10. Dezember 2021 zum revidierten Preisblatt im Rahmen der 3. Bereinigungsrunde, «**Begleitschreiben**»¹¹).

24 In ihrem Begleitschreiben wies die Vergabestelle auf Folgendes hin (S. 5):

«Sofern und soweit Ihrerseits innert der obengenannten Frist kein angepasstes Angebot eingereicht wird, wird Ihr Angebot nach Massgabe der bisher eingereichten Unterlagen in die Evaluation einbezogen. Der

¹⁰ So erlaubt Art. 43 Abs. 1 des revidierten BöB etwa in lit. d den Abbruch, wenn die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben. Keine wirtschaftliche Beschaffung kann vorliegen, wenn sich nicht genügend geeignete Anbieterinnen finden lassen. In jedem Fall darf die Vergabestelle das Verfahren abbrechen, wenn die eingereichten und gültigen Offerten ihre sorgfältige Preisschätzung deutlich übersteigen (vgl. LOCHER, in: Trüeb, Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 43 N 15). Die Gründe gemäss Art. 30a aVöB waren nicht abschliessend. Bei der Aufzählung in Art. 43 Abs. 1 BöB handelt es sich um eine Kodifikation bereits vor der Gesetzesrevision geltender Grundsätze der Rechtsprechung, somit können diese u.E. auch für die vorliegende Beschaffung herangezogen werden.

¹¹ Vom BBL bestätigt an telefonischer Besprechung zwischen WW und [REDACTED] BBL vom 21. April 2022.

Einbezug steht insbesondere unter der Bedingung, dass Sie die Gültigkeitsdauer desselben innert Frist bestätigt haben werden [...]»

(Hervorhebungen hinzugefügt)

- 25 Die LC Systems hat in der 3. Bereinigungsrunde ein Appliance-Angebot eingegeben. Dies ergibt sich aus dem eingereichten Preisblatt und wird von LC Systems im Begleitbrief zur neuen Offerte ausdrücklich bestätigt:

*«[...] macht LC Systems Gebrauch von der nochmaligen Wahlmöglichkeit zwischen einem Software und Applianceangebot und **unterbreitet hiermit ein Appliance Angebot.**»*

(Hervorhebungen hinzugefügt)

- 26 Ergänzend äussert sich LC Systems in demselben Begleitbrief jedoch wie folgt:

*«[...] das **hier eingereichte Angebot mit Appliances [ist] ergänzend [...]** zu **unserem bestehenden, und in der Gültigkeit verlängerten Software Angebot mit BIT Standard-hardware.** Da unseres Erachtens Ihr Schreiben [...] lediglich Auswirkungen auf die Hardware-Preise hat, haben wir den **Teil des Angebots betreffend die Software, nicht ersetzt.**»*

(Hervorhebungen hinzugefügt)

- 27 Ziff. 3.2.1 des Pflichtenhefts sieht ausdrücklich vor:

*«Als Angebot zugelassen wird **entweder eine Softwarelösung oder eine Appliance-Lösung.** Es ist **nicht erlaubt, beide Lösungsarten anzubieten.**»*

(Hervorhebungen hinzugefügt)

- 28 Ebenso ausgeschlossen wurden Varianten (Pflichtenheft, Ziff. 8.2.5).

- 29 Aus dem Begleitbrief geht deutlich hervor, dass LC Systems zusätzlich zum bestehenden reinen Software-Angebot – welches weiterhin seine Gültigkeit behält – ein Appliance-Angebot macht. Aus unserer Sicht ist das neue Appliance-Angebot daher als Zusatzangebot bzw. Variante zu verstehen. Da die Unterbreitung eines Zusatzangebots bzw. einer Variante gegen die Ausschreibungsunterlagen verstösst, ist diese(s) von der Bewertung auszuschliessen. Das

ursprüngliche Angebot der LC Systems, welches gemäss Evaluationsbericht Ziff. 11 alle Ausschreibungsbedingungen erfüllt hat und daher bereits für den Zuschlag vorgesehen war, bleibt bestehen. Da im Rahmen der 3. Bereinigungsrunde in Bezug auf die Bewertungssumme oder -modalitäten bei reinen Software-Angeboten keine Anpassungen erfolgten (vgl. Rz. **Error! Reference source not found.** oben), sollte u.E. die Vergleichbarkeit der Offerten auch gegenüber Appliance-Lösungen (gemäss neuem Preisblatt V0.71) gewährleistet sein.¹² Einer Berücksichtigung des bestehenden Angebots von LC Systems (V0.60) stünde folglich nichts entgegen.

- 30 Besteht ein gültiges Angebot, so hat dieses grundsätzlich Anspruch auf den Zuschlag. Nachfolgend zu prüfen ist, ob dennoch ein Verfahrensabbruch mangels genügenden Wettbewerbs in Frage kommt.

4.5.2. Schwierigkeiten der Anbieterinnen mit der unlimitierten Lizenz (Option 4)

- 31 Gemäss Ziff. 3.2.3 ff. des Pflichtenhefts hatten die Anbieterinnen diverse Leistungsbestandteile («Optionen») anzubieten. Die Anbieterinnen hatten laut ausdrücklicher Vorgabe zwingend sämtliche nachgefragten Leistungsbestandteile («Optionen») anzubieten. Daraus darf u.E. gefolgert werden, dass ein Angebot, welches nicht alle Optionen abdeckt, als unvollständig ausgeschlossen würde.
- 32 Unter Option 4 hatten die Anbieterinnen Logdatenanalyse-Werkzeug inkl. benötigte Hard- und Software oder Appliances für den verlangten Leistungsumfang, Logdatenverarbeitung von unlimitierten GB/Tag, für den Vertragszeitraum 01.04.2020 bis 31.03.2034 anzubieten (Pflichtenheft, Ziff. 3.2.3, Tabelle 1).
- 33 Die maximalen Erwartungen betreffend Datenmenge werden in Ziff. 3.2.3 Tabelle 2 umschrieben. Das BIT ging in der Ausschreibung davon aus, dass über die Vertragslaufzeit eine dynamische Entwicklung des zu analysierenden Logdatenvolumens stattfinden würde, wobei die Logdatenmenge aufgrund des anfänglich fortlaufenden Anschlusses neuer Quellsysteme zunächst rasch wachsen und danach, nach Anschluss aller Quellsysteme, weniger stark ansteigen würde. Das BIT rechnete mit einem maximalen Leistungsbedarf von 5 TB/Tag. Da nach dem Aufbau der Logdatenumgebung das Datenanalysevolumen beliebig skalierbar sein sollte, wurde für den Zeitraum ab 2024 ein *unlimitiertes* Lizenzvolumen GB/Tag verlangt.

¹² Vom BBL bestätigt an telefonischer Besprechung zwischen WW und [REDACTED] BBL vom 21. April 2022.

- 34 Gemäss dem Evaluationsbericht waren drei von vier Anbieterinnen auch nach mehrfachen Nachverhandlungen nicht in der Lage, unter Option 4 eine unlimitierte Lizenz anzubieten.
- 35 Kann keine Anbieterin die von der Vergabebehörde definierten Eignungskriterien erfüllen, kann dies ein Zeichen sein, dass die Anforderungen den Realitäten des Marktes nicht entsprechen; die Vergabebehörde kann alsdann unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbieterinnen entweder das Verfahren abbrechen oder auf strikte Respektierung der unangemessenen Anforderung verzichten, wobei der Abbruch die Ausnahme bleiben soll.¹³
- 36 Können nur ganz wenige Anbieterinnen die von der Vergabebehörde definierten Kriterien an die technische Lösung erfüllen, so kann dies darauf hindeuten, dass das Vergabekriterium produkt- oder technologiespezifisch und damit möglicherweise nicht wettbewerbsneutral ist. In diesem Fall kann die Vergabebehörde – in analoger Weiterung der zitierten Rechtsprechung – unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbieterinnen auf das betreffende Kriterium verzichten. Der Verzicht und die damit verbundene Anpassung der Bewertung ist den Anbieterinnen schriftlich zu kommunizieren.
- 37 Es sind für die vorliegende Konstellation zwei Fälle zu unterscheiden:
- Die Anbieterin verfügt aus *zwingenden technischen Gründen* über ein anderes Pricing-Modell als von der Vergabestelle vorgesehen. Änderungen des Pricing-Modells würden technische Änderungen am Produkt bedingen.
 - Die Anbieterin verfügt aus anderen (z.B. kommerziellen) Gründen über ein anderes Pricing-Modell als von der Vergabestelle vorgesehen.
- 38 Im ersten Fall ist die gestellte Anforderung nicht technologieneutral und – sofern keine sachlichen Gründe für eine entsprechende technologiebezogene Begrenzung des Beschaffungsgegenstands bestehen – tendenziell vergaberechtswidrig. Im zweiten Fall erfüllt die Anbieterin Anforderungen der Vergabestelle nicht, weshalb ein Ausschluss des Angebots in Betracht kommt. Die Anforderungen der Vergabestelle können sich jedoch auch in diesem zweiten Fall aus anderen Gründen, etwa mangelnde Marktgerechtigkeit, als wettbewerbsfeindlich herausstellen:

¹³ BGer 2C_665/2015, Urteil vom 26. Januar 2016 m.H. auf Urteil 2C_876/2014 E. 7.3 und 7.4.2.

- 39 Gemäss der Rechtsprechung darf die Vergabestelle die Anforderungen an die Anbieterinnen nicht so definieren, dass diese dazu führen, dass nur zwei Anbieter die in Frage stehende Leistung erbringen können. Ein «genügender Restwettbewerb» bedingt folglich mindestens drei Anbieterinnen.¹⁴
- 40 EMITEC hatte offenbar eine unlimitierte Lizenz gemäss Anforderung der Vergabestelle offeriert. Realstuff hat in seinem auf die zweite Bereinigungsrunde bzw. Nachverhandlung folgenden Angebot vom 7. September 2020 angegeben, dass die angebotene Appliance 'Elastic Enterprise' nach dem sog. Enterprise Resource Unit (ERU)-Modell lizenziert wird. Dabei werde der gesamte adressierbare RAM der Elastic-Komponenten berechnet. Statt mit GB/Tag oder einer anderen Datenübertragungs-Metrik werde nur nach dem «gesamten adressierbaren RAM-Footprint lizenziert». Das 'unlimitierte' Angebot wurde auf 1'000 ERU (d.h. 62 TB RAM) ausgelegt («Cap»). Das BIT stellte im Evaluationsbericht fest, dass die von Realstuff angebotene Lizenz durch die Grösse der verwendeten RAMs limitiert ist. Da der Hardwarebedarf mit zu verarbeitender Datenmenge linear steigen müsse, steige auch der RAM-Bedarf mit dem Datenvolumen. Aufgrund des RAM-Cap entspreche das Angebot nicht den Anforderungen einer unlimitierten Lizenz.
- 41 Mit dem Angebot in der 3. Bereinigungsrunde hat Realstuff nun «Subscription unlimitiertes Datenvolumen GB/Tag» offeriert. Sie wies darauf hin, dass alle Optionen ein unlimitiertes Datenvolumen pro Tag enthielten, jedoch eine Limitierung durch die Hardware des Appliance Bundle gegeben sei. In Option 4 seien die Appliances so ausgelegt, dass rund 500TB Logdaten für die letzten 90 Tage zur Verfügung stehen. Daraus schloss das BIT offenbar, dass weiterhin keine unlimitierte Lizenz angeboten wird.
- 42 Nach unserem Verständnis ergibt sich die Limitierung der auswertbaren Logdatenmenge aus der Kopplung der Lizenz an den RAM-Footprint und damit an die Kapazität der Appliance-Hardware. Dieses Prinzip hat sich mit dem neuen Angebot von Realstuff in der 3. Bereinigungsrunde nicht geändert. Insofern erscheint uns die Schlussfolgerung des BIT, dass das Kriterium einer unlimitierten Lizenz unter Option 4 weiterhin nicht erfüllt sei, nachvollziehbar. Aus den Unterlagen ergeben sich uns keine Anhaltspunkte, dass das Pricing-Modell aus zwingenden technischen Gründen (z.B. aufgrund des Appliance-Modells) auf eine limitierte Kapazität ausgelegt werden muss. Dies entspricht auch dem Verständnis des

¹⁴ BVGer B-1470/2010, Urteil vom 24. März 2010, E. 5 m.w.H.

BBL.¹⁵ Somit dürfte die Forderung nach einer unlimitierten Lizenz u.E. vorliegend wohl nicht gegen das Gebot der Technologieneutralität verstossen.

- 43 Da nach dem Gesagten zwei Anbieterinnen (LC Systems und EMITEC) das fragliche Kriterium erfüllen konnten, fragt sich, ob das Beschaffungskriterium infolge fehlender Marktgerechtigkeit zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung des Anbieterkreises führt. Zwar beweist die gemäss Evaluation des BIT von LC Systems unter Option 4 angebotene unlimitierte Lizenz, dass eine solche für den Beschaffungsgegenstand grundsätzlich auf dem Markt erhältlich ist. Jedoch hatte anlässlich der zweiten mündlichen Nachverhandlung offenbar ein Vertreter der «Lizenzgebers»¹⁶ bestätigt, dass im Standard-Pricing-Modell des von LC Systems angebotenen Produkts «Splunk» keine unlimitierte Lizenz vorhanden sei, jedoch «andere Lizenzmodelle zur Verfügung» stünden. Das auf diese zweite mündliche Nachverhandlung folgende Angebot der LC Systems erfüllte dann offenbar die Anforderungen an eine unlimitierte Lizenz (Evaluationsbericht, Ziff. 10.3.4.2, S. 67 f.) Unseres Erachtens ist dieser Umstand sowie die mangelnde Fähigkeit der weiteren Anbieterinnen zur Erfüllung der Anforderung zumindest ein Indiz dafür, dass das Kriterium einer unlimitierten Lizenz nicht (mehr) den aktuellen Begebenheiten des Anbietermarktes entspricht. Da weniger als drei Anbieterinnen das Kriterium erfüllen konnten, könnte ein Gericht im Beschwerdefall zum Schluss kommen, dass die unlimitierte Lizenz keinen «genügenden Restwettbewerb» gemäss der aktuellen Rechtsprechung erlaube und damit das Kriterium als übermässige Wettbewerbsbeschränkung beurteilen. Schliesslich scheint das für die Vertragsdauer vom BIT *prognostizierte* Datenanalysevolumen auch durch das Angebot von Realstuff abgedeckt zu sein. Der Vergabezweck würde somit durch einen allfälligen Zuschlag an Realstuff nicht vereitelt oder gefährdet, womit ein reelles Risiko besteht, dass sich das BIT/BBL bei einem namentlich auf dieses Kriterium gestützten Verfahrensabbruchs oder -ausschlusses dem Vorwurf des überspitzten Formalismus aussetzen würde. Darauf könnte das BBL/BIT immerhin entgegenen, dass auch bei Verzicht auf die unlimitierte Lizenz weniger als drei Anbieterinnen (LC Systems und Realstuff) im Rennen blieben und damit ungenügender Wettbewerb herrsche.

¹⁵ Gemäss telefonischer Besprechung zwischen WW und [REDACTED] BBL vom 21. April 2022.

¹⁶ Wir nehmen an, dass es sich um einen Vertreter von Splunk handelt.

4.6. Mögliches alternatives Vorgehen

- 44 Falls BBL/BIT die beschriebenen, mit dem Abbruch verbundenen Risiken als zu gross beurteilen sollten, so bestünde ein alternatives (risikominimiertes) Vorgehen:
- 45 Die Vergabestelle ist grundsätzlich berechtigt, unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nachträglich auf (die Bewertung von) gewisse Ausschreibungskriterien zu verzichten, wenn dies im Hinblick auf den Beschaffungszweck als gerechtfertigt erscheint. Wenn die Vergabebehörde beabsichtigt, auf die Forderung nach der Erfüllung eines Vergabekriteriums zu verzichten, muss sie insbesondere die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass andere Unternehmen zuvor auf ein Angebot verzichtet haben könnten, weil sie das betreffende Kriterium nicht erfüllen konnten. Das Interesse dieser Unternehmen an einer möglichen Wiederholung des Vergabeverfahrens muss also insbesondere gegen das öffentliche Interesse an einem zügigen Fortgang des Vergabeverfahrens abgewogen werden.¹⁷
- 46 Unseres Erachtens würde vorliegend das Interesse der Vergabestelle an einem Verzicht auf das Kriterium gemäss Option 4 bzw. auf dessen Bewertung überwiegen: Das Vergabeprojekt ist Stand heute gegenüber dem ursprünglichen Projektfahrplan um über 2 Jahre verzögert. Dass potenzielle weitere Anbieterinnen aufgrund der Option 4 von einer Teilnahme an der Ausschreibung abgesehen hätten, erscheint uns nicht wahrscheinlich. Mit EMITEC, Realstuff und Acceleris gaben drei Anbieterinnen Offerten ab, welche der Meinung waren, dass sie die Anforderungen erfüllen würden. Sie fühlten sich mithin durch das Kriterium Option 4 nicht von einer Offertabgabe abgehalten. Die Zulassung von Realstuff zum Vergabeverfahren neben LC Systems würde den Anbieterwettbewerb stärken und stünde damit im Interesse des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Ein Verzicht auf das Kriterium wäre den verbliebenen Anbieterinnen schriftlich mitzuteilen und entsprechend zu begründen.
- 47 Da das für die Vertragsdauer vom BIT *prognostizierte* Datenanalysevolumen nach unserem Verständnis auch durch das Angebot von Realstuff abgedeckt wird, könnte die Vergabestelle statt eines Verzichts auf das Kriterium dieses im Rahmen ihres Ermessens auch durch die Offerte von Realstuff als erfüllt erachten.

¹⁷ Vgl. BGer 2C_876/2014, Urteil vom 4. September 2015, E. 7.3.

- 48 Realstuff wurde nach Durchlaufen der ersten Evaluationsphasen parkiert. Soweit sie bei Verzicht auf Bewertung der Option 4 bzw. Annahme der Erfüllung des Kriteriums rechnerisch für den Zuschlag in Frage käme, müsste Realstuff infolge Erfüllung der übrigen Ausschreibungskriterien zum PoC zugelassen werden. Bei positivem Resultat im PoC wäre die Anbieterin für die weitere Phase der Evaluation im Hinblick auf die Zuschlagserteilung beizuziehen (vgl. Pflichtenheft Ziff. 5.4, Ziff. 6.1.3). Dem wirtschaftlich günstigeren Angebot wäre in der Folge der Zuschlag zu erteilen.

* * * * *

Anhang – Geprüfte Dokumente

- [REDACTED];
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

* * * * *