

**Memorandum**

an [REDACTED] Bundesamt für Bauten und Logistik  
von [REDACTED]  
Betrifft **Vergabeverfahren Logdatenanalyse-Werkzeug**  
Datum 5. August 2021 [REDACTED]

[REDACTED]

**1. Ausgangslage und Fragestellung**

- 1 Die Bundesverwaltung sammelt und analysiert seit längerer Zeit Logdaten. Logdaten werden durchsucht und nach bestimmten Kriterien gefiltert, wobei die Auswertungsziele und -kriterien von den Aufgaben der jeweiligen Verwaltungszweige abhängen. Die Bedeutung der Logdatenanalyse nimmt entsprechend immer grösserer Datenvolumina und erweiterter Verwendungszwecke zu.
- 2 Aktuell nutzen die IKT-Leistungserbringer der Bundesverwaltung abteilungsübergreifend die Software-Lösung „Splunk“, welche vom Anbieter LC Systems-Engineering AG („LC Systems“) beschafft wurde. Die bislang in Anspruch genommenen Leistungen umfassen ca. [REDACTED]. Eine Ausschreibung dieser Leistungen fand nach heutigem Kenntnisstand nicht oder nur in Einzelfällen statt.
- 3 Aufgrund des Ablaufs der betreffenden Beschaffungsverträge entschied das Bundesamt für Bauten und Logistik („BBL“), eine WTO-Ausschreibung im offenen Verfahren für ein Logdaten-Analysewerkzeug sowie bestimmte Zusatzleistungen und Optionen für einen Leistungszeitraum vom 1. April 2020 bis zum 31. März 2034 (WTO-Projekt 19047 609, Simap Projekt-ID 194805) („**Vergabeverfahren**“) durchzuführen. Die Ausschreibung wurde am 16. Oktober 2019 publiziert und am 13. November 2019 berichtigt. Vergabestelle ist das Bundesamt für Informatik („BIT“).
- 4 Es gingen unseres Wissens (wir waren weder mit der Ausschreibung noch mit der Evaluation befasst) Angebote von vier Herstellern ein. Der Evaluationsablauf umfasste zwei schriftliche Angebotsbereinigungen und eine mündliche Bereinigung. Nach Prüfung der bereinigten Angebote erfüllte nach Beurteilung des BBL nur ein Angebot die Voraussetzung für die Zulassung zum Proof of Concept

(„PoC“). Die drei weiteren Angebote wurden parkiert, d.h. nicht zum PoC zugelassen. Dies wurde den Anbietern mit Schreiben des BBL vom 25. September 2020 mitgeteilt.

- 5 Mit Schreiben vom 2. Oktober 2020 wandte sich die Anbieterin RealStuff Informatik AG („RealStuff“) an das BBL und beanstandete, dass ihr Angebot nicht zum PoC zugelassen wurde. Im Wesentlichen brachte sie vor, die vom BBL nachträglich angepassten Bewertungsmethoden für den Angebotspreis widersprüchen den Ausschreibungsunterlagen und erhöhten den Angebotspreis künstlich um ein Vielfaches. Überdies seien vom BBL geforderten Nachweise betreffend anzubietende Lizenzen sachwidrig. Das Schreiben wurde unseres Wissens nicht beantwortet.
- 6 Nach Abschluss des PoC empfahl das Evaluationsteam, den Zuschlag dem bisherigen Anbieter LC Systems zu erteilen. Das BIT stimmte der Empfehlung am 15. Februar 2021 zu. Der Zuschlag wurde bislang weder publiziert noch den Anbietern kommuniziert.
- 7 Das BBL zieht aktuell in Erwägung, das laufende Vergabeverfahren abubrechen und stattdessen eine produktspezifische Ausschreibung (sog. Händlerwettbewerb) für die Software Splunk durchzuführen.
- 8 Vor diesem Hintergrund hat sich das BBL an uns gewandt, um die Risiken eines Verfahrensabbruchs einerseits (dazu Ziffer 4.2) sowie der Fortführung des laufenden Verfahrens andererseits (dazu Ziffer 4.3) einzuschätzen sowie mögliche Handlungsoptionen (dazu Ziffer 4.4) abzuklären.

---

## 2. Executive Summary

- 9 Ein Abbruch des laufenden Vergabeverfahrens lässt sich auf keinen der in Art. 30 aVöB genannten Tatbestände stützen. Erfüllt im Rahmen einer offenen Ausschreibung nur ein Anbieter alle Kriterien, so hat er Anspruch auf den Zuschlag (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a aVöB *e contrario*).
- 10 Ein Abbruch infolge Projektänderung (Abs. 3) in Form einer produktspezifischen Ausschreibung wäre u.E. unzulässig: Die Vergabestelle ist in der Definition bzw. Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes grundsätzlich frei, sie hat sich dabei jedoch an das Wettbewerbsprinzip und das Diskriminierungsverbot (Art. 1 Abs. 1 lit. b aBöB) zu halten.

- 11 Eine produktspezifische Ausschreibung wäre vorliegend mit dem Wettbewerbsgrundsatz nicht vereinbar und würde vor Gericht kaum standhalten:
- Um statt eines offenen Anbieterverfahrens eine produktspezifische Ausschreibung durchzuführen und damit den Gegenstand des Vergabeverfahrens einzuschränken, müsste die Vergabestelle die Festlegung des Produkts analog zu einem Freihandtatbestand begründen können.
  - Das offene Verfahren hat gezeigt, dass technische Alternativen zum bisher eingesetzten Produkt existieren und dass dazu – wenn auch unter einer beschränkten Zahl von Anbietern – ein wirksamer Wettbewerb herrscht. Mit – angesichts des Investitionsvolumens – überschaubaren Umstellungskosten kann die Angemessenheit dieser Alternativen nicht in Frage gestellt werden.
  - Wurde das bislang verwendete Produkt möglicherweise ohne offene Ausschreibung beschafft, so kann sich die Vergabestelle nicht ohne Weiteres auf den Investitionsschutz berufen. Daher wäre in diesem Fall gemäss dem Wettbewerbsprinzip grundsätzlich eine offene oder selektive, produktneutrale Ausschreibung angezeigt.
- 12 Die Chancen einer Beschwerde gegen einen allfälligen Verfahrensabbruch erscheinen uns als intakt. Überdies riskierte das BBL auch eine Gefährdung der seit dem Microsoft-Entscheid<sup>1</sup> geltenden liberalen Praxis der eidgenössischen Gerichte in Bezug auf produktspezifische Ausschreibungen und Freihandvergaben. Zudem kann man bei einem Verfahrensabbruch nicht nur mit einer Beschwerdeführerin, sondern potentiell mit vier Beschwerdeführern rechnen.
- 13 Da mindestens ein Anbieter (LC Systems) alle Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, ist das aktuelle Vergabeverfahren zu einem ordentlichen Abschluss zu bringen. Bislang wurden weder die Evaluationsergebnisse noch der Zuschlag bekanntgegeben. Somit befindet sich das Verfahren nach wie vor in der Evaluationsphase. Allfällige Kommunikationen des BBL über Ausschlüsse vom PoC können als Zwischenverfügungen jederzeit in Wiedererwägung gezogen werden.
- 14 Das Risiko einer erfolgreichen Anfechtung eines Zuschlags an LC Systems basierend auf der aktuellen Evaluation schätzen wir als hoch ein. Es ist

---

<sup>1</sup> BVGE 2012/13 und BGE 137 II 313 ff.

wahrscheinlich, dass das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdefall die Revision der Preisblätter und Angebotsberechnung im Rahmen der Bereinigungen als Verletzung des Transparenzgebots einschätzen würde.

- 15 Daher empfehlen wir, die Zulassung der Anbieterinnen zum PoC in Wiedererwägung zu ziehen und die strittigen Punkte einer erneuten Überprüfung zuzuführen.
- 16 Erfüllen mehrere Anbieterinnen die technischen Spezifikationen und Muss-Kriterien und kommen sie grundsätzlich für den Zuschlag infrage, sind sie zum PoC zuzulassen. Andernfalls werden sie – praxisgemäss – „parkiert“.

---

**3. Geprüfte Dokumente**

Für die Zwecke dieses Memorandums haben wir die folgenden, uns vom BBL zur Verfügung gestellten Dokumente geprüft:

- 
- 
- 
- 
- 

Darüber hinaus haben wir instruktionsgemäss keine eigenen Abklärungen getroffen.

---

## 4. Rechtliche Analyse

### 4.1. Anwendbares Recht

Das Vergabeverfahren wurde durch die Publikation der Ausschreibung auf simap.ch am 16. Oktober 2019 (Meldungsnummer 1100557) eingeleitet. Das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (**BöB**, 172.056.1) trat am 1. Januar 2021 in Kraft.

Gemäss Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten des Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Folglich ist das Vergabeverfahren nach dem bisherigen Recht zu beurteilen, namentlich dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (**aBöB**) und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (**aVöB**).<sup>2</sup>

### 4.2. Ein Verfahrensabbruch wäre unzulässig

#### 4.2.1. Die Voraussetzungen nach Art. 30 aVöB sind nicht erfüllt

Gemäss Art. 30 Abs. 1 aVöB bricht die Auftraggeberin das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht. Ein Abbruch ist gemäss Abs. 2 ausserdem zulässig wenn *kein* Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind (lit. a), oder günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen (lit. b). Die Auftraggeberin kann schliesslich abrechnen und ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert (Abs. 3).

17 Das BBL möchte den in Erwägung gezogenen Abbruch des Verfahrens damit begründen, es sei nicht vorhersehbar gewesen, dass:

- nur ein sehr kleiner Anbieterkreis ein Angebot einreichen wird;

---

<sup>2</sup> Vgl. REGENFUSS, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar BöB 2020, Art. 62 N 4 m.w.H.

- sich der bisherige Anbieter mit dem bisherigen Produkt als Einziger wiederum durchsetzen würde, da nur dieser bereit ist, eine unlimitierte SW-Lizenz zu erteilen;
- mögliche technische Alternativen eines anderen Anbieters mit unzumutbaren Umstellungskosten verbunden sei; und
- daher eine freihändige Vergabe an den bisherigen Anbieter oder eine Produkteausschreibung rückblickend das richtige Vorgehen gewesen wäre.

- 18 Art. 30 aVöB legt einen strengen Massstab an den Abbruch von Vergabeverfahren. Es liegt in der Verantwortung der Vergabestelle, im Vorfeld eines Beschaffungsverfahrens Marktabklärungen vorzunehmen und damit eine möglichst zielführende Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes zu erreichen.<sup>3</sup> Ergibt sich im Rahmen einer offenen Ausschreibung sodann nur ein kleiner Kreis von Anbietern, so ist das Vergabeverfahren mit diesen durchzuführen. (vgl. Art. 30 Abs. 2 lit. a aVöB).
- 19 Dass das Spielfeld möglicher Anbieterinnen im Bereich der vom BBL verlangten Logdatenanalyse-Services beschränkt ist, ergibt sich aus der vom BIT in Auftrag gegebenen Marktstudie (vgl. den Magic Quadrant auf S. 3). Die Marktstudie stammt vom 21. Juli 2021. Deren Durchführung vor der Ausschreibung wäre zu präferieren. Die Erkenntnisse wären mutmasslich dieselben gewesen.
- 20 Vorliegend erfüllt (mindestens) eines der vier eingegangenen Angebote gemäss Evaluation der Vergabestelle die Kriterien und technischen Anforderungen. Ein Verfahrensabbruch kommt daher nicht in Frage; vielmehr hat in diesem Fall der einzig verbliebene Anbieter Anspruch auf den Zuschlag (Art. 30 Abs. 1 lit. a aVöB *e contrario*). Abbruchgründe gemäss lit. b sind ebenfalls nicht ersichtlich.
- 21 Ein Abbruch ist auch denkbar, wenn das falsche Vergabeverfahren gewählt wurde, etwa ein freihändiges statt eines offenen Verfahrens.<sup>4</sup> Dies wird mit dem Wettbewerbsgrundsatz begründet.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vgl. GYGI, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar BöB 2020, Art. 39 N 20 m.w.H.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 117 Ia 290, E. 3e.

<sup>5</sup> Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 810.

- 22 Vorliegend wurde nicht die falsche Verfahrensart gewählt; die Vergabestelle war vielmehr ob der mangelnden Zahl der Angebote und allenfalls auch infolge mangelnder Qualität der Angebote enttäuscht. Die Durchführung eines Händlerwettbewerbs statt eines produktneutralen Anbieterverfahrens würde den Wettbewerb hingegen einschränken, nicht stärken.
- 23 Der Abbruchgrund der „wesentlichen Projektänderung“ gemäss Art. 30 Abs. 3 aVöB beruht auf Überlegungen des Transparenz- und Gleichbehandlungsprinzips: Erfolgen nach der Ausschreibung wesentliche Änderungen der Anforderungen und hätten diese mutmasslich Auswirkungen auf den Kreis der Anbietenden oder die Kalkulationsgrundlagen, so ist das Verfahren zu wiederholen.<sup>6</sup> Uns liegen keine Anhaltspunkte vor, dass solche Noven nach der Ausschreibung bekannt wurden.

#### 4.2.2. Eine produktspezifische Ausschreibung wäre unzulässig

- 24 Die Vergabestelle ist in der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes zwar grundsätzlich frei. Legt die Vergabestelle ihren Bedarf gesetzes- und verfassungskonform fest, ist ein damit einhergehender Ausschluss von denkbaren alternativen Lösungen und die damit einhergehende Einschränkung des Wettbewerbs grundsätzlich hinzunehmen.<sup>7</sup>
- 25 Die Grenze liegt allerdings dort, wo die Umschreibung des Auftrags nicht sachgerecht (d.h. nicht durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt) sind, oder wenn sie zum Zweck gezielter Vereitelung der Möglichkeit, dass bestimmte Unternehmen am Verfahren teilnehmen können, formuliert wird.<sup>8</sup> Die Freiheit der Vergabestelle findet ihre Schranke insbesondere im Wettbewerbsprinzip und im Diskriminierungsverbot.<sup>9</sup> Einschränkungen des Wettbewerbsgrundsatzes haben mit anderen Worten im Lichte des Beschaffungszwecks verhältnismässig zu sein.
- 26 Um statt eines offenen Anbieterverfahrens einen Händlerwettbewerb durchzuführen und mithin den Gegenstand des Vergabeverfahrens einzuschränken,

---

<sup>6</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (zit. Fn. 5), Rz. 809 m.w.H.

<sup>7</sup> Vgl. BVGE 2012/13 E. 3.2.8.

<sup>8</sup> Vgl. BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprozesse und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, 2008, Rz. 97.

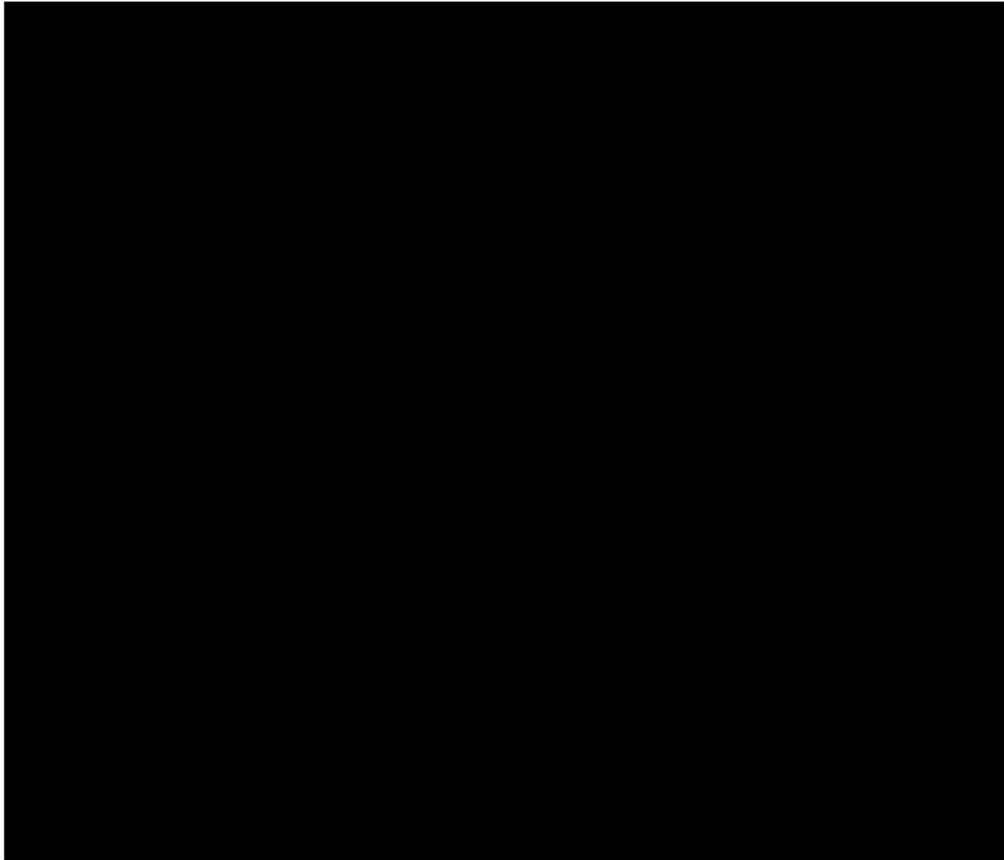
<sup>9</sup> Vgl. BRK 008/2001d E. 9a.

muss die Vergabestelle die Festlegung des Produkts analog zu einem Freihandtatbestand begründen können.<sup>10</sup>

- 27 Zur Begründung der Beschränkung des Verfahrens auf einen Produktewettbewerb möchte sich das BBL auf technische Besonderheiten berufen, aufgrund derer nur das bisher von der Bundesverwaltung eingesetzte Produkt (Splunk) in Frage kommt und keine angemessenen Alternativen bestehen (Art. 13 Abs. 1 lit. c aVÖB analog).
- 28 Gemäss Ziff. 2.1 der Begründung produktspezifische Ausschreibung habe das durchgeführte offene Verfahren gezeigt, dass es „keine valable Alternative gibt, die die Funktionen [von Splunk] 1:1 übernehmen kann und die eine Unternehmenslizenz mit Kostendach anbietet.“
- 29 Ausserdem seien die Kosten eines Wechsels vom bisherigen Splunk-System zu einem neuen System unzumutbar hoch wegen der damit verbundenen Umstellungsmassnahmen, insbesondere:
- Neuerstellung von Filter- und Analysefunktionen sowie der Datendarstellung;
  - Neuaufbau von Datenablagen, Einrichtung neuer Zugriffsrechte, sowie Datenmigrationen;
  - Parallelbetrieb des neuen und des alten Systems und des damit einhergehender Einsatzes von Personal, technischer Ressourcen und Lizenzen, und
  - Umschulung des Personals.
- 30 Das BBL veranschlagt die Wechselkosten mit rund [REDACTED] zusammengesetzt wie folgt:<sup>11</sup>

<sup>10</sup> OECHSLIN/LOCHER, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar BÖB 2020, Art. 30 N 23.

<sup>11</sup> [REDACTED]



- 31 Eine vertiefte Nachprüfung dieses Kostenvoranschlages ist nicht Gegenstand unseres Auftrags. Dennoch erscheint uns, dass dieser vor einem Gericht schwerlich standhalten würde. So sind etwa █ FTEs für █ Jahre allein mit █ dotiert. Dies ergäbe einen Jahreslohn pro FTE von u.E. unrealistischen █
- 32 Zu berücksichtigen sind ausserdem die hohen Gesamtkosten der Beschaffung von █. Selbst wenn man Umstellungskosten von ca. █ veranschlagen würde, so betragen diese lediglich █ des Beschaffungswerts. Solch (relativ gesehen) verhältnismässig marginalen Kosten würden vor Gericht kaum als sachlichen Grund für die mit einer Produktaussschreibung einhergehende Wettbewerbsbeschränkung akzeptiert. Ein Anbieterwechsel resultiert immer in Migrationskosten. Gleichwohl verlangt das Beschaffungsrecht die zeitliche Begrenzung von Dauerverträgen, um den Marktzugang von Wettbewerbern zu sichern.
- 33 Schliesslich kann sich eine Vergabestelle für die Beibehaltung des bisherigen Produkts (und damit eine Einschränkung des Wettbewerbs) nicht ohne

Weiteres auf Umstellungskosten berufen, wenn sie das bisherige Produkt möglicherweise ohne Ausschreibung – und damit ohne Wettbewerb – beschafft hat. Das öffentliche Interesse am Wettbewerb ist durch die Vergabestelle zu berücksichtigen.

- 34 Das offene Verfahren hat gezeigt, dass technische Alternativen zum bisher eingesetzten Produkt existieren und dass dazu – wenn auch unter einer beschränkten Zahl von Anbietern – ein wirksamer Wettbewerb herrscht. Mit angesichts des Investitionsvolumens überschaubaren Umstellungskosten kann die Angemessenheit dieser Alternativen nicht in Frage gestellt werden. Auf die Frage, ob kein alternatives Produkt eine Lizenz mit Kostendach anbietet, ist separat einzugehen (vgl. Ziffer 4.3.3 unten).
- 35 Zu beachten ist, dass ein Verfahrensabbruch im jetzigen Zeitpunkt bei den Anbietern den Eindruck erwecken könnte, dass alternative Produkte (insbesondere kombinierte Angebote von Software und Hardware) nachträglich vom Wettbewerb ausgeschlossen werden sollen, obwohl dies in der Ausschreibung ausdrücklich zugelassen wurde.<sup>12</sup> Wir können uns vorstellen, dass dies unter dem Stichwort Anbieterdiskriminierung in einer allfälligen Beschwerde thematisiert würde.<sup>13</sup>

### **4.3. Fortführung des Vergabeverfahrens**

- 36 Bei der gebotenen Fortführung des Verfahrens stellt sich vor dem Hintergrund der Intervention einer Anbieterin die Frage, ob (i) auf Basis der bestehenden Evaluation der Zuschlag erteilt werden soll, oder (ii) allenfalls eine erneute Evaluation durchzuführen ist.

#### **4.3.1. Vorbringen der intervenierenden Anbieterin**

- 37 Das BBL führte zu den eingereichten Angeboten zwei schriftliche Angebotsbereinigungen sowie eine mündliche Bereinigungsrunde durch. Nach diesen Verfahrensschritten kam das BBL zum Schluss, dass nur LC Systems das Preisblatt wie verlangt eingereicht und die Option 4 „unlimitierte Lizenz“ korrekt offeriert habe. Somit qualifiziere LC Systems allein als einzige Anbieterin für den PoC. LC Systems hat in der Folge den PoC erfolgreich absolviert, dabei die

---

<sup>12</sup> Vgl. Ziff. 3.3.2 des Pflichtenhefts.

<sup>13</sup> Vgl. BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, S. 790 f.

technischen Spezifikationen erfüllt und eine hohe Punktzahl bei den Zuschlagskriterien erreicht. LC Systems habe als einzige Anbieterin die verlangten Anforderungen auf allen Stufen des Verfahrens erfüllt und erhalte daher den Zuschlag.<sup>14</sup>

- 38 Das Evaluationsergebnis wurde den Anbietern noch nicht mitgeteilt. Anders hingegen die Nicht-Zulassung zum PoC. In ihrem Schreiben vom 2. Oktober 2020 an das BBL brachte die Anbieterin RealStuff sinngemäss vor:
- Da das Pflichtenheft eine Verwendung der BIT-Hardware nicht voraussetze, sei es unzulässig, dem Angebotspreis die Betriebskosten der BIT-Hardware hinzuzurechnen. Dies, zumal die angebotene Lösung die BIT-Hardware gar nicht benötige.
  - Die Forderung des BBL nach einer „unlimitierten Lizenz für GB/Tag“ unter Option 4 sei ein sachwidriges Beurteilungskriterium, da bei der angebotenen Lösung die Kapazitäten per se unlimitiert seien, mithin nicht in GB/Tag angegeben werden können.
  - Durch diese nachträglich geänderten Beurteilungsmethoden werde der Angebotspreis künstlich von [REDACTED] auf [REDACTED] erhöht.
  - Der Ausschluss von RealStuff vom PoC sei aus diesen Gründen nicht zulässig. Ein allfälliger Zuschlag werde mit Beschwerde angefochten.

#### 4.3.2. Der Einbezug von BIT-Hardwarekosten verletzt das Transparenzgebot

- 39 Der erste von der Anbieterin aufgeworfene Streitpunkt betrifft die Frage, ob das BBL RealStuff Kosten für die Nutzung der BIT-Hardware (HW) im Angebotspreis aufrechnen darf.
- 40 Da die Hersteller der vom BBL gewünschten Logdatenanalyse-Werkzeuge ihre Services einerseits als Softwarelösung (SW), andererseits als Appliance (fest kombiniertes System aus Software und Hardware) anbieten, wurden beide Lösungen in der Ausschreibung zugelassen. Um jedoch die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, wurden Anbieterinnen von reinen SW-Lösungen dazu aufgefordert darzulegen, welche Kosten bei Betrieb der SW-Lösung auf der BIT-HW entstehen. Nach Einschätzung des BIT variieren die BIT-HW-

---

<sup>14</sup> S. 30 ff. Evaluationsbericht.

Betriebskosten je nach benötigtem Speicherplatz der Lösung. Ziff. 2.1 der Abbruchbegründung führt dazu aus:

*„HW-Kosten: [...] Je nach SW-Architektur und SW-Programmierung bedürfen gleiche Rechenoperationen (im vorliegenden Fall die Analysen von grossen Datenengen) unterschiedlich ausgebaute Hardware in Bezug auf CPU-Power, Memory-Ausstattung und Disk-Performance. Aus diesem Grund mussten die Anbieter den Bedarf an HW-Ressourcen angeben. Diese Angaben wurden auf die Servicekosten des BIT umgerechnet und in die Gesamtkosten einberechnet. Damit konnten die zusätzlich entstehenden Kosten transparent in die Bewertung einbezogen werden. Wäre dieser Mechanismus nicht eingesetzt worden, könnte eine Lösung mit vergleichsweise tiefen Lizenzkosten den Zuschlag erhalten, aber durch die sehr hohen HW-Kosten die Gesamtkosten der Nutzung in ungeahnte Höhen treiben.“*

41 In der von RealStuff zitierten Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts wird ausgeführt:

*„In dieser Ausschreibung muss die Hardwareleistung auf BIT Standardservern angewendet werden, insofern nicht dedizierte Spezial-Appliances eingesetzt werden sollen.“*

42 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem erst 2015 ergangenen Entscheid zur Einrechnung sog. „Ohnehin-Kosten“ im Zusammenhang mit einer Beschaffung des BBL betreffend Suchsystem-Lizenzen („**Suchsystem-Fall**“) geäußert.<sup>15</sup> Unter Ohnehin-Kosten werden Kosten verstanden, welche nicht direkt aus der angebotenen Lösung resultieren, sondern im Zusammenhang mit verbundenen, *bereits beschafften* Gütern anfallen.

43 Im Suchsystem-Fall warf die Beschwerdeführerin dem BBL vor, durch den Einbezug von Ohnehin-Kosten gegen die Vergabeprinzipien der Transparenz, Vergleichbarkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 1 und 21 aBöB) verstossen zu haben. Ausserdem sei die Umlegung bereits getätigter Investitionen auf andere Nutzungen (d.h. das neue Beschaffungsobjekt) willkürlich.<sup>16</sup> Konkret ging es um die Aufrechnung der Kosten vom Bund bereits eingekaufter Microsoft-Lizenzen für

---

<sup>15</sup> BVGer B-364/2014, Urteil vom 16. Januar 2015.

<sup>16</sup> BVGer B-364/2014, E. 7.

Hard- und Software im Angebot des Anbieters für Lizenzen für eine Suchmaschine.<sup>17</sup>

44 Bereits damals argumentierte das BBL, im Interesse der Anbietergleichbehandlung und des Wettbewerbsprinzips habe die Ausschreibung produktneutral ausgestaltet werden müssen, um Anbieter, deren Angebote auf bereits beschafften Produkten und allenfalls bereits entstandenen Kosten beruhen, nicht zu bevorzugen.<sup>18</sup>

45 Das Bundesverwaltungsgericht hielt damals fest:

*„Aus dem Transparenzgebot und dem in Art. 1 Abs. 2 [a]BöB verankerten Gleichbehandlungsprinzip ergibt sich eine **grundsätzliche Bindung der Vergabestelle an die Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen**. Beispielsweise darf die Vergabebehörde die den Anbietern bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich nicht ändern oder Kriterien heranziehen, die sie nicht kundgetan hat [...].“<sup>19</sup>*

(Hervorhebung hinzugefügt)

46 Indem die Vergabestelle die Einrechnung von im Zusammenhang mit bereits beschafften Microsoft-Lizenzen Kosten in den Ausschreibungsunterlagen nicht klar zum Ausdruck gebracht und entsprechende Nachweise erst im Verlauf der Angebotsbereinigungen verlangt hatte, verletzte sie das Transparenzgebot. Dies führte zur Aufhebung des Zuschlags.<sup>20</sup>

47 Dabei wurde dem BBL die Durchführung zweier Angebotsbereinigungen insofern entgegengehalten, als dies dafür spreche, dass sich die Vergabestelle über die geforderte Gestaltung der Preisofferte selbst nicht sicher gewesen sei.<sup>21</sup>

48 Da das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde bereits wegen einer Verletzung des Transparenzgebots aufhob, brauchte es dazumal nicht zu entscheiden, ob die Berücksichtigung von Ohnehin-Kosten in Ausschreibungen *per se* unzulässig ist. Dies scheint zwar nicht der Fall zu sein. Jedoch ist klar, dass die

---

<sup>17</sup> Vgl. BVerG B-364/2014, Sachverhalt F, E. 7 ff.

<sup>18</sup> BVerG B-364/2014, E. 7.4.

<sup>19</sup> BVerG B-364/2014, E. 8.1 m.w.H.

<sup>20</sup> BVerG B-364/2014, E. 8.4 f.

<sup>21</sup> BVerG B-364/2014, E. 6.3.6.

Berechnungsgrundlagen für den Einbezug solcher Kosten vom *Beginn* des Verfahrens an transparent zu kommunizieren sind.<sup>22</sup>

49 Für den vorliegenden Fall ergibt sich u.E. Folgendes:

- Auch wenn die Rechtsprechung eine Aufrechnung von Ohnehin-Kosten nicht grundsätzlich ausschliesst – besonders wenn von der angebotenen Lösung abhängige *variable* Kosten bei bereits beschafften Gütern anfallen – verletzt möglicherweise die Aufrechnung gegenüber RealStuff die Ausschreibungsunterlagen. Immerhin kann die von der Anbieterin zitierte Passage in guten Treuen so interpretiert werden, dass die Aufrechnung gegenüber Appliance-Anbietern ausgeschlossen ist. Dieses Vorgehen ergäbe u.E. *prima facie* auch Sinn, da bei Appliances als kombinierte HW/SW-Lösungen die BIT-HW gar nicht verwendet wird.
- Zudem wurde dem BBL bereits im Suchsystem-Fall ein ähnlich gelagerter Sachverhalt entgegen gehalten. Wie damals fanden auch hier mehrere Angebotsbereinigungsrunden statt, im Zuge deren die Anforderungen an die Preisofferten angepasst wurden. Die Anpassungen resultierten in beiden Fällen in erheblichen Erhöhungen der Angebotspreise für die betroffenen Anbieter.
- Grundsätzlich erachten wir die Aufrechnung fiktiver Kosten als problematisch. Im Lichte des Wirtschaftlichkeits-Grundsatzes sollten nur reale Kosten in der Bewertung berücksichtigt werden.
- Wir schätzen das Risiko als hoch ein, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Beschwerdefall sowohl die (mutmassliche) Abweichung der Bewertung von den Ausschreibungsunterlagen als auch die nachträgliche Korrektur der Preisblätter im Rahmen der Angebotsbereinigungen als Verletzung des Transparenzgebots werten und einen allfälligen an LC Systems erteilten Zuschlag aufheben würde.

#### 4.3.3. Die Erfüllung des Kriteriums „unlimitierte Lizenz“ ist erneut zu prüfen

50 Das BBL hat von RealStuff unter Option 4 die Einreichung einer Offerte für eine unlimitierte Lizenz GB/Tag verlangt. Die Anbieterin ist der Ansicht, dass dies

---

<sup>22</sup> Vgl. BVGer B-364/2014, E. 8.4.

aufgrund der angebotenen Lösung sachwidrig sei bzw. zu einem künstlich überhöhten Angebotspreis führe.

- 51 Anhand der uns zur Verfügung gestellten Unterlagen lässt sich dies nicht abschliessend beurteilen. Angesichts der Tatsache, dass die Evaluation in Bezug auf die Aufrechnung von Kosten der BIT-HW-Nutzung überprüft werden muss, sollte das BBL jedoch diesen Streitpunkt im gleichen Zug einer vertieften Analyse unterziehen.

#### 4.4. Empfehlung

- 52 Ein Verfahrensabbruch zwecks Durchführung einer Produktausschreibung ist vergaberechtlich unzulässig. Würde der Verfahrensabbruch – wie zu erwarten wäre – einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt, so riskierte das BBL nicht nur eine Aufhebung des Zuschlags im vorliegenden Verfahren, sondern allenfalls auch eine Gefährdung der seit dem Microsoft-Entscheid<sup>23</sup> geltenden liberalen Praxis der eidgenössischen Gerichte in Bezug auf Produktausschreibungen. Zudem dürfte man bei einem Verfahrensabbruch nicht wie bisher mit einer Beschwerdeführerin, sondern mit deren vier rechnen. Keine lohnenswerte Übung.
- 53 Da mindestens ein Anbieter alle Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, ist das aktuelle Vergabeverfahren zu einem ordentlichen Abschluss zu bringen.
- 54 Bislang wurden weder die Evaluationsergebnisse noch der Zuschlag bekanntgegeben. Somit befindet sich das Verfahren nach wie vor in der Evaluationsphase. Allfällige Kommunikationen des BBL über Ausschlüsse vom PoC können als Zwischenverfügungen jederzeit in Wiedererwägung gezogen werden.
- 55 Das Risiko einer erfolgreichen Anfechtung eines Zuschlags an LC Systems basierend auf der aktuellen Evaluation schätzen wir als hoch ein. Daher empfehlen wir, die Zulassung der Anbieterinnen zum PoC wiederzuerwägen und die strittigen Punkte einer erneuten Überprüfung zu unterziehen.
- 56 Je nach Ergebnis sind die aktuell parkierten Offerten der übrigen drei Anbieterinnen zum PoC zuzulassen oder – falls sich auch nach Berücksichtigung der in Ziffer 4.3 angeführten Überlegungen nichts an der Beurteilung ändert – erneut zu parkieren.

---

<sup>23</sup> BVGE 2012/13 und BGE 137 II 313 ff.