



BRK 2005-024

Der Präsident: André Moser
Die Richter: Karol Frühauf; Elisabeth Lang
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Entscheid vom 6. Juni 2006

in Sachen

X. (Schweiz) AG, ..., Beschwerdeführerin, vertreten durch ...

gegen

Bundesamt für Polizei (fedpol), Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern, vertreten durch ...

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen
(Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren)

Sachverhalt:

A.- Das Bundesamt für Polizei (fedpol) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom (...) den Auftrag betreffend das Pilotprojekt „Biometrie in Schweizer Reiseausweisen“ im offenen Verfahren öffentlich aus. Im administrativen Bereich lag die Zuständigkeit beim Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL). Gegenstand des Lieferauftrags bildet gemäss Ausschreibung die Beschaffung von Erfassungs-, Verifikations- und Checkpointsystemen für biometrische Daten in Schweizer Reiseausweisen. Um den zukünftigen Anforderungen, insbesondere der Civil Aviation Organisation und der EU, gerecht zu werden, sollen in einem Pilotbetrieb Erfahrungen in der Herstellung und der Abgabe von Schweizer Reisepässen mit biometrischen Daten gesammelt werden. Das Pilotprojekt hat zum Ziel, den heute bestehenden Reisepass

mit biometrischen Daten (Gesichtsbild und voraussichtlich zwei Fingerabdrücke) zu ergänzen. Die X. (Schweiz) AG reichte am 27. Juni 2005 ein Angebot und am 15. September 2005 eine bereinigte Preisofferte ein. Der ... Zuschlag an die Y. Schweiz AG wurde im SHAB ... publiziert. Mit Eingabe vom ... ersuchte die X. (Schweiz) AG um eine schriftliche Begründung der Nichtberücksichtigung. Diesem Begehren entsprach das BBL (...).

B.- Die X. (Schweiz) AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) lässt mit Eingabe vom 22. November 2005 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK) führen. Sie beantragt, der Zuschlag ... sei aufzuheben und der Zuschlag im Vergabeverfahren sei an die Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C.- Mit Präsidialverfügung vom 24. November 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.- Das Bundesamt für Polizei (fedpol) beantragt in seiner Vernehmlassung vom 5. Dezember 2005 zur aufschiebenden Wirkung, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, und der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen.

E.- Mit Eingabe vom 6. Dezember 2005 teilt die Y. Schweiz AG der BRK mit, dass sie auf das Stellen formeller Anträge verzichte und somit nicht von der Möglichkeit Gebrauch mache, in das laufende Verfahren als Gegenpartei einzutreten.

F.- Mit Vernehmlassung zur Sache vom 15. Dezember 2005 beantragt das Bundesamt für Polizei (fedpol), auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei die Beschwerde abzuweisen.

G.- Mit Zwischenverfügung der BRK vom 28. Dezember 2005 weist der Präsident der BRK das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, womit die am 24. November 2005 der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung dahinfällt.

H.- Gemäss Bestätigung seiner Vertreter vom 26. Mai 2006 hat das Bundesamt für Polizei (fedpol) den Vertrag mit der Y. Schweiz AG inzwischen abgeschlossen.

Auf die Begründung der Eingaben an die Rekurskommission wird - soweit erforderlich - im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- a) Im Rahmen der Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005 wurden die Eintretensvoraussetzungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) bezüglich dem BoeB unterstehende Auftraggeberinnen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB), Art und Umfang des Auftrages bzw. Auftragswert (Art. 5 Bst. a BoeB) geprüft und als erfüllt bezeichnet. Ebenso wurde die Zuständigkeit der Rekurskommission, die Legitimation der Beschwerdeführerin sowie die Einhaltung der Beschwerdefrist überprüft und bejaht (siehe Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005, S. 3). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

b) Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), soweit das BoeB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]).

Mit der Beschwerde an die BRK kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht offen (Art. 31 BoeB).

2.- Da der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin inzwischen abgeschlossen worden ist, kommt auch im Falle einer Gutheissung der Beschwerde die Aufhebung des Zuschlags nicht mehr in Betracht. Die BRK könnte gegebenenfalls nur noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB). Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt dabei als im - hier allein gestellten - Antrag auf Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthaltend (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 2006 [2P.294/2005], E. 3.2.; Entscheid der BRK vom 11. Mai 2006 [BRK 2006-001], E. 2c).

3.- a) Die Beschwerdeführerin rügt als Erstes eine unzulässige nachträgliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen durch die Vergabebehörde, welche sich u.a. zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgewirkt habe. In den Ausschreibungsunterlagen sei unter anderem die Lieferung eines Checkpoint-Systems in einem robusten und kompakten Gehäuse verlangt worden, so dass dessen Bedienung durch die Passinhaber unbeaufsichtigt möglich sei. Die Beschwerdeführerin habe ein entsprechendes System angeboten und auch bestätigt, dass sie in der Lage sei, im Rahmen des Evaluationsbetriebs ein entsprechendes Testgerät zur Verfügung zu stellen. Nach Offerteingabeschluss habe die Vergabebehörde die Anbieter mit Schreiben vom 8. Juli 2005 jedoch darüber informiert, dass im Sinne einer Ausnahme bezüglich des Checkpoint-Systems die Lieferung und Installation des Gehäuses nicht vorgeschrieben sei (Beschwerde, S. 14). Die Beschwerdeführerin habe im Hinblick auf die stattfindenden Tests die Fertigstellung eines kompakten und robusten Checkpoint-Systems forciert, weshalb sie in der Lage gewesen

sei, ein Testgerät für die Evaluationsphase zur Verfügung zu stellen. Die übrigen Anbieter, namentlich auch die Zuschlagsempfängerin, hätten zum massgebenden Zeitpunkt nicht über die verlangten Testgeräte verfügt. Dadurch, dass es den übrigen Anbietern entgegen den klaren Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gestattet worden sei, ein aus mehreren Einzelkomponenten bestehendes Checkpoint-System für die Testversuche zur Verfügung zu stellen, sei die Beschwerdeführerin gegenüber den andern Anbietern in wettbewerbsverfälschender Weise benachteiligt worden (Beschwerde, S. 16 f.).

Die Vergabebehörde bestreitet eine nachträgliche Abänderung der Ausschreibungsunterlagen. Die im Pflichtenheft umschriebenen Anforderungen seien weder nachträglich fallen gelassen noch geändert worden. Alle Checkpoint-Systeme hätten als kompakte und robuste technische Hardwareeinheiten angeboten werden müssen. Für den Testbetrieb sei es - im Gegensatz zur Lieferung des definitiven Leistungsgegenstandes - aber nicht entscheidend und daher auch nicht verlangt gewesen, dass die Checkpointssysteme in das definitive Gehäuse eingebaut gewesen seien (Vernehmlassung vom 5. Dezember 2005, S. 4; Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 6 f.).

b) Die Vergabebehörden sind grundsätzlich an die Ausschreibung und an die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es den Vergabebehörden unbestrittenermassen untersagt, die den Anbietenden bekannt gegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (Entscheidung der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.30, E. 3c; vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in VPB 65.95, E. 6a). Demgegenüber ist die Frage, ob die Ausschreibungsunterlagen, namentlich das Leistungsverzeichnis, nachträglich abgeändert werden dürfen, in Lehre und Rechtsprechung nicht unumstritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet das Leistungsverzeichnis einen Teil der Ausschreibungsunterlagen und ist (auch) für den Auftraggeber verbindlich. Eine nachträgliche Abänderung des Leistungsverzeichnisses, wie etwa durch einseitigen Verzicht auf eine ausgeschriebene Position, ist deshalb grundsätzlich unzulässig (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 4c; Entscheidung der BRK vom 11. März 2005 [BRK 2004-014], E. 2b/bb, 2c/aa). Als vertretbare Lösung erachtete das Bundesgericht aber die nachträgliche Streichung von Positionen, welche den Charakter des Auftrags oder dessen Kalkulationsgrundlagen nicht wesentlich beeinflussen, aus dem Leistungsverzeichnis (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2003 [2P.282/2002], E. 4.2). Gemäss einer Lehrmeinung dürfen sachlich gebotene unwesentliche Projektänderungen nach der Offertöffnung vorgenommen werden, wenn sämtliche Anbieter der Änderung in Kenntnis der Sachlage ausdrücklich zustimmen und sie die Möglichkeit erhalten, die Offerte neu zu rechnen (Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, in: Baurecht 2002, S. 10). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau ist die nachträgliche Relativierung der Eignungsanforderungen zulässig, wenn sich heraus stellt, dass keiner der Anbietenden die gestellten Anforderungen vollumfänglich zu erfüllen vermag. Voraussetzung ist, dass alle Anbieter rechtsgleich behandelt werden (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 19. November 2004 [BE.2004.00136], E. II. 1).

c) Im vorliegenden Fall steht weder eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien noch eine eigentlich Projektänderung (im Sinne einer Streichung von einzelnen Positionen), welche sich in relevanter Weise auf die Kalkulationsgrundlagen auszuwirken vermöchte, zur Diskussion. Umstritten ist aber, ob eine nachträgliche Relativierung der ursprünglich in den Ausschreibungsunterlagen gestellten Anforderungen zugunsten einzelner Anbieter (bzw. zum Nachteil der Beschwerdeführerin) erfolgt ist.

aa) Im „Pflichtenheft für Erfassungs-, Verifikations- und Checkpoint-Systeme Biometrie“ vom 12. Mai 2005 (Beilage 2 zur Vernehmlassung [nachfolgend: Pflichtenheft]) wird unter dem Titel „Technische Hardwarespezifikationen“ (Ziff. 8.2.1) als unverzichtbares Lösungsmerkmal verlangt, dass das Checkpointsystem eine robuste und kompakte technische Hardwareeinheit darstellen müsse, dessen Bedienung durch den Passinhaber unbeaufsichtigt möglich sein müsse (TS 5 [Pflichtenheft, S. 24]). Weiter wird unter Ziff. 9.2 „Testbetrieb Evaluation: Kriterien und Bewertung“ festgehalten, dass die Checkpointssysteme als eigenständige integrierte Kompaktsysteme installiert und in Betrieb genommen würden (Pflichtenheft, S. 38). Ebenfalls im Pflichtenheft erläutert wird die Bewertung der Systeminstallation (Pflichtenheft, S. 38 ff.). In Bezug auf das Checkpointsystem geht hervor, dass u. a. auch die Anordnung des Systems im Raum (Platzbedarf, Flexibilität im Raum – einfaches Verschieben, Standfestigkeit am Ort, Robustheit) ein Bewertungsaspekt ist (Pflichtenheft, S. 44). Unter dem Titel „Eignungskriterien“ hatten die Anbietenden mittels einer schriftlichen Bestätigung ihre Bereitschaft nachzuweisen, „im Rahmen der Evaluation auf erste Anfrage hin am Ort der Lieferung für die Dauer von 3 Monaten ein Testgerät, welches den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen entspricht, unentgeltlich zur Verfügung zu stellen“.

Bei der Beantwortung der Unternehmerfragen wurden die Anbietenden daraufhin gewiesen, dass als Testgeräte ein fixes Erfassungs- und Verifikationssystem und ein fixes Checkpointsystem erwartet würden. Mit „Testgerät“ sei gemeint, dass die Anbieter alle Lösungskomponenten auf den bestehenden Testsystemen installierten und konfigurierten. Die PC-Basis-Infrastruktur werde durch das fedpol bereitgestellt (Fragen- und Antwortenkatalog, S. 11). Die Frage, ob es richtig sei, dass im Rahmen des Testbetriebs die Funktionalität und nicht der mechanische Aufbau des Checkpointsystems getestet werden solle, wurde dahingehend beantwortet, dass der Evaluationstest dem Ablauf auf Seite 38 des Pflichtenheftes folge. Es müsse praktisch ersichtlich sein, dass die Checkpointssysteme den technischen Spezifikationen des Pflichtenhefts gemäss Kapitel 8.1 auf Seite 24, Absatz 3 und der technischen Spezifikation TS 5 auf Seite 24 entsprechen würden (Fragen- und Antwortenkatalog, S. 3).

Im Rahmen der Einladung zum Evaluationstest wurden die Anbieter mit Schreiben vom 8. Juli 2005 dahingehend informiert, dass die Lieferung für ein Checkpoint-System u.a. alle Hardware-Komponenten umfassen müsse mit folgender Ausnahme: „Die Lieferung und Installation des Gehäuses ist nicht vorgeschrieben. Es muss jedoch ersichtlich sein, wie die Systemkomponenten zukünftig zugeordnet sein werden und wie gross der Platzbedarf sein wird.“ (Beschwerdebeilage 7). In der Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005 (S. 9) führt die Vergabestelle dazu aus, die Lieferung des Gehäuses sei nicht vorgesehen gewesen, weil dies aufgrund

der erschwerten Zugänglichkeit zu den eingebauten Geräten die Prüfung der Funktionalität und Installation der Software gemäss den im Pflichtenheft offen gelegten Bewertungskriterien erschwert bzw. zum Teil verunmöglicht hätte.

bb) Aufgrund der Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch der Aufzählung der Bewertungsaspekte in Bezug auf die Systeminstallation des Checkpoint-Systems, durften und mussten die Anbietenden davon ausgehen, dass die Lieferung und Installation eines kompletten Testgeräts einschliesslich des Gehäuses gefordert war. Die Bewertung von Aspekten wie Platzbedarf, Flexibilität im Raum – einfaches Verschieben, Standfestigkeit am Ort, Robustheit - setzt das Vorhandensein auch des Gehäuses, in welches das Checkpointsystem eingebaut sein muss, voraus. Eine korrekte Bewertung dieser Gesichtspunkte aufgrund von Bildern und anderen Hilfsmitteln (Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 8) bzw. anhand von Materialmustern, Plänen und Schablonen (Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 9) erscheint wenig realistisch. Auch ist die Beurteilung der Handhabung/Bedienung des Geräts, die gemäss den Ausschreibungsunterlagen durch die Passinhaber unbeaufsichtigt erfolgt, ohne komplettes Testgerät (mit fertig gelieferten und installiertem Gehäuse), in der Form wie es tatsächlich zum Einsatz gelangen soll, nicht bzw. nicht zuverlässig möglich. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle, wonach die Beschwerdeführerin in der Beschwerde die Anforderungen an die Systeme für den Evaluationstest und die Anforderungen an die definitiv zu liefernden Systeme vermische (Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 6 f., vgl. auch S. 11), enthalten die Ausschreibungsunterlagen keine Anhaltspunkte für unterschiedliche Anforderungen an das Testsystem und an das definitiv zu liefernde System. Der Standpunkt der Beschwerdeführerin, die Ausschreibungsunterlagen seien mit dem Schreiben der Vergabestelle vom 8. Juli 2005 und dem darin bekannt gegebenen Verzicht auf das Gehäuse nachträglich abgeändert worden, erweist sich somit als begründet. Damit bleibt zu prüfen, ob die Vergabebehörde zu dieser im Laufe des Submissionsverfahrens vorgenommenen Änderung berechtigt war.

cc) Die Vergabebehörde nennt dafür zwei Gründe. Zum einen sei die Lieferung des Gehäuses nicht vorgesehen gewesen, weil dies aufgrund der erschwerten Zugänglichkeit zu den eingebauten Geräten die Prüfung der Funktionalität und Installation der Software gemäss den im Pflichtenheft offen gelegten Bewertungskriterien erschwere bzw. zum Teil verunmögliche. Zudem sei auf die Installation des Gehäuses als Entgegenkommen gegenüber den Anbietern verzichtet worden, da die Einladungen zu den Evaluationstests sehr kurzfristig erfolgt seien (Vernehmlassung vom 5. Dezember 2005, S. 5). Die Beschwerdeführerin sieht den Grund für den nachträglichen Verzicht auf die Lieferung und Installation des Gehäuses für die Testphase darin, dass im Gegensatz zu ihr die übrigen Anbieter zum fraglichen Zeitpunkt nicht über die verlangten Testgeräte verfügt hätten. Aus diesem Grund sei es ihnen in Abweichung zu den Ausschreibungsunterlagen ermöglicht worden, ein aus mehreren Komponenten bestehendes Checkpoint-System für die Testversuche zur Verfügung zu stellen (Beschwerde, S. 16 f.).

Die Beschwerdeführerin substantiiert ihre Behauptung, die andern Anbieter hätten nicht über das verlangte Testgerät verfügt, nicht näher. Allein aus der Tatsache, dass die übrigen Anbieter ein aus mehreren externen Peripheriegeräten bestehendes System ohne Gehäuse geliefert

hatten (Beschwerde, S. 15 f.; siehe auch Beschwerdebeilagen 9 und 10), kann diese Schlussfolgerung jedenfalls nicht gezogen werden. Aufgrund des Schreibens der Vergabebehörde vom 8. Juli 2005 war es den Anbietern jedenfalls gestattet, auf die Lieferung und Installation des Gehäuses zu verzichten. Aus den Akten des Submissionsverfahrens ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabebehörde beim Checkpoint-Testgerät deshalb nachträglich auf die Lieferung des Gehäuses verzichtete, weil sie von einzelnen Anbietern mangels Verfügbarkeit des kompletten Geräts darum ersucht worden wäre. Insbesondere enthält auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin keine Hinweise darauf, dass diese nicht in der Lage gewesen wäre, bereits für die Testphase vom 18. Juli 2005 bis 18. Oktober 2005 ein komplettes Gerät zur Verfügung zu stellen. Die Zuschlagsempfängerin hat als Konsole für das Checkpoint-System ein genau spezifiziertes handelsübliches Bankenterminal einer Drittfirma offeriert, in das der Fingerabdruckscanner und der Passleser eingebaut werden (Beilagen 4 und 6 zur Vernehmlassung vom 5. Dezember 2005). Der Einbau der erforderlichen Komponenten in das Gehäuse hätte sich wohl rasch und ohne grössere Probleme bewerkstelligen lassen.

Selbst wenn die Vermutung der Beschwerdeführerin zutreffen sollte, dass die andern Anbieter nicht (rechtzeitig) über ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes komplettes Testgerät verfügten und die Vergabebehörde einzig aus diesem Grund die Anforderungen entsprechend reduziert hat, würde dies keine unzulässige Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bedeuten. Von einer dadurch herbeigeführten unzulässigen Benachteiligung der Beschwerdeführerin kann nicht die Rede sein. Zum einen hat die Vergabestelle die entsprechende Anforderung allen Anbietern, auch der Beschwerdeführerin, gegenüber reduziert und ihnen dies im Einladungsschreiben für die Evaluationstests auch rechtzeitig bekannt gegeben. Insoweit ist das Gleichbehandlungsgebot durchaus gewahrt worden. Zum andern handelt es sich beim Verzicht auf die Lieferung und Installation des Gehäuses beim Testgerät um eine eher geringfügige Relativierung einer Anforderung an das Produkt, die nicht das definitiv zu liefernde Checkpoint-System betrifft, sondern lediglich das für drei Monate zu liefernde Testgerät. Angesichts des doch untergeordneten Charakters des Gehäuses für den Testbetrieb des Checkpoint-Systems wäre der von der Beschwerdeführerin vertretene Ausschluss derjenigen Anbieter vom weiteren Verfahren, die allenfalls nicht in der Lage gewesen sein sollten, die verlangten Testgeräte zur Verfügung zu stellen (Beschwerde, S. 17), klar unverhältnismässig und somit unzulässig gewesen. Ein derart begründeter Ausschluss von Angeboten hätte überdies auch dem Grundsatz, wonach die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen sind (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB), widersprochen.

d) Mithin erweisen sich sowohl der Vorwurf der unzulässigen nachträglichen Abänderung der Ausschreibungsunterlagen als auch der Vorwurf, die Vergabebehörde habe mit dem Checkpoint-System der Zuschlagsempfängerin ein Gerät getestet, das nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprochen habe, als unbegründet. Die Vergabebehörde hat durch den Verzicht auf die Lieferung und Installation des Gehäuses für den Testbetrieb weder gegen die Ausschreibungsbedingungen noch gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung verstossen.

4.- Des weiteren rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung der Angebote in verschiedenen Punkten.

a) Gemäss Pflichtenheft (S. 17) waren für die Bewertung der Angebote die folgenden Zuschlagskriterien massgebend:

Zuschlagskriterium	Gewichtung in %	Maximale Punktzahl
Erfüllung der technischen Zuschlagskriterien	40 %	12'000
Testverfahren während der Evaluation	25 %	7'500
Kosten gemäss Kostenblatt	20 %	6'000
Lösungskonzept	10 %	3'000
(formale) Angebotsgestaltung gemäss Vorgabe (Struktur und Übersichtlichkeit)	5 %	1'500
Total	100 %	30'000

Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin wurden laut Evaluationsbericht anhand der Zuschlagskriterien - im Anschluss an die Nachverhandlungen - wie folgt mit Punkten bewertet:

Zuschlagskriterium	Beschwerdeführerin	Y. Schweiz AG
Erfüllung der technischen Zuschlagskriterien	10'250	10'950
Testverfahren während der Evaluation	5'085	4'920
Kosten gemäss Kostenblatt	3'185	6'000
Lösungskonzept	2'225	1'262.5
Angebotsgestaltung gemäss Vorgabe	1'500	1'500
Total	22'245.0	24'632.5

b) aa) In Bezug auf die zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgefallene Preisbewertung ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, es sei vergaberechtswidrig, dass sie gegenüber den Konkurrentinnen beim Preis mit einem Punkteverlust bestraft worden sei. Der höhere Preis ihres Angebots sei darauf zurückzuführen, dass ihr Angebot – anders als diejenigen der Mitbewerber – sämtliche Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfülle. Es bedürfe keiner weiteren Ausführungen, dass ein robustes Kompaktsystem in einem gehärteten Gehäuse einen deutlich höheren Preis aufweise als die aus peripheren Einzelkomponenten bestehenden Systeme der übrigen Anbieter (Beschwerde, S. 17 f.). Diese Rüge erweist sich als unbegründet. Die Beschwerdeführerin erkennt, dass auch die Angebotspreise der übrigen Anbieter die Lieferung eines robusten und kompakten Hardwaresystems mit Gehäuse umfassen. Der Verzicht der Vergabebehörde auf das Gehäuse bezieht sich ausschliesslich auf den Testbetrieb, nicht aber auf die definitive Beschaffung bzw. Lieferung des Checkpoint-Systems. Dies muss selbstverständlich auch das offerierte Gehäuse umfassen. Wie bereits ausgeführt, sieht das Angebot der Zuschlagsempfängerin die Lieferung eines Bankenterminals als Konsole für das Checkpoint-System vor (Nachverhandlungen per September 2005, S. 6; Kostenblatt 1, S. 1 [Beilage 6 zur Vernehmlassung vom 5. Dezember 2005]). Der von der Zuschlagsempfängerin für diese Angebotsposition offerierte Preis ist

um einiges höher als derjenige der Beschwerdeführerin. Der Preis des Checkpointsystems der Zuschlagsempfängerin beträgt sogar ca. 160 % des Preises der Beschwerdeführerin. Die Preisdifferenz zwischen den Angeboten, die zur schlechteren Bewertung der Beschwerdeführerin beim Preis geführt hat, liegt jedenfalls nicht in dieser Position begründet.

bb) Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Vergabestelle der Anregung der Beschwerdeführerin, eine weitere, den Preis betreffende Nachverhandlungsrunde durchzuführen (Beschwerde, S. 18), nicht entsprochen hat. Gemäss Art. 20 Abs. 1 BoeB dürfen Verhandlungen geführt werden, vorausgesetzt (a) es wird in der Ausschreibung darauf hingewiesen oder (b) kein Angebot erscheint als das wirtschaftlich günstigste nach Art. 21 Abs. 1 BoeB. Bei der Frage, ob eine Vergabebehörde Verhandlungen mit den Anbietenden führen will oder nicht, handelt es sich klarerweise um einen Ermessensentscheid. Sie ist dazu nicht verpflichtet (vgl. Art. 20 Abs. 1 BoeB; Art. 26 Abs. 1 VoeB); es sei denn sie gibt in der Ausschreibung bekannt, dass auf jeden Fall noch verhandelt werde. Entscheidet sich die Vergabestelle für die Durchführung von Verhandlungen, so hat sie die Regeln gemäss Art. 26 VoeB zu befolgen und namentlich auch den Grundsatz der Rechtsgleichheit zu beachten. Vorliegend hat die Vergabebehörde in Ziff. 4.3. der öffentlichen Ausschreibung und im Pflichtenheft (S. 58; Beilage 2 zur Vernehmlassung) Verhandlungen lediglich vorbehalten. In der Folge haben mit vier Anbietern schriftliche Nachverhandlungen stattgefunden (per 13. Juli 2005 betreffend Eignungskriterien und technische Spezifikationen, per 6. September 2005 betreffend Kosten und per 5. Oktober 2005 betreffend Richtlinien und Normen). Die Beschwerdeführerin teilte mit Schreiben vom 12. Oktober 2005 mit, dass im Bereich der biometrischen Endgeräte je nach Komponente markante Preiskorrekturen entstanden seien und erkundigte sich, in welchem Rahmen sie diese Preisnachlässe offiziell und gültig mitteilen dürfe. Die Vergabebehörde prüfte das Ansinnen der Beschwerdeführerin und entschied sich in der Folge vorab aus zeitlichen Gründen dafür, keine weitere Nachverhandlungsrunde bezüglich der Kosten mehr durchzuführen (vgl. Evaluationsbericht, S. 12). Dieser Entscheid lag in ihrem Ermessensbereich, zumal eine Nachverhandlung über die Kosten bereits per 6. September 2005 stattgefunden hatte. Die Beschwerdeführerin hatte von der Möglichkeit, eine Preisreduktion zu gewähren, allerdings keinen Gebrauch gemacht (vgl. Evaluationsbericht, S. 29). Ein Rechtsanspruch auf die von ihr nachträglich begehrte weitere Preisverhandlung bestand unter keinem Titel.

cc) Für die Kosten wurden Nachverhandlungen geführt (Evaluationsbericht, S. 27). Diese hatten zum Ziel (1.) eine vertiefte Klärung der Leistungsinhalte pro Kostenposition mit dem Ziel, eine grössere Transparenz und Bezugspunkte zu schaffen, und (2.) die Optimierung der Einzelpreise bzw. des Gesamtpreises (Evaluationsbericht, S. 11). Dem Evaluationsbericht ist zu entnehmen, dass die Zuschlagsempfängerin den Angebotspreis um 16.85% reduziert hat. Eine Begründung für diese Kostenreduktion geht aus dem Evaluationsbericht selbst nicht hervor; daraus ist auch nicht ersichtlich, mit Bezug auf welche Positionen nach der Nachverhandlungsrunde von der Zuschlagsempfängerin die Kosten geändert worden sind. Insofern ist festzustellen, dass sich der Evaluationsbericht in Bezug auf die Nachverhandlung betreffend die Kosten nicht als besonders transparent erweist. Indessen sind die Nachverhandlungen über die Kosten mit den vier beteiligten Anbietern schriftlich geführt worden und - in Bezug auf Beschwerdeführerin und

Zuschlagsempfängerin – in den der BRK vorliegenden Akten nachvollziehbar dokumentiert (siehe Schreiben der Vergabebehörde vom 6. September 2005 an die Anbieter sowie beigelegtes Kostenblatt [Ordner 2 zur Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, Griff September]; E-Mail des BBL an die Anbietenden vom 6. September 2005; Dokument Nachverhandlungen Kosten der Y. Schweiz AG vom 15. September 2005 inkl. Kostenblatt; Schreiben der Beschwerdeführerin vom 15. September 2005 betreffend Nachverhandlungen inkl. Kostenblatt; Protokoll über die Öffnung der schriftlichen Nachverhandlungen vom 19. September 2005). Eine Verletzung des Transparenzgebots liegt damit nicht vor. Die Zuschlagsempfängerin hat für die Preisreduktion, die vorab aus einer Erhöhung der gewährten Rabatte resultiert, keine Begründung geliefert, sondern im Begleitbrief zum Kostenblatt lediglich festgehalten, sie habe die Kosten erheblich senken können. Zur Angabe von Gründen für ihre Preissenkung war sie indessen auch nicht verpflichtet.

c) In Bezug auf die technischen Zuschlagskriterien rügt die Beschwerdeführerin die von der Vergabebehörde bei den Kriterien Wartungs- und Supportgarantie zu garantierende funktionale Kompatibilität, für sechs Jahre, Benutzer-Interface und Beleuchtungssystem für das Erfassen von Bildern in geeigneter Qualität vorgenommenen Punkteabzüge als nicht gerechtfertigt (Beschwerde, S. 18 ff.). Insgesamt hat die Beschwerdeführerin bei den technischen Zuschlagskriterien 10'250 von 12'000 möglichen Punkten erreicht.

aa) Vorab ist festzuhalten, dass es sich im Zusammenhang mit den technischen Zuschlagskriterien um Aspekte der Beschaffung handelt, bei deren Beurteilung der Vergabebehörde ein sehr grosser Ermessensspielraum zukommt und die von der Beschwerdeinstanz nur mit der erforderlichen Zurückhaltung überprüft werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 686 mit Hinweisen).

bb) Nicht zu beanstanden ist der Punkteabzug beim technischen Zuschlagskriterium C: Wartung und Support. Gemäss Pflichtenheft waren Angaben zur bestehenden Wartungs- und Supportorganisation im Bereich Biometrie in der Schweiz zu machen (C 3). Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerde auf ihre seit 1. Januar 2004 implementierte Supportorganisation verwiesen. Die von der Vergabebehörde verlangten spezifischen Angaben zur Biometrie fehlen aber im Angebot der Beschwerdeführerin (vgl. Offerte der Beschwerdeführerin, Ziff. 5.1.5 und 5.16 sowie Ziff. 3.2.8), weshalb der hier gemachte Abzug von 200 Punkten jedenfalls vertretbar erscheint.

cc) Beim Zuschlagskriterium E: Allgemeine technische Anforderungen an das Produkt hatten die Anbieter zu bestätigen, dass alle Lösungselemente (Hard- und Software) untereinander eine garantierte funktionale Kompatibilität von über sechs Jahre aufweisen, auch wenn in dieser Zeit neue Komponenten beschafft werden (E 5). Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot keine explizite Garantie für sechs Jahre abgegeben oder diesbezüglich eine verbindliche Zusage gemacht. Der Abzug von 350 Punkten ist daher ebenfalls vertretbar.

dd) Den Abzug von 350 Punkten beim technischen Zuschlagskriterium G: Benutzer-Interface begründet die Vergabestelle damit, dass das Angebot der Beschwerdeführerin beim Subkriterium G1 (Anpassung der Benutzeroberfläche) keine Informationen enthalten habe, aus denen ersichtlich sei, wie die Anpassungen erfolgten. Zudem habe die Beschwerdeführerin nur ein (nicht aussagekräftiges) Beispiel für die mögliche Anpassung der Benutzeroberfläche geliefert. Gefordert gewesen seien mehrere Beispiele. Beim Subkriterium G2 (individuelle Einstellung der Schriftgrösse/Icongrösse) sei es im Testbetrieb nicht gelungen, in der Applikation die Schrift- und Icongrösse einzustellen und die behaupteten Konfigurationsmöglichkeiten der Applikation zu überprüfen. Beim Subkriterium G6 (sprachunabhängige Bedienung) seien verschiedene Beispiele verlangt gewesen, die Beschwerdeführerin habe aber nur eine Maske geliefert, aus der sich die Vergabebehörde kein genügendes Bild habe machen können. Im praktischen Testbetrieb sei zudem festgestellt worden, dass die Lösung nicht wie verlangt sprachunabhängig sei (Vernehmlassung vom 22. Dezember 2005, S. 16). Die Beanstandungen der Vergabebehörde, die zu den Abzügen geführt haben, sind aufgrund der Akten nachvollziehbar. Das Angebot der Beschwerdeführerin weist in den genannten Punkten in der Tat erkennbare Schwächen auf. Insofern kann der Vergabebehörde bei der Bewertung keine Überschreitung ihres Ermessensspielraums vorgeworfen werden.

ee) Im Rahmen des Zuschlagskriteriums I: Anforderungen an die Installationsmöglichkeiten der Geräte im Raum wurde im Pflichtenheft verlangt, dass das System in der Lage sei, das Gesichtsbild ohne ein spezielles Beleuchtungssystem in geeigneter Qualität zu liefern (I 2). Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde hier mit 0 Punkten bewertet, da bei ihm eine Beleuchtung erforderlich ist und es ein in das System integriertes Beleuchtungssystem aufweist (vgl. auch Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 16). Die Vergabebehörde verlangt bei diesem (mit 200 Punkten bewerteten) Subkriterium offensichtlich, dass Bildaufnahmen in tauglicher Qualität ohne Beleuchtung erstellt werden können. Die Formulierung im Pflichtenheft „ohne ein spezielles Beleuchtungssystem“ ist indessen zumindest missverständlich, lässt sie sich doch durchaus - auch im Hinblick auf die Anforderung eines integrierten Kompaktsystems - dahingehend verstehen, dass lediglich eine systemexterne, d.h. nicht in das Checkpoint-System integrierte Beleuchtung gewollt war. Der Punkteabzug erweist sich angesichts der diesbezüglich unklaren Vorgabe im Pflichtenheft als kaum zu vertreten, zumal auch die anderen Anbieter, u.a. die Zuschlagsempfängerin („verfügt über ein Beleuchtungssystem, das aus 6 Blitzlichtern besteht“ [Offerte, S. 64]; Lieferumfang Hardware Checkpointsystem: Hintergrund mit Sitzgelegenheit und Beleuchtung [Offerte, S. 38]), hier eine Beleuchtung vorgesehen haben. Richtigerweise wäre allerdings nicht nur die Bewertung der Beschwerdeführerin, sondern auch diejenige der Zuschlagsempfängerin zu korrigieren.

d) Beim Zuschlagskriterium „Evaluationstest“ wurden bei der Beschwerdeführerin insgesamt 2'415 Punkte abgezogen. Die Beschwerdeführerin erachtet diese Abzüge teilweise als ebenfalls nicht gerechtfertigt (Beschwerde, S. 20 ff.).

aa) Die Vergabestelle begründet die Abzüge beim Teilbereich „Systeminstallation“ (Abzüge von insgesamt 355 Punkten) im Wesentlichen damit, dass es erst nach grossem und wieder-

holtem Supportaufwand und mehreren Versuchen gelungen sei, das Testsystem der Beschwerdeführerin zum Laufen zu bringen. Die Fachleute der Beschwerdeführerin hätten aufgrund verschiedener Störungen mehrmals kommen und die Testgeräte wieder betriebsbereit machen müssen. U.a. seien Neukonfigurationen und die Auswechslung von Systemkomponenten erforderlich gewesen. Die Lösung der Beschwerdeführerin müsse angesichts des hohen Supportaufwands und der auftretenden Probleme bei der technischen Infrastruktur während des Evaluationstests als instabil und nicht ausreichend ausgereift bezeichnet werden. Beim Arbeitsschritt „Softwareinstallation gemäss Handbuch [Handhabung]“ (Teilbereich A1, Ziff. 5) habe die Beschwerdeführerin Punkte verloren, weil die Software bereits vorinstalliert gewesen sei und die Einfachheit der Installation damit nicht habe überprüft werden können. Einen Punkteabzug habe es andererseits aufgrund der komplexen Netzanbindung und der notwendigen Netzwerkkonfiguration für den vorgesehenen Treiber gegeben. Der Abzug beim Teilkriterium „Einsatz und Flexibilität in Büroumgebung“ begründe sich mit der wegen der fixen Installation der Gesichtskamera und des Fingerabdruckscanners nur eingeschränkten Flexibilität bezüglich der Positionierung des Erfassungssystems in der Schalter- und Büroumgebung. Schalter und Scanner könnten nicht unabhängig voneinander aufgestellt werden. Der Punkteabzug bei der Parametrisierung der Hard- und Software-Lösung sei dadurch begründet, dass das System sich als nicht lauffähig erwiesen habe (Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 17 f.).

Die Begründungen der Vergabebehörde für die bei den genannten Aspekten vorgenommenen Punkteabzüge erweisen sich als nachvollziehbar und werden auch durch die der BRK vorliegenden Akten bestätigt, weshalb die Bewertungen nicht zu beanstanden sind, zumal es sich hierbei durchwegs um überwiegend technische Gesichtspunkte handelt, zu deren Beurteilung und Bewertung in erster Linie die Vergabebehörde zuständig ist.

bb) Als nicht vertretbar erweisen sich hingegen die beim Teilbereich B: Checkpointssystem bei den Ziff. 2 – 5 (Dauer und Handhabung der Geräte- und der Softwareinstallation) gemachten Bewertungsabzüge. Bei diesen Teilkriterien waren maximal 125 Punkte erhältlich. Die Beschwerdeführerin ist hier bei allen vier Teilkriterien mit 0 Punkten bewertet worden. Die Vergabestelle begründet dies damit, dass die Beschwerdeführerin entgegen den Anweisungen der Vergabebehörde ein fertig installiertes System geliefert habe, weshalb die Arbeitsschritte B1 2. – 5 nicht hätten bewertet werden können. Die Installation des Checkpointsystems vor Ort sei ausdrücklich vorgeschrieben gewesen (Vernehmlassung vom 15. Dezember 2005, S. 18, ferner auch S. 9 f.).

Dem Zuschlagskriterium „Evaluationstest“ im Pflichtenheft konnten die Anbietenden entnehmen, dass auch mit dem Checkpointssystem ein Hardware- und Software-Installationstest durchgeführt werden sollte. Dem Schreiben der Vergabebehörde vom 8. Juli 2005 lässt sich u.a. Folgendes entnehmen:

„Die Lösungskomponenten für die Erfassung und Verifikation der biometrischen Daten werden durch den Anbieter auf die vorhandene – durch ISC EJPD bereitgestellte – fixe Basisinfrastruktur (= Desktop PC) installiert. Die Lieferung von mobilen Systemen ist für den Testbetrieb ausgeschlossen.“

Zusätzlich liefern Sie das angebotene Checkpointsystem“.

Die Beilage 2 zum erwähnten Schreiben erhält zudem die folgenden Informationen:

„für einen fixen Arbeitsplatz (= Desktop PC)

- gesamte Erfassungs- und Verifikations-Software
- alle Peripheriegeräte inkl. Anschlussmaterial und Beleuchtungssystem Ihrer angebotenen Biometrielösung

für ein Checkpoint-System:

- alle Software-Komponenten: alle Funktionalitäten des Checkpointsystems müssen installiert sein
- alle Hardware-Komponenten [Ausnahme: Die Lieferung und Installation des Gehäuses ist nicht vorgeschrieben. Es muss jedoch ersichtlich sein, wie die Systemkomponenten zukünftig angeordnet sein werden und wie gross der Platzbedarf sein wird.]“.

Nur für das Erfassungs- und Verifikationssystem wird somit eine Basisinfrastruktur in Aussicht gestellt, für das Checkpointsystem jedoch nicht. Während beim Erfassungs- und Verifikationssystem die Software als Lieferung bezeichnet wird, wird beim Checkpointsystem ausdrücklich installierte Funktionalität erwartet. Wie bereits ausgeführt (vorne E. 3), durften und mussten die Anbietenden aufgrund des Pflichtenhefts davon ausgehen, dass beim Checkpointsystem die Lieferung und Installation eines kompletten Testgeräts einschliesslich des Gehäuses gefordert war. Weder das Pflichtenheft noch das Schreiben der Vergabebehörde vom 8. Juli 2005 schreiben hingegen vor, dass das Checkpointsystem erst vor Ort installiert werden sollte. Die Lieferung eines kompletten installierten Checkpointsystems war von der Vergabebehörde auch nicht in unmissverständlicher Weise ausgeschlossen worden. Aufgrund des Schreibens vom 8. Juli 2005 mussten die Anbietenden vielmehr sogar annehmen, es werde ein funktionsfähiges Gerät mit bereits installierter Software erwartet. Das Testen des Geräts unter betriebsnahen Bedingungen wurde durch die von der Anbieterin bereits vorgängig vorgenommenen Installationen im Übrigen kaum in relevanter Form beeinträchtigt; überdies wäre auch die Handhabung der Installationen selbst auch beim vorinstallierten System nachprüfbar und bewertbar gewesen. Indem die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin in den genannten Teilkriterien jeweils mit 0 Punkten bewertet hat, setzt sie sich in Widerspruch zu ihren im Pflichtenheft und im Schreiben vom 8. Juli 2005 gemachten Vorgaben.

e) Mithin steht zwar fest, dass die bei den technischen Zuschlagskriterien und namentlich beim Evaluationstest vorgenommenen Punkteabzüge nicht in allen Teilen gerechtfertigt erscheinen und die Beschwerdeführerin hier an sich besser zu bewerten gewesen wäre. Auch die Maximalbewertung der Beschwerdeführerin bei den beanstandeten Kriterien (Zuschlagskriterium I 2. [Beleuchtung] = + 200 Punkte bei den technischen Zuschlagskriterien; Geräte- und Softwareinstallation Checkpointsystem [Teilbereich B1 2- - 5] = + 125 Punkte beim Zuschlagskriterium Evaluationstest) hätte indessen nicht dazu geführt, dass der Zuschlag deswegen der Beschwerdeführerin zu erteilen gewesen wäre. Insoweit erweisen sich die festgestellten Bewertungsfehler als nicht zuschlagsrelevant.

5.- Unbegründet ist schliesslich die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des Grundsatzes der Vertraulichkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d BoeB. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf die Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005 (Erw. 3a) verwiesen werden.

6.- Zusammenfassend erweist sich die angefochtene Zuschlagsverfügung (...) als rechtmässig, und die dagegen erhobene Beschwerde ist somit abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 4'000.-- zu tragen. Die Beschwerdeinstanz verrechnet im Dispositiv den geleisteten Kostenvorschuss mit den Verfahrenskosten und erstattet einen allfälligen Überschuss zurück (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VKEV; SR 721.041.0]). Parteienschädigungen sind keine auszurichten (Art. 8 Abs. 5 VKEV).

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

e r k a n n t:

1. Die Beschwerde der X. (Schweiz) AG vom 22. November 2005 wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- verrechnet.
3. Es werden keine Parteienschädigungen ausgerichtet.
4. Dieser Entscheid wird der X. (Schweiz) AG und dem Bundesamt für Polizei (fedpol) schriftlich eröffnet sowie der Y. Schweiz AG mitgeteilt.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart