



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
[www.bundesverwaltungsgericht.ch](http://www.bundesverwaltungsgericht.ch)

**Geschäfts-Nr. B-1185/2020**  
stm/guj/fma

## **Zwischenentscheid vom 7. Mai 2020**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Christian Winiger, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW),**  
Hegibachstrasse 47, 8032 Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Brigitta Kratz,  
Stiffler & Partner Rechtsanwälte,  
Dufourstrasse 101, 8008 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,**  
KBB / Rechtsdienst,  
Fellerstrasse 21, 3003 Bern,  
Vergabestelle,

Gegenstand

---

Öffentliches Beschaffungswesen –  
Zuschlag betreffend das Projekt "(19144) 805 Vollzug  
Zielvereinbarungen post 2020", Los-Nr. 2 (IT-Dienste;  
SIMAP-Meldungsnummer 1118861; Projekt-ID 193696),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Am 24. September 2019 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "(19144) 805 Vollzug Zielvereinbarungen post 2020" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 1096603), wobei der Termin für schriftliche Fragen auf den 8. Oktober 2019 festgelegt wurde. Die Bedarfsstelle ist vorliegend das Bundesamt für Energie (BFE), welches sich unter anderem für die Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen einsetzt. Ein zentrales Instrument zur Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen sind Zielvereinbarungen, welche zwischen dem Bund oder den Kantonen und den Unternehmen getroffen werden. Insgesamt werden dafür sechs Lose ausgeschrieben, wovon drei mit der vorliegenden Ausschreibung beschafft werden (Lose Nr. 2, 3 und 4). Gegenstand der Ausschreibung für das streitgegenständliche Los Nr. 2 ist eine IT-Lösung (webbasierte Plattform), die für die Erarbeitung, Umsetzung und Überwachung der Zielvereinbarungen beschafft wird. Weiter ist als Los Nr. 3 die Konzeptionierung einer Geschäftsstelle (Geschäftsorganisationskonzept) ausgeschrieben. Schliesslich beinhaltet Los Nr. 4 die Konzeptionierung einer Zertifizierungsstelle. Ein Anbieter kann ein Angebot auf eines oder mehrere dieser Lose einreichen.

**B.**

Mit SIMAP-Publikation vom 17. Oktober 2019 wurde die Ausschreibung berichtigt und der Termin für Fragen auf den 25. Oktober 2019 festgesetzt.

**C.**

In der Folge gingen für das Los Nr. 2 fristgerecht drei Angebote ein, darunter dasjenige der Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW), Zürich, sowie dasjenige der Y.\_\_\_\_\_AG, (Sitz).

**D.**

Der Zuschlag für das streitgegenständliche Los Nr. 2 wurde am 5. Februar 2020 der Y.\_\_\_\_\_AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilt und am 7. Februar 2020 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1118861) publiziert. Gleichzeitig erhielt die Energie-Agentur der Wirtschaft mit SIMAP-Publikation vom gleichen Tag den Zuschlag für das Los Nr. 3 (Meldungsnummer: 1118867).

**E.**

Am 10. Februar 2020 wandte sich die Energie-Agentur der Wirtschaft an die Vergabestelle und ersuchte um Akteneinsicht sowie um Durchführung eines Gesprächs zur Erläuterung der wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung, worauf die Vergabestelle am 13. Februar 2020 ein schriftliches und am 14. Februar 2020 ein telefonisches Debriefing angeboten hat.

**F.**

In ihrem Schreiben vom 13. Februar 2020 nahm die Vergabestelle zu den Fragen der Beschwerdeführerin bezüglich deren Nichtberücksichtigung im Wesentlichen dahingehend Stellung, dass die Punktedifferenz zur Zuschlagsempfängerin ausschliesslich in der Preisdifferenz begründet sei. In allen übrigen Zuschlagskriterien sei das Angebot der Beschwerdeführerin (ebenso wie dasjenige der Zuschlagsempfängerin) mit der maximalen Punktzahl von jeweils 100 Prozent bewertet worden. Die Preisdifferenz liege bei Fr. 82'600.– und betrage damit 5.3% auf den Preis der berücksichtigten Anbieterin. Das Zuschlagskriterium 1 sei im Übrigen gemäss der auf S. 28 des Pflichtenheftes publizierten Formel berechnet worden, weshalb die Punktzahl einzig und alleine vom offerierten Gesamtbetrag der jeweiligen Anbieterin abhängt.

**G.**

Im ergänzenden telefonischen Debriefing vom 14. Februar 2020 bestätigte die Vergabestelle, dass die Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin den Ausschlag für den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin gab.

**H.**

**H.a** Gegen die Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2020 (publiziert am 7. Februar 2020) erhob die Energie-Agentur der Wirtschaft (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 27. Februar 2020 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei der Zuschlag vom 5. Februar 2020 aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Wiederholung des Vergabeverfahrens anzuordnen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (vorab superprovisorisch) zu erteilen. Weiter sei der Beschwerdeführerin umfassende Akteneinsicht zu gewähren. Die Anträge seien unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vergabestelle gestellt.

**H.b** Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin vorab geltend, dass die Vergabestelle die Begründungs- sowie die Veröffentlichungspflicht verletzt bzw. gegen den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verstossen habe, indem sie sich geweigert habe, Angaben zur Bewertung (inklusive Bewertungsmatrix) der Offerten anhand des Zuschlagskriteriums 3 "Auftragsanalyse" (nachfolgend: ZK 3) zu machen (Beschwerde, Rz. 54 ff.).

**H.c** Materiell bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen zwei Arten von Rügen in Bezug auf die Bewertung vor. Zum einen betrifft dies die Bewertung anhand des Zuschlagskriteriums 1 (Preis). Zum anderen trägt sie Rügen in Bezug auf die Bewertung anhand der qualitativen Kriterien (Zuschlagskriterien 2 bis 4) vor. Die Beschwerdeführerin macht indessen nicht nur Ermessensmissbrauch, sondern auch einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot geltend.

**H.c.a** Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums 1 "Preis" (nachfolgend: ZK 1) bemängelt sie, dass beim kostenbezogenen Zuschlagskriterium ZK 1 ein Verstoss gegen das Transparenz- bzw. gegen das Gleichbehandlungsgebot und ein Ermessensmissbrauch vorliege. Erstens habe die Vergabestelle den reinen Preis *de facto* als ausschlaggebend gewichtet, obschon nur eine geringfügige Preisdifferenz von 5.3% bei 100%iger Erfüllung der qualitativen Zuschlagskriterien durch die Beschwerdeführerin vorliege. Zweitens habe die Vergabestelle das asymptotische Preisbewertungsmodell gewählt, welches sich im vorliegenden Fall als problematisch erweise (Beschwerde, Rz. 67 ff., 78 ff. und Rz. 135). Drittens habe die Vergabestelle den mutmasslichen Umfang künftiger Regieleistungen (im Rahmen der Optionen) *de facto* stärker gewichtet als den von der Beschwerdeführerin offerierten Fixpreis für den Grundauftrag. Ausserdem hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin in einer untergeordneten Gewichtung nebst den Regieansätzen auch im Rahmen der Preisbewertung die Erfahrung der Beschwerdeführerin miteinflussen müssen. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin bezüglich der Optionen namentlich, dass viele der Anforderungen in den noch nicht konkretisierten Optionen zu finden seien (Beschwerde, Rz. 109).

**H.c.b** Zur Bewertung anhand der qualitativen Zuschlagskriterien macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vergabestelle keinen wertenden Vergleich zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin anhand der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien vorgenommen habe. Zudem sei unklar, ob die Vergabestelle die beiden

Angebote in Bezug auf ZK 3 "Auftragsanalyse" mit Hilfe eines Punktesystems nach demselben Massstab bewertet habe bzw. wie die Vergabestelle die Unterkriterien zu ZK 3 gewichtet habe. Auch seien die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Ausführungen zur Frage, nach welchen Gesichtspunkten die Auftragsanalyse bewertet werden würde, zu unbestimmt. Weiter stört sich die Beschwerdeführerin daran, dass die Vergabestelle (mutmasslich) den technologischen Mehrwert des beschwerdeführerischen Angebots (Neuentwicklung) sowie auch dessen "ökologischen" Mehrwert (durch Andockmöglichkeit für absehbare weitere Dienstleistungen im Sinne des Klimaschutzes) nicht berücksichtigt habe. Mutmasslich sei deshalb die Bewertung nicht in sachlich haltbarer Weise gemäss einem generell-abstrakten Schema vorgenommen worden. Die Beschwerdeführerin habe angesichts der im Rahmen der Fragerunde veröffentlichten Antworten in guten Treuen davon ausgehen dürfen, den Zuschlag zu erhalten (Beschwerde, Rz. 136 ff.).

**H.d** Zur aufschiebenden Wirkung trägt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass kein überwiegendes Interesse der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehe (Beschwerde, Rz. 147 ff.).

**I.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 28. Februar 2020 untersagte der Instruktionsrichter bis zur Entscheidung über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde der Vergabestelle bis zum 19. März 2020 Frist angesetzt, um zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, insbesondere zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen. Zudem wurde sie ersucht, innert derselben Frist die vollständigen Akten einzureichen und von der Akteneinsicht auszunehmende Aktenstücke zu bezeichnen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, bis zum 19. März 2020 einen Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

**J.**

Am 2. März 2020 wurden der Vergabestelle ein Doppel der seitens der Beschwerdeführerin separat spedierte Beilagen A, B und 1-20 sowie der Zuschlagsempfängerin ein Doppel des Beilagenverzeichnisses zusammen mit den Kopien der Beilagen A, 1-7 sowie 15-20 zugestellt.

**K.**

Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, sich als Partei am vorliegenden Verfahren zu beteiligen.

**L.**

**L.a** Innert erstreckter Frist erstattete die Vergabestelle mit Eingabe vom 19. März 2020 ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen. Sie beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten bzw. eventualiter sei diese abzuweisen. Hinsichtlich der prozessualen Anträge stellt sie namentlich die Rechtsbegehren, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen bzw. die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen und der Beschwerdeführerin sei Akteneinsicht gemäss ihren Abdeckungsvorschlägen zu gewähren. Zudem reichte sie Vernehmlassungsbeilagen, ein Voraktenverzeichnis sowie die Vorakten in einer der Beschwerdeführerin zustellbaren Version ein. Die Vergabestelle stellt ihre Anträge unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

**L.b** Die Vergabestelle bestreitet vorab die Legitimation der Beschwerdeführerin, da nach der Rechtsprechung für ein schutzwürdiges Interesse eine reelle Chance bestehen müsse, den Zuschlag zu erhalten (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 19. März 2020, Rz. 6 ff. [nachfolgend: Vernehmlassung]). Die Rügen der Beschwerdeführerin würden sich ausserdem mehrheitlich auf die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen beziehen, wobei diese im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr vorgebracht werden könnten, wenn deren Bedeutung und Tragweite ohne Weiteres erkennbar seien. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (zum kantonalen Recht) auch für die Ausschreibungsunterlagen. Damit sei das Beschwerderecht der Beschwerdeführerin verwirkt (Vernehmlassung, Rz. 10 ff.). In Bezug auf die Begründung und die Bekanntgabe des Zuschlags sowie das Debriefingschreiben habe sich die Vergabestelle an die diesbezüglichen Anforderungen gehalten. Selbst wenn die Zuschlagsbegründung bzw. der Umfang oder die Tiefe der zur Verfügung gestellten Informationen dennoch als zu wenig aussagekräftig eingeschätzt würde, könnte eine Gehörsverletzung mit dem Debriefing oder spätestens im Beschwerdeverfahren geheilt werden (Vernehmlassung, Rz. 20 und 26 ff.).

**L.c** Die Vergabestelle führt weiter aus, die gerügten Taxonomien der qualitativen Zuschlagskriterien (ZK 2-4) seien transparent und im Hinblick auf unterschiedliche Anbieterinnen gleichbehandelnd ausgestaltet worden. Die

Vergabestelle widerspricht der Beschwerdeführerin, soweit diese rügt, die Ausschreibung sei trotz ihrer Komplexität so ausgestaltet gewesen, dass nur auf den Preis abgestellt worden sei. Der Preis sei einzig mit 30% gewichtet gewesen und die Preisbewertung liege sowohl gemäss Angaben in den Ausschreibungsunterlagen, wie auch bezogen auf die faktische Preisgewichtung über der vom Bundesgericht aufgestellten Mindestgewichtung von 20% (Vernehmlassung, Rz. 40). Der Rüge der Beschwerdeführerin, dass trotz komplexem Beschaffungsgegenstand sehr offene Taxonomien gewählt worden sei, sei nicht verständlich. Gerade bei komplexen Leistungsgegenständen müssen die Kriterien funktionaler gehalten werden, um auf die unterschiedlichen Lösungsansätze der hochqualifizierten Anbieterinnen eingehen zu können (Beschwerde, Rz. 47 ff.). Der Beschwerdeschrift sei auch keine substantiierte Aussage zu entnehmen, wonach die Evaluation der Zuschlagsofferte fehlerhaft sei. Da die Zuschlagsofferte die maximale Punktzahl erhalten habe und die durch den Preis resultierende und für den Ausgang des Vergabeverfahrens entscheidende Punktedifferenz richtigerweise selbst von der Beschwerdeführerin nicht gerügt werde, habe die Beschwerdeführerin keine reelle Chance auf den Zuschlag (Beschwerde, Rz. 59 ff.).

**L.d** Zur aufschiebenden Wirkung trägt die Vergabestelle vor, dass nach der aktuellen Rechtsprechung vorab anhand einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden müsse, ob die Beschwerde mit Blick auf die vorhandenen Akten als aussichtsreich erscheine. Fehle – wie vorliegend – eine vernünftige Erfolgsaussicht der geltend gemachten Beschwerdegründe, sei von vornherein keine aufschiebende Wirkung zu gewähren (Vernehmlassung, Rz. 62 ff.).

## **M.**

**M.a** Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 20. März 2020 wurde die Vernehmlassung der Vergabestelle samt Beilagen der Beschwerdeführerin zur freigestellten Replik zugestellt, wobei die Fristen infolge des durch den Bundesrat verordneten Stillstands der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus auf den 20. April 2020 angesetzt wurden.

**M.b** Die Vergabestelle reichte auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin mit Eingabe vom 24. März 2020 einen neuen Abdeckungsvorschlag zu den Seiten 3 und 4 des Anhangs 2 des Evaluationsberichts ein, welcher der Beschwerdeführerin zugestellt wurde.

**N.**

Mit Verfügung vom 27. März 2020 wurde die Vergabestelle aufgefordert, die Offerte der weiteren nicht berücksichtigten Anbieterin dem Gericht einzureichen. Dies tat sie am 31. März 2020, wobei die Vergabestelle beantragte, dass die Offerte von der Akteneinsicht auszunehmen sei.

**O.**

Am 9. April 2020 wurde die Vergabestelle ersucht, einen neuen Abdeckungsvorschlag für die Seite 1 des Anhangs 2 des Evaluationsberichts in Register 4 (Begründungen für die der Zuschlagsempfängerin zuerkannten Punkte unter den Kriterien ZK 2-ZK 4) einzureichen. Das dem Gericht mit Eingabe vom 17. April 2020 vorab in elektronischer Form eingereichte Dokument wurde der Beschwerdeführerin gleichentags zugestellt.

**P.**

**P.a** Innert Frist reichte die Beschwerdeführerin am 27. April 2020 ihre Replik zur aufschiebenden Wirkung ein. Sie beantragt insbesondere, die mit Zwischenverfügung vom 28. Februar 2020 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei aufrecht zu erhalten.

**P.b** Betreffend die Legitimation betont die Beschwerdeführerin, dass sie als zweitplatzierte Anbieterin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung des Zuschlagsentscheids und damit eine reelle Chance auf den Zuschlag habe. Der deutliche Unterschied in der Bewertung zu den Unterkriterien bei Zuschlagskriterium ZK 3 "Auftragsanalyse" hätte ihrer Auffassung nach zu einem Punktabzug bei der Zuschlagsempfängerin führen müssen, da bei den entsprechenden Unterkriterien gemäss Evaluationsbericht der Offerte der Zuschlagsempfängerin eine schlechtere Bewertung attestiert worden sei. Somit weise die Offerte der Zuschlagsempfängerin einen klaren Minderwert im Vergleich zur Offerte der Beschwerdeführerin auf. Damit sei substantiiert dargelegt, dass die Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag habe (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 7 ff.). Im streitgegenständlichen Fall sei der Zuschlag der qualitativ schlechteren, generischen Offerte der Zuschlagsempfängerin erteilt worden, obschon gemäss den publizierten Zuschlagskriterien die Gewichtung der qualitativen Zuschlagskriterien 70% betragen habe (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 24 ff.). Die Belastbarkeit der Angebotspreise der Zuschlagsempfängerin zu den Optionen werde nach wie vor in Frage gestellt (Replik zur aufschiebenden Wirkung,

Rz. 35). Schliesslich seien keine Interessen durch die Vergabestelle geltend gemacht worden, die der Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehen würden (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 15).

**P.c** Mit Verfügung vom 27. April 2020 wurde die Replik der Vergabestelle zugestellt und der Schriftenwechsel zur aufschiebenden Wirkung geschlossen.

**P.d** Mit unaufgeforderter Eingabe vom 4. Mai 2020 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme ein, welche der Vergabestelle zur Kenntnis zugestellt wurde.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

**1.2** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.3** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

### **2.**

**2.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**2.2** Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben.

Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

**2.3** Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über

das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen "Telefonanlage Universitätsspital Basel"; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen").

### **3.**

In einem ersten Schritt ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen fällt.

**3.1** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Government Procurement Agreement unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

**3.2** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA).

**3.3** Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer

Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen – Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat das streitgegenständliche Los Nr. 2 unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) "72000000: IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" aufgeführt (vgl. Ziffer 2.4 f. der Ausschreibung). Diese entspricht prima facie einer der Gruppe 84 ("IT services: consulting, software development, internet and support") zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA bzw. vom Anhang 1a zur VöB erfasst wird. Demnach fällt die Dienstleistung prima facie in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise amtlich publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1050, 1059 und 1131 ff.).

**3.4** Das geschätzte Auftragsvolumen liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre

2018 und 2019 (SR 172.056.12; vgl. zu den Offertsummen E. 7.6.2 hier-nach).

**3.5** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die angefochtene Ausschreibung fällt daher prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig.

#### **4.**

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen; vgl. E. 2.3 hiervor).

**4.1** Mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 141 II 41 E. 4 ff. "Monte Ceneri") bestreitet die Vergabestelle die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin (Vernehmlassung, Rz. 6 ff.). Gemäss dieser Rechtsprechung müsse für die Bejahung eines schutzwürdigen Interesses eine reelle Chance bestehen, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag auch erhält. Zudem müsse nach zitierter Rechtsprechung die Legitimation mit mehr als nur Mutmassungen begründet werden können (Vernehmlassung, Rz. 6 ff.).

**4.2** Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass der deutliche Unterschied in der Bewertung zu den Unterkriterien bei Zuschlagskriterium ZK 3 zu einem Punktabzug bei der Zuschlagsempfängerin hätte führen müssen, da bei den strittigen Unterkriterien gemäss dem im Rahmen der Instruktion teilweise offen gelegten Evaluationsbericht der Offerte der Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Begründung der vergebenen Punktzahl eine schlechtere Bewertung attestiert worden sei. Somit weise die Offerte der Zuschlagsempfängerin einen klaren Minderwert im Vergleich zur Offerte der Beschwerdeführerin auf. Zudem sei nochmals festzuhalten, dass der Anforderungskatalog in Bezug auf das Unterkriterium "besondere Funktionalitäten" (ZK 3) unklar sei. Damit sei substantiiert dargelegt, dass

die Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag habe (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 7 ff.).

**4.3** Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Zur Beschwerde ist demnach berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**4.4** Vorliegend ist die Beschwerdeführerin formell beschwert, denn sie hat als Anbieterin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

**4.5** Der Vergabestelle ist insofern zuzustimmen, als dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri") der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht genügt, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären oder aber, dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; BGE 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind

und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" mit Hinweisen; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.6 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung").

**4.6** Im vorliegenden Fall beantragt die im zweiten Rang platzierte Beschwerdeführerin, der Zuschlag sei aufzuheben und stattdessen ihr zu erteilen bzw. eventualiter sei die Wiederholung des Vergabeverfahrens anzuordnen. Insbesondere rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung im ZK 3, wobei sie eine Schlechterbewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin um 200 Punkte verlangt, da ihr Angebot einen technischen Mehrwert biete und sie über zehn Jahre Erfahrung besitze. Der Unterschied zur Erstplatzierten betrage lediglich 43 von insgesamt 1000 Punkten. Eine missverständliche Formulierung der Anforderungen in Bezug auf die "besonderen Funktionalitäten" könnte jedenfalls zu einer Rückweisung zur Neubewertung führen. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Preisbewertung unter ZK 1 mit der Begründung in Frage gestellt werden kann, den Optionen komme im Rahmen der Preisbewertung im Vergleich zum Grundauftrag ein zu grosses Gewicht zu. Diesfalls hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten (vgl. *mutatis mutandis* zur Rüge eines unzulässigen Unterangebots der vorrangierten Anbieterin den Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.7 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung"). Es ergibt sich demnach, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit wegen fehlender Legitimation nicht eingetreten werden kann.

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

## **5.**

**5.1** Als erstes rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe gegen ihren Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verstossen, indem sie die Begründungs- und Bekanntgabepflicht verletzt habe (Beschwerde, Rz. 54 ff.). So sei ihr im Zuschlagsentscheid vom 7. Februar 2020 lediglich mitgeteilt worden, dass die Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der qualitativen Anforderungen im Bereich der IT-Lösung sowie durch ein

preislich günstiges Angebot überzeugt habe. Weiter habe sie weder nach dem schriftlichen Debriefing vom 13. Februar 2020 noch aufgrund der anlässlich des telefonischen Debriefings vom 14. Februar 2020 erhaltenen Erläuterungen die Bewertung der Zuschlagsempfängerin, insbesondere unter den qualitativen Zuschlagskriterien ZK 2 bis ZK 4, im Vergleich zu ihrer eigenen Bewertung nachvollziehen können. Namentlich seien ihr die verlangten Informationen in Bezug auf die Bewertung der Offerten der Zuschlagsempfängerin unter den qualitativen Zuschlagskriterien ZK 2 bis ZK 4 nicht ausgehändigt worden (Beschwerde, Rz. 43 ff.).

**5.2** Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen namentlich zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1705 f.). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a BöB enthält Art. 23 BöB eine lex specialis zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 BöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB; BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 "Betankungsanlagen", auszugsweise publiziert in BVGE 2019 IV/2, nicht publizierte E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243 f.).

**5.3** Vorliegend enthält die öffentliche Zuschlagsverfügung vom 7. Februar 2020 (SIMAP Meldungsnummer: 1118861) in Ziffer 3.3 die Begründung des Zuschlagsentscheids. Daraus geht hervor, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der qualitativen Anforderungen im Bereich der IT-Lösung und durch ein preislich günstiges Angebot überzeugt habe. Diese summarische Begründung genügt den Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 BöB i.V.m. Art. 28 VöB. Das auf Ersuchen der Beschwerdeführerin erfolgte Debriefing wurde seitens der Vergabestelle sowohl schriftlich wie

auch telefonisch angeboten und durchgeführt. Der schriftlichen Begründung war in Bezug auf den Preis zu entnehmen, dass die Zuschlagsempfängerin den Grundauftrag für 478'400.– Franken und die Option für 1'087'000.– Franken angeboten hat. Ausserdem war namentlich ersichtlich, dass beide Anbieterinnen in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien die volle Punktzahl erhalten haben, womit die Punktedifferenz zwischen Beschwerdeführerin und berücksichtigter Anbieterin ausschliesslich mit dem höheren Preis begründet worden ist. Inwiefern diese Erläuterungen der Vergabestelle in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien – die entsprechenden Begründungselemente sind identisch – der Begründungspflicht entsprochen haben, kann zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt offen gelassen werden. Eine allenfalls teilweise fehlende Erläuterung der Nichtberücksichtigung bzw. eine Verletzung der Begründungspflicht allein kann mit Blick auf das Beschleunigungsgebot in der Regel unter Berücksichtigung der Möglichkeit, nicht besonders schwere Gehörsverletzungen zu heilen, nicht zu einer Rückweisung führen. Damit fällt auch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dieser Begründung ausser Betracht (Zwischenentscheide des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.3.3 "IT / Vertragsmanagementsystem"). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung nach Einsicht in den weitgehend offen gelegten Evaluationsbericht Gelegenheit zur Replik gegeben worden ist, womit es ihr jedenfalls möglich war, die angefochtene Verfügung in voller Kenntnis ihrer Tragweite anzugreifen.

## **6.**

**6.1** Die Vergabestelle beanstandet vorab, die Rügen der Beschwerdeführerin würden sich mehrheitlich auf die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen beziehen, wobei diese (im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags) nicht mehr vorgebracht werden könnten, wenn deren Bedeutung und Tragweite ohne Weiteres erkennbar seien. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (zum kantonalen Recht) auch für die Ausschreibungsunterlagen. Damit sei das Beschwerderecht der Beschwerdeführerin verwirkt (Vernehmlassung, Rz. 10 ff.).

**6.2** Replicando widerspricht die Beschwerdeführerin den Ausführungen der Vergabestelle mit der Begründung, es handle sich bei den Rügen der Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in Bezug auf Vorgaben gemessen an den Ausschreibungsunterlagen um Rügen, die

nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegen den Zuschlagsentscheid geltend gemacht werden könnten, zumal die Beschwerdefrist nach der zweiten Fragerunde bereits abgelaufen war (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 16 ff.).

**6.3** Einwände, welche die Ausschreibung selbst betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 mit Hinweisen "Produkte zur Innenreinigung I").

## **6.4**

**6.4.1** Die Ausschreibung vom 24. September 2019 erwähnt in Ziff. 2.4 die Zuschlagskriterien ZK 1 bis ZK 4 sowie deren Gewichtung und verweist auf die detaillierten Zuschlagskriterien in den Anhängen 1 und 7 der Ausschreibungsunterlagen. Vorliegend beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die Bewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin anhand des Zuschlagskriteriums 1 "Preis" und jene anhand der qualitativen Zuschlagskriterien (Zuschlagskriterien ZK 2 bis ZK 4), wobei sie in der sich durch die Bewertung ergebenden faktischen Gewichtung der Kriterien einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot sowie einen Ermessensmissbrauch erblickt.

**6.4.2** Zur besseren Verständlichkeit ist dabei zunächst die Aussage der Vergabestelle einzuordnen, wonach sie die Gewichtung des Preises mit 30% verteidigt (Vernehmlassung, Rz. 39 ff.). Vorliegend wehrt sich die Beschwerdeführerin gerade nicht gegen die Preisgewichtung von 30% als solche, was sie ohnehin durch gesonderte Anfechtung der Ausschreibung hätte tun können und müssen (vgl. Urteil des BVGer B-3875/2016 vom

12. Oktober 2016 E. 3.4.4 "Umnutzung Bundesarchiv"; vgl. E. 6.3 hiervor). Vielmehr stört sie sich daran, dass die Vergabestelle den reinen Preis *de facto* und in Widerspruch zur bekannt gegebenen Gewichtung desselben als ausschlaggebend gewichtet habe. Dabei bezieht sie sich in mehreren Punkten auf die Ausschreibungsunterlagen. Erstens trifft dies zu in Bezug auf die seitens der Vergabestelle zur Anwendung gebrachte Preiskurve. Dasselbe gilt zumindest implizit auch in Bezug auf das Verhältnis von Grundauftrag und Optionen im Rahmen der Preisbewertung. Zweitens rügt die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vergabestelle zu ZK 3 bzw. zur Frage, was in Bezug auf die Auftragsanalyse erfüllt sein müsse, um wie viele Punkte zu erhalten, als unklar, wenn nicht gar widersprüchlich. Ausserdem weist die Beschwerdeführerin – ebenfalls in Bezug auf die Bewertung der Offerten anhand des ZK 3 – auf die mit Blick auf das Transparenzgebot nach ihrer Auffassung problematische Unbestimmtheit der Begriffe "Herausforderungen und Massnahmen" hin.

**6.4.3** Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die Beschwerdeführerin teilweise die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen rügt. Die Vergabestelle geht in ihrem Vorbringen mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Recht davon aus, dass die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen offensichtlich verspätet (und damit ebenso offensichtlich verwirkt) seien. Dieser Ansicht kann prima facie nicht gefolgt werden. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis ändert nämlich der Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestanden haben, nichts daran, dass die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags beanstandet werden können (BVGE 2014/14 E. 4 "Suchsystem Bund"; vgl. E. 6.3 hiervor). Zwar ist es aus prozessökonomischen Gründen zulässig, gleichzeitig mit der Ausschreibung publizierte Ausschreibungsunterlagen mit dieser anzufechten, aber es gereicht der Beschwerdeführerin – allenfalls unter Vorbehalt hier nicht vorgebrachter Argumente betreffend den Grundsatz von Treu und Glauben – nicht zum Nachteil, wenn sie die Ausschreibungsunterlagen erst mit dem Zuschlag rügt. Damit sind die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerin nicht offensichtlich verspätet. Indessen sind die Rechtssuchenden darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber *de lege ferenda* mit Art. 53 Abs. 2 des (noch nicht in Kraft getretenen) Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BBI 2019 4505, insb. S. 4532) die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich auch für Bundesvergaben massgeblich erklärt.

## 7.

**7.1** Wie bereits ausgeführt beanstandet die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht im Wesentlichen einerseits die Bewertung der Offerten anhand des Zuschlagskriteriums 1 "Preis". Andererseits geht sie davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin anhand der qualitativen Zuschlagskriterien, insbesondere in Bezug auf das Zuschlagskriterium 3 "Auftragsanalyse", schlechter hätte bewertet werden müssen. Wie in Erwägung 6 hiervoor ausgeführt werden in diesem Zusammenhang auch in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Vorgaben und Bewertungsmethoden in Frage gestellt. Zum besseren Verständnis ist hierzu Ziff. 2.3 der Ausschreibung wiederzugeben, wonach die Zuschlagskriterien für Los Nr. 2 wie folgt beschrieben und gewichtet werden:

"ZK1 Preis: Gewichtung 30%

ZK2 Referenzen: Gewichtung 20%

ZK3 Auftragsanalyse: Gewichtung 40%

ZK4 Benutzerfreundlichkeit: Gewichtung 10%

Erläuterungen: Die detaillierten Zuschlagskriterien sind in den Anhängen 1 und 7 der Ausschreibungsunterlagen ersichtlich."

Im Folgenden ist auf die gegen ZK 1 ("Preis") gerichteten Rügen einzugehen. Die Beschwerdeführerin rügt einerseits, dass die Vergabestelle (zu Unrecht) den reinen Preis *de facto* als ausschlaggebend gewichtet habe. Andererseits stört sich die Beschwerdeführerin unter anderem an den Optionen (Bestandteil von ZK 1), welche weitgehend auf einer Schätzung beruhen würden und in den Ausschreibungsunterlagen zu unbestimmt seien (Beschwerde, Rz. 135). Viele der Anforderungen bzw. der in der Zukunft zu erbringenden Leistungen seien in noch nicht konkretisierten Optionen zu finden (Beschwerde, Rz. 109). So habe die Vergabestelle in der Fragerunde wiederholt auf Option 5 als "Auffanggefäss" verwiesen und selber auch konzidiert, dass dazu dann zu gegebener Zeit Einzelverträge abgeschlossen werden müssten. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte berücksichtigt werden müssen, dass dies ein Kostenüberschreitungsrisiko beinhalte (Beschwerde, Rz. 135 letzter Spiegelstrich). Auch mit ihrer Antwort zur Frage 165 zur Option 5 habe die Vergabestelle die gestellte Frage nicht beantwortet. Es dürfe bei der Bewertung nicht nur der für die Regiearbeiten offerierte Stundenansatz bewertet werden; vielmehr müsse auch ihre Erfahrung für die Kostenschätzung in Bezug auf die Optionen massgeblich sein (Beschwerde, Rz. 115 ff.). Ausserdem beruhe die auftraggeberseitig für die verschiedenen Optionen vorgegebene Stundenzahl auf

problematischen Schätzungen. Schliesslich dürfe der von der Bedarfsstelle geschätzte mutmassliche Umfang späterer Regieleistungen nur untergeordnet gewichtet werden (Beschwerde, Rz. 108 ff.).

**7.2** Die Vergabestelle hält den Vorbringen der Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht im Wesentlichen entgegen, dass die Ausschreibung (und damit gemeint auch die Ausschreibungsunterlagen) nicht so ausgestaltet sei, dass nur auf den Preis abgestellt werde (Vernehmlassung, Rz. 37). Sie habe insbesondere betreffend den Leistungsbeschrieb, bei der Definition des Leistungsgegenstandes, bei der Setzung von Kriterien sowie bei deren Evaluation einen im Rahmen der Gleichbehandlung erheblichen Ermessensspielraum. Gerade bei komplexen Leistungsgegenständen müssten die Kriterien funktionaler gehalten sein. Eine Ermessensüberschreitung würden die Rügen nicht darlegen (Vernehmlassung, Rz. 48 mit Verweis auf Rz. 44).

**7.3** Replicando hält die Beschwerdeführerin daran fest, dass die Belastbarkeit der Angebotspreise der Zuschlagsempfängerin für die Optionen in Frage zu stellen sei. Das Bundesgericht spreche in BGE 143 II 553 E. 7.5.2 "Plausibilität eines Angebots" von einem notorischen Risiko späterer Auseinandersetzung über Nachträge und Zusatzaufträge (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 35).

Nachfolgend ist daher prima facie zu prüfen, ob die Optionen in rechtskonformer Weise definiert und bewertet wurden.

## **7.4**

**7.4.1** Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 BöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik und technischer Wert. Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert; diese sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten

Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I" und Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen).

**7.4.2** Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgabe kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA" E. 2.3; Zwischenentscheid des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (Urteil des BVGer B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1 f. "Bewirtschaftung Anschlussgeleise", mit Hinweis auf den Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, in: VPB 65.94, E. 3d i.V.m. E. 5a/ee; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 410). Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung ist gegeben, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehenes Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (BVGE 2007/17 E. 2.2; Urteil des BVGer B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich

2016, Art. 49 N. 32 f. mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage, Basel 2013, N. 2.185 f. mit Hinweisen).

**7.4.3** Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 VöB im Voraus bekannt zu geben. Dazu gehört auch die Bekanntgabe von Subkriterien, soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"; Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.3.1 "Produkte zur Aussenreinigung II"). Ausserdem dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (BVGE 2018 IV/2 E. 6.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

## 7.5

**7.5.1** Vorliegend hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen nebst dem Grundauftrag auch sechs Optionen ausgeschrieben. Die Optionen werden unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" bewertet. Die sechs Optionen für Los Nr. 2 sind im Pflichtenheft unter Ziff. 3.3.2 auf den Seiten 14 bis 19 beschrieben. Darin aufgeführt sind die Optionen 1 "Integration Energieverbrauchsanalyse", 2 "Integration von kantonalen Zielvereinbarungen", 3 "Integration Bescheinigungen und Zertifikate", 4 "Emmissionshandelssystem (EHS) und Monitoringkonzept", 5 "Weiterentwicklungen" und 6 "Wartung und Support".

**7.5.2** Die Vergabestelle publizierte auf Seite 9 des Anforderungskatalogs zu Los Nr. 2 in den Ausschreibungsunterlagen eine Bewertungsmatrix, wobei der Preis mit maximal 300 von insgesamt 1000 Punkten bewertet wird. Dabei wird für die Taxonomie des Preises (ZK 1) auf Ziff. 6.3 (recte: Ziff. 6.2) des Pflichtenhefts verwiesen. Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts ist folgendes zu entnehmen:

"Bewertet wird pro Angebot der massgebliche Gesamtpreis für die Punktevergabe. Dieser wird wie folgt berechnet:

**Massgeblicher Gesamtpreis für Bewertung =  
Kosten des ausgeschriebenen Beschaffungsvolumens (Grundauftrag + Option)**

**Im Vergleich aller Anbieter erhält das jeweils tiefste Angebot die maximale Punktzahl. Die Punktevergabe erfolgt gemäss der folgenden Formel:**  
 Punktemaximum x (Preis des günstigsten Angebotes : Preis des Angebotes)<sup>3</sup>(...)"

Die Anbieter hatten gemäss Preisblatt (Anhang 8) entweder Fixpreise oder Stundenansätze für bestimmte Bestandteile des Grundangebots und bestimmte Bestandteile der Optionen zu offerieren. Für die Option 5 waren einzig Stundenansätze für Regieleistungen anzubieten. Der einschlägige Auszug aus dem Preisblatt hat in Bezug auf die Option 5 folgenden Inhalt:

Pos.	<b>Los 2: IT-Lösung</b>  <b>Option 5:</b> <b>Weiterentwicklungen</b>	Einheit	CHF pro Einheit	Geschätzte Zahl	Total in CHF
2.5.1	Qualitätssicherung durch Nutzung künstlicher Intelligenz	CHF / Stunde		500	
2.5.2	grafische Online (Echtzeit) Auswertung	CHF / Stunde		500	
2.5.3	Inhaltsextraktion aus Word- und PDF-Dokumenten	CHF / Stunde		300	
2.5.4	Einbezug von Daten aus Energiebuchhaltungssoftwares	CHF / Stunde		500	
2.5.5	Allgemeine Weiterentwicklungen	CHF / Stunde Software-Entwickler		2000	
		CHF / Stunde Tester		300	
		CHF / Stunde Business Analyst		1000	

2.5.6	Schulungen bei durch Bedarfsstelle gewünschten Änderungen mittlerer Stundenansatz	CHF / Stunde		100	
-------	---	--------------	--	-----	--

Dabei wurden in Bezug auf die Optionen unterschiedliche Kategorien gebildet. Die Optionen 1 und 2 können nach dem Konzept der Vergabestelle zeitgleich mit den Grundleistungen bezogen werden. Der Bezug der Option 3 bedinge demgegenüber die Umsetzung des E-CO<sub>2</sub>-Gesetzes. Schliesslich seien die Optionen 4-6 erst in der Betriebsphase zwischen Januar 2021 und Dezember 2032 relevant (vgl. hierzu auch das Pflichtenheft, Seite 20, Ziff. 3.3.3).

## 7.6

**7.6.1** Die Beschwerdeführerin beruft sich in Bezug auf die von ihr vertretene Auffassung, wonach die ausgeschriebenen Regieleistungen nur untergeordnet gewichtet werden dürfen, namentlich auf Ausführungen von CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI. Diese Autorin geht davon aus, dass die Vergabestelle innerhalb des eigentlichen Angebotspreises zwischen verschiedenen Kostenelementen unterscheiden kann. Sie habe hier vorzugeben, welche Leistungen nach welcher Vergütungsart (Aufwand, pauschal/global etc.) zu offerieren sind, ob und welche Zuschläge auszuweisen sind usw. Sie habe mit anderen Worten in ihren Ausschreibungsunterlagen die für die Offertstellung und spätere Vertragserfüllung massgebenden Preisbildungsregeln zu nennen. Welche Regeln die Vergabestelle dabei vorgebe, liege in ihrer Kompetenz, solange sie dabei nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstosse. Möglich sei dabei, dass die Vergabestelle das Kriterium Angebotspreis in einzelne Unterkriterien unterteile, entsprechend den Komponenten der offerierten Entschädigung für die Hauptleistung sowie für Zusatzleistungen (Stundenaufwand, Regieansätze). Allerdings habe sie hier dem Verhältnis dieser Leistungen Rechnung zu tragen. Wolle die Auftraggeberin zum Beispiel bei Werkleistungen nebst der Hauptvergütung zusätzlich Regieansätze bewerten, so habe sie dieses Preiselement als separates Unterkriterium zu benennen. Sie habe bei der Gewichtung den späteren mutmasslichen Umfang möglicher Regieleistungen zu berücksichtigen und dürfe dieses Unterkriterium vergleichsweise nur untergeordnet gewichten. Je unbestimmter die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Option darstelle bzw. je mehr sie die Auslösung der Optio-

nen offenlasse, umso weniger sei ein Optionspreis in die Bewertung miteinzubeziehen (CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 335 f.).

**7.6.2** Gemäss Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts besteht der massgebliche Gesamtpreis für die Bewertung unter Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" aus dem Grundauftrag mit den Optionen. In der Evaluation hat die Vergabestelle gemäss dem Evaluationsbericht (Ziff. 6.4.5) alle Optionen für die Bewertung von Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" miteinbezogen. Auffallend ist vorliegend bei der Evaluation, dass insbesondere die Zuschlagsempfängerin einen deutlich höheren Betrag für die Optionen als für das Grundangebot offeriert hat (vgl. Ziff. 4.4 Zuschlagspublikation). Die Zuschlagsempfängerin hat nämlich für den Grundauftrag Fr. 478'400.– und für die Optionen Fr. 1'087'000.– offeriert. Durch die Hinzurechnung des Optionspreises hat die Vergabestelle faktisch den Optionen unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 eine grössere Gewichtung eingeräumt als dem Grundauftrag. Kommt hinzu, dass insbesondere die Option 5 überwiegend aus Regieansätzen zu je mehreren Tausend Stunden besteht, während der Grundauftrag auch aus Fixpreisen besteht (vgl. Preisblatt in Anhang 8). Ausserdem werden zwar die Optionen 1 und 2 möglicherweise bei Bedarf zeitgleich mit den Grundleistungen bezogen (vgl. E. 7.5.2 hiervor). Das gilt aber nicht für die Optionen 4-6. Diese können zwischen Januar 2021 und Dezember 2032 relevant werden. Ausserdem hat die Vergabestelle im Rahmen der Frageunde die Frage 165 (betreffend die Option 5), mit welcher um Erläuterungen in Bezug auf die gewünschten Anwendungen mit konkreten Beispielen gebeten worden war, dahingehend beantwortet, dass die Angabe eines Stundensatzes ausreichend sei. Der genaue Umfang der Leistungen werde zu gegebener Zeit in Einzelverträgen bestimmt.

**7.6.3** Das Urteil VB.2016.00513 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. März 2017 betrifft das Projekt "Fahrradverleih" der Stadt Zürich. Das Verwaltungsgericht hat erkannt, dass die Angaben zum "Restwert der Veloflotte" nach dem Konzept der Vergabestelle nicht bewertungsrelevant seien, was angesichts des unbestimmten Gehalts dieser Option nicht zu beanstanden sei (a.a.O., E. 7.2.2). Bei der Evaluation bzw. der Beantwortung der Frage, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, steht der Vergabebehörde zwar ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (vgl. E. 7.4.2 hiervor). Indessen ist der von SCHNEIDER HEUSI namentlich aus der wiedergegebenen Erwägung des

Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich gezogene Schluss, dass je unbestimmter die Option ist und je mehr ihre Auslösung offen gelassen wird, desto naheliegender der Schluss ist, dass die Optionen nur "umso weniger" in die Bewertung einzubeziehen sind, keineswegs offensichtlich abwegig (vgl. zu ähnlichen Überlegungen in Bezug auf Optionen im Rahmen einer freihändigen Vergabe den Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.8 "Support Software ORMA"). Die seitens der Beschwerdeführerin angerufene Rechtsauffassung hat im vorliegenden Fall eine gewisse Brisanz, weil die Zuschlagsempfängerin etwas mehr als das Doppelte des Preises für den Grundauftrag für die Optionen offeriert hat, wobei insbesondere die Option 5 nicht sehr klar bestimmt ist und durchaus unklar ist, ob und welche der Optionen 4-6 bis zum Dezember 2032 ausgelöst werden. Demnach ist prima facie nicht von der Hand zu weisen, dass sich die (aufgrund der Bewertungsmethode) hohe tatsächliche Gewichtung der Optionen im Vergleich zum Grundauftrag als problematisch erweisen könnte. Vor allem hat die Vergabestelle auch keine Subkriterien für den Preis des Grundauftrags einerseits und den für die Optionen anfallenden finanziellen Aufwand andererseits gebildet, was ihr erlaubt hätte, das gewünschte Gewicht der Optionen im Verhältnis zum Grundauftrag zu bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Grundleistung mehrheitlich zum Fixpreis offeriert wird, wogegen namentlich die Option 5 ausschliesslich nach Regieansätzen zu offerieren war. Damit erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach im Rahmen der Bewertung der Offerten anhand des Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" den Optionen im Vergleich zum Grundauftrag eine zu grosse Bedeutung zukommt, nicht als offensichtlich unbegründet. Demnach kann offen bleiben, ob die Preisbewertungsmethode sowie die Unbestimmtheit namentlich der Optionen 5 und 6 nicht auch mit Blick auf das Transparenzgebot problematisch erscheinen. Folgerichtig wird über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden sein (vgl. E. 2.3 hiavor).

**7.6.4** Aufgrund des soeben Gesagten erübrigt es sich im vorliegenden Zusammenhang, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Nur am Rande sei deshalb erwähnt, dass in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien auch danach gefragt werden könnte, ob sich das für die Bewertung derselben angewandte Bewertungssystem (sog. Taxonomie Typ B), bestehend aus lediglich drei Noten A (100 Prozent der erreichbaren Punkte), B (50 Prozent der erreichbaren Punkte) und C (0 Prozent der erreichbaren Punkte; vgl. zum Ganzen Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts) als rechtmässig erweist. Besonders bei hoher Gewichtung soll die Qualität nach der Rechtsprechung hinreichend differenziert beurteilt werden können (vgl.

zum Ganzen BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I", Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.5 "Produkte zur Aussenreinigung II" sowie Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettatunnel").

## **8.**

**8.1** Erweist sich eine Beschwerde prima facie als nicht offensichtlich unbegründet, so ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle – und der Zuschlagsempfängerin – an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde (vgl. E. 2.3 hiervor).

**8.2** Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, sowohl die Dringlichkeit im Allgemeinen als auch gegebenenfalls allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheid des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel"). Dies tut die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht. Damit macht sie keine im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen geltend, womit die Interessenabwägung mit Blick auf die Interessen der Beschwerdeführerin sowie das öffentliche Interesse am effektiven Rechtsschutz (vgl. E. 2.3 hiervor) zugunsten der Beschwerdeführerin ausfällt.

**8.3** Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist.

## **9.**

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle. Nachdem sie indessen mit dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung durchdringt, entsteht ihr kein Nachteil, wenn die Akteneinsicht, soweit den Begehren der Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist, ins Hauptverfahren verschoben wird. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist vorliegend entsprechend vorzugehen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 8 "Lüftung Kaserne

Thun I"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371 mit weiteren Hinweisen). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion (insbesondere in Bezug auf den Evaluationsbericht) nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

**10.**

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

**2.**

**2.1** Der Akteneinsichts Antrag der Beschwerdeführerin wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

**2.2** Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

**3.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**4.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

**5.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 193696; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 8. Mai 2020