



---

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-1214/2022**

whs/ret/lse

## **Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2022**

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Christoph Jäger und/oder Dr. Andreas Güngerich,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**SIFEM AG,**  
c/o [...],

vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Silvan Hauser und/oder Ramona von Riedmatten,  
SwissLegal (Zürich) AG,  
Räffelstrasse 12, 8045 Zürich,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Zuschlag betr. Projekt "21261 SIFEM Portfoliomanagement  
und Management von Geschäftsdienstleistungen; Los-Nr. 1"  
SIMAP-Projekt-ID 228950,  
SIMAP-Meldungsnummer 1247257,

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

Am 5. November 2021 schrieb die SIFEM AG (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform Simap (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Dienstleistungsauftrag unter dem Projekttitel "21261 SIFEM Portfoliomanagement und Management von Geschäftsdienstleistungen" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1226893; Projekt-ID 228950). Der hier interessierende Auftrag (Los-Nr. 1) betrifft das Portfoliomanagement für die aktiven Verpflichtungen der SIFEM AG (damals mehr als USD 800 Millionen) von September 2022 bis Ende 2027 mit optionaler Verlängerung bis 2032 (Ausschreibung, Ziff. 2.4). Die Angebote waren bis zum 29. Dezember 2021 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

Am 25. November 2021 fand im Rahmen des Vergabeverfahrens eine Fragerunde (Q&A) statt.

**B.**

In der Folge gingen vier Angebote ein, wovon eines der A. \_\_\_\_\_ AG, [...] (im Folgenden: Beschwerdeführerin), welche seit dem Jahr 2015 die bisherige Leistungserbringerin war. Von den vier Angeboten wurde eines wegen Nichterfüllens der technischen Spezifikationen ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin wurde am 24. Januar 2022 von der Vergabestelle zur Angebotspräsentation eingeladen, welche am 2. Februar 2022 stattfand.

**C.**

Am 21. Februar 2022 erteilte die Vergabestelle der B. \_\_\_\_\_ AG, [...] (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin), den Zuschlag zum Preis von Fr. 64'091'911.00 (mit MwSt. 7.7%).

Die Vergabestelle veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 23. Februar 2022 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1247257). Zur Begründung führte sie aus, ausschlaggebend für die Zuschlagserteilung sei, dass die Zuschlagsempfängerin eine sehr hohe Erfüllung der qualitativen Anforderungen erreicht habe und in der Präsentation mit ihrem Team von Schlüsselpersonen habe überzeugen können (SIMAP-Zuschlagsverfügung, Ziff. 3.3).

Die Vergabestelle informierte die nichtberücksichtigten Anbieter per E-Mail vom 23. Februar 2022 über die Nichtberücksichtigung. Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines Debriefings hin.

**D.**

Im Anschluss an die Zuschlagspublikation machte die Beschwerdeführerin Gebrauch von einem angebotenen ersten Debriefing mit der Vergabestelle, welches telefonisch stattfand.

Im Rahmen des zweiten Debriefings, welches am 2. Mai 2022 stattfand, teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, wie sie mit Blick auf die Kriterien abgeschnitten hatte.

**E.**

Gegen den am 23. Februar 2022 auf SIMAP publizierten Zuschlag erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. März 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt in materieller Hinsicht, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und die Sache zur teilweisen Wiederholung des Vergabeverfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen. Subeventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und die Sache zum Abbruch des Vergabeverfahrens und zur Neuausschreibung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin beantragt in prozessualer Hinsicht unter anderem, der Beschwerde sei (zunächst superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu untersagen, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen. Weiter verlangt sie Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten unter Vorbehalt berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen sowie eine angemessene Frist zur Stellungnahme und Ergänzung der Beschwerde.

Sie rügt unter anderem eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die Nichteignung der Zuschlagsempfängerin und der anderen Anbieterinnen sowie eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes.

**F.**

Mit Eingabe vom 15. März 2022 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine zweite Beschwerde ein gegen den am 23. Februar 2022 auf SIMAP publizierten Zuschlag. Diese Beschwerde der zweitplatzierten Anbieterin wird im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-1256/2022 behandelt.

**G.**

Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. März 2022 ordnete der Instruktionsrichter an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

#### **H.**

Die Zuschlagsempfängerin reichte am 31. März 2022 eine Stellungnahme ein, verzichtete jedoch darin explizit auf das Stellen von formellen Anträgen und auf die Konstituierung als Partei.

#### **I.**

Mit Vernehmlassung vom 4. April 2022 beantragte die Vergabestelle, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Ebenso sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels abzuweisen.

Die Vergabestelle legte unter anderem dar, die Beschwerde sei aussichtslos, da die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert sei, zumal sie keine reelle Chance habe, den Zuschlag selber zu erhalten. Entsprechend sei auch die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren.

#### **J.**

Mit Eingabe vom 14. April 2022 replizierte die Beschwerdeführerin und hielt an den in der Beschwerde vom 15. März 2022 gestellten Rechtsbegehren und Verfahrensanträgen vollumfänglich fest.

Die Vergabestelle hielt in der Duplik vom 27. April 2022 ihrerseits an den bisher gestellten Rechtsbegehren und Ausführungen fest.

#### **K.**

Mit Eingabe vom 19. Mai 2022 stellte die Vergabestelle ein Gesuch um superprovisorischen Erlass von vorsorglichen Massnahmen, da der laufende Vertrag mit der aktuellen Inhaberin des Portfoliomanagementmandats am 31. August 2022 ende.

Zu den von der Vergabestelle beantragten vorsorglichen Massnahmen nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. Mai 2022 Stellung.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Juni 2022 erlaubte der Instruktionsrichter der Vergabestelle in Gutheissung ihrer Anträge, die dringlichen und notwendigen Dienstleistungen des Portfoliomanagements für die Zeit vom

1. Juli 2022 (Vorbereitungs-/Übergangsarbeiten) bzw. 1. September 2022 (Mandatsführung) bis zwei Monate nach Inkrafttreten des Entscheids in der Hauptsache, jedenfalls aber bis zum 28. Februar 2023, entweder von der Zuschlagsempfängerin oder von der Beschwerdeführerin zu beziehen.

#### **L.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

#### **1.**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**1.1** Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 [im Folgenden: GPA 2012], BBI 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Vorliegend wurde das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 5. November 2021 eingeleitet, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

**1.2** Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 BöB).

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB).

Dabei ist die Beschwerde bei Dienstleistungen ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert zulässig (Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB).

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 2012 unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

**1.2.1** Die SIFEM AG (Swiss Investment Fund for Emerging Markets; im Folgenden: Vergabestelle) ist die Entwicklungsfinanzierungsgesellschaft des Bundes. Sie fördert ein langfristiges, nachhaltiges und breit abgestütztes Wirtschaftswachstum in Entwicklungs- und Transitionsländern, indem sie kommerziell existenzfähige kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sowie schnell wachsende Firmen bei ihrem Wachstum finanziell unterstützt und dadurch hilft, sichere und formelle Arbeitsplätze zu schaffen und die Armut zu reduzieren (SIFEM AG, "Unsere Mission" < <https://sifem.ch/de/> >, abgerufen am 10. August 2022).

Die Gesellschaft verfolgt gemäss Handelsregister folgenden Zweck (SIFEM AG, einsehbar unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), abgerufen am 10. August 2022):

"Die Gesellschaft bezweckt in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gemäss Handelsregisterauszug insbesondere das Halten und Verwalten sowie die Weiterentwicklung des ihr von der Schweizerischen Eidgenossenschaft übertragenen Investitionsportfolios im Bereich der Schweizerischen Wirtschaftsentwicklungszusammenarbeit mit Entwicklungs- und Transitionsländern. Die Gesellschaft kann im Rahmen der von der Schweizerischen Eidgenossenschaft vorgegebenen, strategischen Ziele alle Formen von Beteiligungen und Darlehen, inklusive Garantien, tätigen und kann auch zurückfliessende Gelder wieder investieren. Sie kann die Schweizerische Eidgenossenschaft in allen Aufgaben der Entwicklungszusammenarbeit unterstützen, insbesondere bei der Förderung privater Investitionen in Entwicklungs- und Transitionsländern. Die Gesellschaft kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritte beziehen. Die Gesellschaft kann alle Geschäfte tätigen, die bestimmt und geeignet sind, die Entwicklung des Unternehmens und die Erreichung ihres öffentlichen Gesellschaftszweckes zu fördern; namentlich kann die Gesellschaft sich an anderen Unternehmungen im In- und Ausland beteiligen, auf eigene Rechnung Finanzgeschäfte aller Art eingehen sowie Immaterialgüterrechte erwerben, halten und veräussern."

Die SIFEM AG ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, an welcher der Bund mindestens zwei Drittel der Stimmrechte und des Kapitals hält (Art. 30a der Verordnung vom 12. Dezember 1977 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe [SR 974.01]). Sie ist Teil der dezentralen Bundesverwaltung und als Aktiengesellschaft mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes organisatorisch dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) angegliedert (Art. 8 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1] i.V.m. Bst. B. VI Ziff. 2.3.1 des Anhangs 1 RVOV).

Als Teil der dezentralen Bundesverwaltung untersteht die Vergabestelle prima facie dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

**1.2.2** Die massgebenden Schwellenwerte für Lieferungen und Leistungen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsrechts sind in den Anhängen 4 und 5 zum BöB festgelegt.

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.4 der SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 23. Februar 2022 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA 2012 (vgl. Anhang 1 Annex 5) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (Anhang 3 zum BöB). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der provCPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification) (zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff. "Personalverleih"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"). In Ziffer 2.2 der SIMAP-Zuschlagsverfügung wies die Vergabestelle die Beschaffung der Dienstleistungskategorie CPC "Finanzielle Dienstleistungen (a) Versicherungsleistungen und (b) Bankenleistungen und Wertpapiergeschäfte" zu. Gemäss Anhang 3 zum BöB entspricht diese Kategorie der provCPC-Referenznummer 81 (ebenso Anhang I Annex 5

GPA 2012: Versicherungs-, Bank- und Anlagendienstleistungen mit Ausnahme von Wertpapiergeschäften oder Geschäften mit anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken).

Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann den CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorien "66140000" – Portfolioverwaltung zu (Ziffer 2.3 der SIMAP-Zuschlagsverfügung). Gegenstand des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags ist die Planung und das Management von Investitionen, welche auf die Entwicklung und auf ESG-Aspekte (Environment, Social, Governance) wirken, inklusive Bewertung, Einhaltung von Vorschriften, Risiko-, Liquiditätsmanagement. Diese Tätigkeiten haben zum Ziel, Armut zu bekämpfen und Arbeitsplätze zu schaffen, indem unternehmerische Aktivitäten in Entwicklungs- und Schwellenländern gefördert werden. Hierzu werden über Finanzintermediäre Kapital (Eigen- und Fremdkapital) zur Verfügung gestellt und Wissen zur Professionalisierung der Unternehmensführung vermittelt. Diese Aspekte des Auftrags gehen prima facie über die ausgenommenen reinen Wertpapiergeschäfte und Geschäfte mit anderen Finanzinstrumenten hinaus, weshalb prima facie davon auszugehen ist, dass es sich bei der vorliegenden Beschaffung um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 8 BöB in Verbindung mit Anhang 3 zum BöB handelt, der in den Staatsvertragsbereich fällt.

**1.2.3** Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 64'091'911.50 (inkl. MwSt. und inkl. Optionen) ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert (Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Anhang 4 zum BöB) übersteigt.

**1.2.4** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor.

**1.2.5** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig.

## **2.**

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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, m.H.; dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1340 m.H.).

**3.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG).

**4.**

**4.1** Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 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. 54 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**4.2** Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss konstanter Praxis des Bundesverwaltungsgerichts können 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 m.H. "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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft", und B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 4).

**4.3** 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. 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 des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie", E. 2.2) 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 (Zwischenentscheide des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte", und B-4199/2021 E. 4). 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 (BBl 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 (in Kraft seit 1. Juli 2021) – 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 m.H.; 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 GPA 1994 beziehungsweise von Art. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341; Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 E. 4).

**4.4** Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-562/2015

vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA", und B-4199/2021 E. 4).

## **5.**

Die Vergabestelle macht geltend, dass infolge fehlender Legitimation der Beschwerdeführerin nicht auf deren Beschwerde eingetreten werden könne.

**5.1** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c müssen dabei kumulativ erfüllt sein (Urteil des BGer 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen "Versicherungen BE"; BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen "Hörgeräte", vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 46 Rz. 2.60). Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde nicht ihr erteilt – besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Diese formelle Beschwer und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG): Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn eine Beschwerdeführerin mit ihren Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann.

**5.2** Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin ein derartiges schutzwürdiges Interesse aufweist.

**5.2.1** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri") genügt der Umstand nicht, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben

würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht im zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (vgl. hierzu auch Urteile des BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 4.5 und B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

**5.2.2** Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). 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", "rendre 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; Urteile des BVGer B-7463/2016 E. 4.5 und B-3596/2015 E. 4.).

**5.2.3** In einem Vergabeverfahren wird einem nicht berücksichtigten Anbieter in der Regel keine Einsicht in die Vergabeakten gewährt, bevor er in seiner Beschwerde seine Legitimation darzulegen hat (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1363). Hinzu kommt, dass die Vergabestelle anlässlich der Begründung des Zuschlags dem nicht berücksichtigten Anbieter zwar die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung, den Namen des berücksichtigten Anbieters sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile von dessen Angebot bekanntzugeben hat (vgl. Art. 23 Abs. 2 aBöB und Art. 51 Abs. 3 BöB), im Gesetz jedoch nicht vorgesehen ist, dass sie analoge Informationen über die übrigen vorrangig platzierten Anbieter abgibt. Diese Beweiserschwernis ist zu berücksichtigen bei der Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung der für die Legitimation massgeblichen Sachverhaltsumstände zu stellen sind (vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B-7463/2016 E. 4.5 und

B-3596/2015 E. 4.1). Eine nichtberücksichtigte Anbieterin muss hingegen abschätzen können, ob sie im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens im Sinne der vom Bundesgericht begründeten Monte Ceneri-Praxis zur Legitimation eine reelle Chance auf den Zuschlag hat. Damit sie ihrer Begründungspflicht in diesem Punkt nachkommen kann, muss ihr - entgegen der Auffassung der Vergabestelle - zumindest mitgeteilt werden, welches ihre Platzierung ist (vgl. auch BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3).

**5.3** Im vorliegenden Vergabeverfahren kam die Vergabestelle zum Schluss, dass sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Beschwerdeführerin sowie die zweitplatzierte Anbieterin die Eignungskriterien erfüllten. Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien erhielt die Beschwerdeführerin dann aber von gesamthaft 10'000 möglichen Punkten nur 7'296, wogegen die Zuschlagsempfängerin 9'233 Punkte und die zweitplatzierte Offerentin 8'770 Punkte erzielten. Die Beschwerdeführerin erreichte damit nur den dritten Rang.

**5.4** In ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin insbesondere geltend, sie habe Anhaltspunkte, dass vermutlich nur sie sämtliche Eignungskriterien und Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen erfülle. Entsprechend seien die Zuschlagsempfängerin und andere vor ihr rangierte Anbieterinnen auszuschliessen. Zudem sei der beschaffungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz durch die unklaren Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und die fehlende Klärung durch die Vergabestelle verletzt worden. Dieser Mangel könne nur durch eine teilweise Wiederholung des Vergabeverfahrens geheilt werden.

Im Rahmen der Vernehmlassung nahm die Vergabestelle ausdrücklich auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug und beantragte, auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Sie begründete dies mit dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin als drittplatzierte Anbieterin keine realistische Chance auf den Zuschlag habe, selbst wenn sie mit ihren Rügen gegen den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin durchdringen sollte. Auch habe die Beschwerdeführerin ein allfälliges Erfordernis, das Vergabeverfahren ganz oder teilweise zu wiederholen, nicht bzw. nicht hinreichend dargetan.

**5.5** Das Beschaffungsrecht des Bundes kennt verschiedene Bestimmungen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren. Nach Art. 44 Abs. 1 BöB kann die Auftraggeberin eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen oder den

Zuschlag widerrufen, insbesondere, wenn sie einen der in Bst. a bis j genannten Tatbestände erfüllt. Zulässig ist ein Verfahrensausschluss namentlich, wenn die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigt wird (Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB), oder wenn die Angebote oder Anträge auf Teilnahme wesentliche Formfehler aufweisen oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung abweichen (Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB).

**5.5.1** Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Anbieters zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbieter den Auftrag in fachlicher, finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 27 Abs. 1 und 2 BöB; vgl. auch Art. VIII GPA 2012) und gibt diese und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 27 Abs. 3 BöB).

**5.5.2** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGER 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGER 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.w.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 557, 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil 2C\_1101/2012 E. 2.4.1).

**5.5.3** Dabei kommt der Vergabestelle sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.), in welches das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 56 Abs. 3 BöB nicht eingreifen darf (vgl. Urteil

des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58 "Privatisierung Alcosuisse I", E. 2.2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.3.1 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord").

**5.5.4** Eignungskriterien dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; 2010/58 E. 6.1). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt grundsätzlich zum Ausschluss des Anbieters (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 580). Auf einen Ausschluss kann jedoch verzichtet werden, wenn sich dieser als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 11.2 f.; Urteile des BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3, 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3).

**5.5.5** Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang insbesondere, sie vermute, dass ausser sie weder die Zuschlagsempfängerin noch andere Anbieterinnen das Eignungskriterium EC-4-07 (Umwelt-, Sozial-, und Verwaltungsstandards) erfüllen würden. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass die "IFC Environmental and Social Performance Standards (IFC PS)" Teil der rechtlichen Vereinbarungen sein müssen. Konkret müsse ein Anbieter den Nachweis erbringen, dass die IFC PS in den Standardvertragsvereinbarungen eingebettet seien, die vom Anbieter und den Kunden im Rahmen von Investitionen unterzeichnet würden. Dies müsse in den Weisungen und Prozeduren der Anbieter nachgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin bezweifelt, dass diese Standards Teil der Standardverträge sind, die von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihrer Investitionen verwendet würden. Es sei der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht bekannt, dass überhaupt eine ihrer Mitbewerber die IFC PS standardmässig als verbindliche Vorgaben im Rahmen seiner Investitionen vertraglich verwende und dass deren Einhaltung überwacht werde.

Demgegenüber wendet die Vergabestelle ein, dass beide vor der Beschwerdeführerin rangierenden Anbieterinnen das Eignungskriterium EC-A-07 erfüllen würden.

**5.5.6** Die Vergabestelle listet in Ziffer 3.8 der Ausschreibung mehrere Eignungskriterien auf, darunter - das Los 1 betreffend - auch das "EC-A-07: Umwelt-, Sozial-, und Verwaltungsstandards (engl. ESG): Kompetenz bei

der Umsetzung und Förderung von Umwelt-, Sozial- und Verwaltungsstandards (ESG), mindestens gemäss IFC-Standard".

In der Ausschreibung (Ziff. 3.8) spezifiziert die Vergabestelle den geforderten Nachweis zum Eignungskriterium EC-A-07 wie folgt:

"Nachweis der Anwendung von ESG-Grundsätzen durch die Richtlinien und Verfahren des Unternehmens. Der/die Anbieter/in legt Informationen und Referenzen über die Förderung von ESG-Standards in Programmen oder Portfolios, die es verwaltet hat, vor:

- Kontaktinformationen der Organisation mit dem Namen der Person, die für die Überprüfung der Referenzinformationen zur Verfügung steht, einschliesslich Funktion, Telefonnummer und E-Mail-Adresse
- Beschreibung der Aufgaben
- Liste und Beschreibung der Dienstleistungen
- Zeitraum der Dienstleistung (Anfangs- und Enddatum)
- Beschreibung des beteiligten ESG-Teams: Profile und VZÄ (engl. FTE)
- Kurze Erläuterung, warum der/die Anbieter/in die Erfahrung für relevant hält."

**5.5.7** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wird unter dem Eignungskriterium "EC-A-07" nicht explizit verlangt, die Anbieter hätten den Nachweis zu erbringen, wonach die IFC PS in den Standardvertragsvereinbarungen eingebettet sein müssen. Gefordert wird einzig die Kompetenz bei der Umsetzung und Förderung von Umwelt-, Sozial- und Verwaltungsstandards (ESG), mindestens gemäss IFC-Standard. Als Nachweis verlangte die Vergabestelle die unter Ziff. 5.5.6 hiervoor umschriebenen Informationen und Referenzen.

**5.5.8** Sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die zweitplatzierte Anbieterin bestätigen mit Selbstdeklarationen vom 21. bzw. 27. Dezember 2021 die Erfüllung des Eignungskriteriums EC-A-07.

**5.5.8.1** Als Nachweis der Anwendung der ESG-Grundsätze durch Richtlinien und Verfahren des Unternehmens reichte die Zuschlagsempfängerin unter anderem folgende Dokumente ein:

- Corporate Sustainability Strategy Policy (Dokument AC-A-06.01)

- Sustainability Risk Policy (Dokument AC-A-06.02)
- Sustainability Engagement Policy (Dokument AC-A-06.03)
- Policy on Principal Adverse Impacts of Investment Decisions on Sustainability Factors (Dokument AC-A-06.04)

In diesen Dokumenten beschreibt die Beschwerdeführerin ihre Abläufe zur Einhaltung der IFC PS-Standards. Beispielhaft seien folgende Passagen erwähnt:

- [...];
- 2.5 References to international standards

[...].

Aus diesen Passagen wird ersichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin prima facie geeignet erscheint, die geforderten ESG-Standards einzuhalten. Zudem kann gestützt auf die zuletzt zitierte Passage davon ausgegangen werden, dass die Zuschlagsempfängerin gewillt ist, die Einhaltung der ESG-Grundsätze auch in die Investitionsverträge aufzunehmen.

**5.5.8.2** Die Zweitplatzierte reichte als Nachweis der Anwendung der ESG-Grundsätze ebenfalls diverse Unterlagen ein. In diesen Dokumenten beschreibt die Beschwerdeführerin ihre Abläufe zur Einhaltung der wichtigsten ESG-Grundsätze. Daraus wird ersichtlich, dass diese Grundsätze in der ganzen Organisation und für alle Investment-Prozesse ("across their organizations and investment process") gelten sollen und dass sie ihren ESG-Rahmen nach den "IFC Performance Standards" und die "IFC Interpretation Note on Financial Intermediaries" ausgerichtet hat (Angebotsbeilagen 4 und 5). Auch bei der Zweitplatzierten ist zudem davon auszugehen, dass der IFC PS Standard in den Investitionsverträgen verankert wird:

"The scope of the investment's Impact & ESG policy applies to all asset classes" (vgl. Ziff. 2 der Vernehmlassungsbeilage 6).

**5.5.9** Wie soeben dargelegt (vgl. E. 5.5.8 hiervor) erklären sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Zweitplatzierte mittels Selbstdeklaration, die Umwelt-, Sozial- und Gouvernanzstandards (ESG) einzuhalten, die mindestens dem IFC-Standard entsprechen. Weiter haben beide eine ESG-Schlüsselperson definiert. Schliesslich ist in den Ausschreibungsun-

terlagen unter den Eignungskriterien nicht gefordert, dass die Anbieterinnen die IFC PS mit den Investitionspartnern vertraglich zu verankern hätten.

Der Vergabestelle steht nicht nur bei der Festlegung der Eignungskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu, sondern auch bei der Beurteilung, ob die Anbieterinnen die Eignungskriterien erfüllen bzw. bei der Überprüfung der Nachweise (Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 7.4; RAMONA WYSS, in: Hans Rudolf Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 27 BöB N. 16).

**5.6** Damit ist prima facie nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle davon ausging, dass sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Zweitplatzierte das Eignungskriterium EC-A-07 erfüllen. Die Argumente, welche die Beschwerdeführerin anführt um darzulegen, dass die Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Zweitplatzierten auszuschliessen gewesen wären, erweisen sich somit als offensichtlich unbegründet. Insgesamt gelingt es der Beschwerdeführerin somit nicht, glaubhaft zu machen, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass, sofern ihre Rügen in Bezug auf den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin begründet wären, sie und nicht die vor ihr im zweiten Rang platzierte Mitbewerberin den Zuschlag erhalten würde. Sie ist daher prima facie nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

**5.7** An dieser Sichtweise ändert auch die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör nichts, welche sich daraus ergeben soll, dass die Vergabestelle ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Dieser Anspruch gelte auch im öffentlichen Beschaffungsrecht, weshalb sie nach der bundesgerichtlichen "Star-Praxis" ungeachtet der Legitimation in der Sache zur Beschwerde berechtigt sei.

Demgegenüber wendet die Vergabestelle ein, die "Star-Praxis" lasse sich nicht auf das Rechtsmittelverfahren gegen einen Vergabeentscheid anwenden.

**5.7.1** Nach der Star-Praxis setzt die Rüge einer Verletzung von Parteirechten, deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft, die Legitimation in der Sache selbst nicht voraus (vgl. BGE 135 II 430 E. 3.2 S. 436 f., 133 I 185 E. 6.2 S. 198 f.; Urteil des BGer

2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.6.1). Verlangt wird aber wenigstens ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an den formellen Rügen. Dieses bestimmt sich nach der Zielsetzung der erhobenen Beschwerde und ist zu messen an der möglichen Auswirkung und Tragweite einer allfälligen Guttheissung (vgl. BGE 131 I 153 E. 1.2 S. 157; 118 Ia 488 E. 2a S. 492; Urteile des BGer 2C\_147/2017 2017 E. 2.6.1 und 2C\_203/2014 vom 9. Mai 2015 E. 2.5 f.).

**5.7.2** Angesichts der vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 5.6 hiavor) sind prima facie keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb die Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Zweitplatzierten auszuschliessen gewesen wären. Deshalb hätte die Beschwerdeführerin selbst beim Obsiegen keine Chance auf den Zuschlag. Entsprechend verfügt sie an sich über kein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Behandlung ihrer im Zusammenhang mit der Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vorgebrachten Rügen.

Der Beschwerdeführerin ist hingegen beizupflichten, dass die Begründung der Vergabestelle in der Zuschlagspublikation bzw. im Schreiben an die Beschwerdeführerin sowie die im Rahmen des Debriefings gemachten Ausführungen zu den Rangierungen der Mitbewerberinnen und bezüglich der Angaben zur Zweitplatzierten nicht ausreichend waren. Entsprechend ist grundsätzlich von einer Gehörsverletzung auszugehen. Diese ist jedoch prima facie nicht von einer Schwere, die als solche bereits die Aufhebung des Zuschlags oder die Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5500/2021 vom 29. Juli 2022 E. 6.5 und Urteil B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.4 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"). Ausserdem enthält die Stellungnahme der Vergabestelle vom 4. April 2022 auch Äusserungen zur Zweitplatzierten, wozu die Beschwerdeführerin replizieren konnte. Entsprechend gälte die Gehörsverletzung ohnehin als geheilt, weshalb die Verletzung des rechtlichen Gehörs prima facie nicht zu einer Wiederholung des Verfahrens führen würde.

## **6.**

Selbst wenn die Legitimation der Beschwerdeführerin bejaht würde, wären die von der Beschwerdeführerin unter der Überschrift "Mängel und Fragen zur Ausschreibung" vorgebrachten Rügen – wie nachfolgend kurz aufgezeigt wird - prima facie nicht zu hören.

**6.1** Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang die fehlende Vergleichbarkeit der Angebote. Angesichts der unvollständigen bzw. lückenhaften Angaben im Rahmen der Ausschreibung hätten die anderen Anbieterinnen nicht wissen können, welche Qualität und welchen Umfang an Dienstleistungen zu erbringen sein würden. Das Mehrwissen der Beschwerdeführerin als bisherige Leistungserbringerin habe zu einem höheren Angebotspreis geführt.

Nach Auffassung der Vergabestelle hätte die Beschwerdeführerin diese Rügen bereits zusammen mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen (Art. 53 Abs. 2 BöB). Die Rügen seien zu spät erfolgt und somit verwirkt.

**6.2** Bereits unter dem alten Recht konnten Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 6.3.1 m.w.H.). Der revidierte Art. 53 Abs. 2 BöB hält nun explizit fest, dass Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen. Demnach "darf eine Anbieterin mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr vorbringen, die sie bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen können. Diesbezüglich hat sie bei Verzicht auf eine Anfechtung ihr Beschwerderecht verwirkt. (...) Sind Anordnungen und ihre Tragweite indessen bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennbar, so sind diesbezügliche Rügen gegen den Zuschlagsentscheid auch dann verwirkt, wenn die Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen und nicht in der Ausschreibung enthalten waren" (BBI 2017 1979 f.). Auf in diesem Sinne verwirkte Rügen tritt das Bundesverwaltungsgericht nicht ein (Urteil des BVGer B-3534/2021 vom 17. Mai 2022 E. 4.2; MARTIN ZOBL, in: Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 53 BöB N 21).

**6.3** Nach Auffassung der Beschwerdeführerin waren die Ausschreibungsunterlagen nicht transparent bzw. fehlten Angaben, welche sie als zwingend erachtete, um ein konkurrenzfähiges Angebot zu erstellen. Die Beschwerdeführerin führt in der Beschwerde selber aus, dass sie im Rahmen der Fragerunde versucht habe, die Grundlagen für das Angebot zu klären,

nachdem die Ausschreibungsunterlagen diese Frage offenliessen (Beschwerde RZ. 8).

Somit ist prima facie erstellt, dass die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung bemerkt hatte, dass Angaben, die sie für die Erstellung ihres Angebotes als notwendig erachtete, ihrer Auffassung nach unklar waren oder fehlten. Wie sie selber in ihrer Beschwerde einräumt, stellte sie genau aus diesem Grund Fragen an die Vergabestelle. Somit war die Bedeutung bzw. Tragweite der Unklarheiten in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen für die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung zu einem grossen Teil erkennbar. Sie hätte ihre diesbezüglichen Rügen gemäss Art. 53 Abs. 2 BöB deshalb bereits im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen. Da sie dies unterliess, sind die von der Beschwerdeführerin unter der Überschrift "Fehlende Vergleichbarkeit der Angebote" vorgebrachten Rügen in der vorliegenden Beschwerde – welche sich gegen die Zuschlagsverfügung richtet – prima facie – verspätet und somit nicht zu hören.

#### **7.**

Insgesamt gelingt es der Beschwerdeführerin somit nicht, glaubhaft zu machen, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass, sofern ihre Rügen in Bezug auf den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin begründet wären, sie und nicht die vor ihr im zweiten Rang platzierte Mitbewerberin den Zuschlag erhalten würde. Sie ist daher prima facie nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen (vgl. E. 4 hiervor).

#### **8.**

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als der Beschwerdeführerin im Rahmen

der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle sowie der Zustellung weiterer Vorakten bereits verschiedene Aktenstücke, wenn auch teilweise in geschwärzter Form, zugestellt wurden. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen konnte sich die Beschwerdeführerin demnach ohne Weiteres ein Bild von der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I" sowie die Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

**9.**

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

**10.**

Dieser Zwischenentscheid ergeht am gleichen Tag und mit dem gleichen Spruchkörper wie der Zwischenentscheid im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-1256/2022.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

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

**2.**

**2.1** Der Akteneinsichtsanspruch 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 Entscheid über die Hauptsache befunden.

**5.**

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

**6.**

Der Zuschlagsempfängerin und der zweitplatzierten Anbieterin wird der vorliegende Zwischenentscheid lediglich im Dispositiv eröffnet.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Thomas Reidy

**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: 27. Oktober 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 228950; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- der Zuschlagsempfängerin (auszugsweise; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- der zweitplatzierten Anbieterin (auszugsweise; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)