



Abteilung II

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

Geschäfts-Nr. B-2457/2020
stm/guj/sek

Zwischenverfügung vom 3. Juli 2020

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

In der Beschwerdesache

Parteien

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

gegen

Bundesamt für Energie BFE,
Mühlestrasse 4, 3063 Ittigen,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschreibung –
Dienstleistungsauftrag betreffend das Projekt (20125) 805
Zielvereinbarungen post 2020 – Beraterpool - Los 1;
(SIMAP-Meldungsnummer 1130725; Projekt-ID 203150).

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Am 21. April 2020 schrieb das Bundesamt für Energie (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "(20125) 805 Zielvereinbarungen post 2020 – Beraterpool – Los 1" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 1130725; Projekt-ID 203150). Dabei wurde einerseits als Termin für schriftliche Fragen der 5. Mai 2020 angegeben; andererseits wurde die Frist für die Einreichung der Angebote auf den 3. Juni 2020 festgesetzt. Nicht nur Bedarfsstelle, sondern auch Vergabestelle für das streitgegenständliche Los 1 ist das Bundesamt für Energie (BFE), welches sich unter anderem für die Senkung der CO₂-Emissionen einsetzt. Ein zentrales Instrument zur Senkung der CO₂-Emissionen sind Zielvereinbarungen, welche zwischen dem Bund oder den Kantonen und den Unternehmen getroffen werden. Insgesamt werden dafür sechs Lose ausgeschrieben. Gegenstand der Ausschreibung für das streitgegenständliche Los Nr. 1 ist die Abwicklung der Zielvereinbarungen für drei Beraterpools. Die Beraterpools vereinigen unter ihrem Dach Energieberater, die als Fachspezialisten die Beratungsdienstleistungen zur Steigerung der Energieeffizienz und Verminderung von CO₂-Emissionen bei den Unternehmen in der ganzen Schweiz erbringen (Ziff. 2.5 der Ausschreibung).

B.

Gegenstand des Loses 2 der "Zielvereinbarungen post 2020" bilden die im Rahmen der "IT-Lösung für die Erarbeitung, Umsetzung und Überwachung der Zielvereinbarungen" zu erbringenden Dienstleistungen. Mit Zwischenentscheid B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 wurde der von der Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW), Zürich, gegen den das Los 2 betreffenden Zuschlag erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Dies mit der Begründung, die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach im Rahmen der von der Vergabestelle für das Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" gewählten Bewertungsmethode den Optionen im Vergleich zum Grundauftrag eine zu grosse Bedeutung zukomme, erweise sich als nicht offensichtlich unbegründet. In diesem Zusammenhang sei auch die Frage aufzuwerfen, ob nicht gewichtete Subkriterien für den Grundauftrag einerseits und die Optionen andererseits hätten vorgesehen werden müssen.

C.

Am 11. Mai 2020 erhob die Energie-Agentur der Wirtschaft (nachfolgend:

Beschwerdeführerin) auch gegen die streitgegenständliche Ausschreibung für das Los Nr. 1 Beschwerde. Sie beantragt namentlich, die Ausschreibung vom 21. April 2020 sei aufzuheben und sei inklusive Ausschreibungsunterlagen zur Verbesserung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die verbesserte Ausschreibung und die verbesserten Ausschreibungsunterlagen seien anschliessend erneut zu publizieren. Zudem sei der Beschwerde (zunächst superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin einerseits aus, dass mit den Eignungskriterien sowie einer Reihe von weiteren unverhältnismässigen Auflagen, die den Anbieterinnen gemacht würden, in deren Grundrechte (Wirtschaftsfreiheit, Schutz der Privatsphäre, Meinungsäusserungsfreiheit und Eigentumsfreiheit) eingegriffen werde (Beschwerde, Rz. 112 ff.). Andererseits bemängelt die Beschwerdeführerin die Zuschlagskriterien und die fehlende Festlegung bzw. die fehlende Gewichtung der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Unterkriterien zu mehreren Zuschlagskriterien sowie die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben und Bewertungsmethoden, welche in bereits absehbarer Weise dazu führen würden, dass es – entgegen der bekannt gegebenen Gewichtung der qualitativen Zuschlagskriterien bei der Bewertung (insgesamt 70%) – de facto zu einem reinen Preiswettbewerb kommen werde (Beschwerde, Rz. 64 ff. und 133 ff.). Die Beschwerdeführerin macht dabei nicht nur Grundrechtsverletzungen, sondern auch einen Ermessensmissbrauch und einen Verstoss gegen das Transparenzgebot geltend.

D.

Mit Instruktionsverfügung vom 12. Mai 2020 wurde die Vergabestelle ersucht, zu den prozessualen Anträgen Stellung zu nehmen. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde zwar einstweilen abgewiesen, aber zugleich der Vergabestelle vorläufig untersagt, die zu erwartenden Offerten nach Eingang zu öffnen. Weiter wurde der Vergabestelle Gelegenheit gegeben, zu einer prima facie angezeigten Verschiebung der Offerteingabefrist auf den 26. Juni 2020 Stellung zu nehmen.

E.

Am 15. Mai 2020 teilte die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass sie den Offerteingabetermin auf den 26. Juni 2020, 23.59 Uhr, verschoben habe, wobei die Änderung am 18. Mai 2020 auf simap.ch publiziert werde.

F.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2020 ersuchte die Vergabestelle aufgrund der aktuellen ausserordentlichen Lage im Zusammenhang mit COVID-19 sowie aufgrund der bevorstehenden Feiertage um Fristerstreckung zur Einreichung der Vorakten sowie zur Einreichung einer Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin bis zum 16. Juni 2020, wobei dem Gesuch letztmals stattgegeben wurde. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle ersucht, sich zur erneuten Verschiebung des Offerteingabetermins auf den 10. Juli 2020 zu äussern.

G.

Die Vergabestelle verzichtete mit Eingabe vom 26. Mai 2020 auf die Stellung eines formellen Antrags, äusserte sich indessen beiläufig dahingehend, dass ein Grund für die erneute Verschiebung des Offerteingabetermins nicht ersichtlich sei. Mit Instruktionsverfügung vom gleichen Tag wurde die Vergabestelle unter Hinweis auf den Zusammenhang zwischen dem Fristerstreckungsgesuch der Vergabestelle vom 19. Mai 2020 und der Verschiebung des Offerteingabetermins angewiesen, umgehend auf der Internetplattform SIMAP den Offerteingabetermin der streitgegenständlichen Ausschreibung durch eine Berichtigung auf den 10. Juli 2020 zu verschieben. Am 28. Mai 2020 wurde die entsprechende Berichtigung durch die Vergabestelle auf SIMAP publiziert (SIMAP-Meldungsnummer 1137239).

H.

Innert erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 16. Juni 2020 ihre ablehnende Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein. Sie beantragt, das Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei definitiv abzuweisen. Es sei der Vergabestelle zu erlauben, die im vorliegenden Vergabeverfahren frist- und formgerecht eingereichten Offerten zu öffnen und das Vergabeverfahren weiterzuführen. In Bezug auf den Beschaffungsgegenstand hält die Vergabestelle fest, es stehe ihr grundsätzlich frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stelle. Dasselbe gelte auch für die Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie die angewandte Bewertungsmethode. In Bezug auf den Preis sei namentlich zu berücksichtigen, dass die Wirtschaftlichkeit der Angebote lediglich durch eine gesamthafte Beurteilung der Kosten ermittelt werden könne. Durch die Gewichtung des Preises mit 30 Prozent bringe sie zum Ausdruck, dass sie die Qualität klar höher gewichte als den Preis. Es seien weder sachfremde Kriterien festgesetzt noch in Grundrechtspositionen der

Anbieter eingegriffen worden. Werde die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet beurteilt, müsse der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zur Sicherstellung des nahtlosen Übergangs zwischen dem derzeit erfüllten und dem vorliegend zu vergebenden Auftrag jedenfalls auch mit Blick auf die vorzunehmende Interessenabwägung entzogen werden.

I.

Mit Eingabe vom 23. Juni 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik ein. Sie verlangt weiterhin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung wenigstens im Sinne einer Bestätigung des superprovisorisch angeordneten Offertöffnungsverbots. Es sei die zuletzt mit Verfügung vom 26. Mai 2020 angeordnete vorsorgliche Verschiebung des Offerteingabetermins mit einer erneuten Verschiebung desselben aufrecht zu erhalten. Mit Blick auf die Implikationen der Anforderungen der Vergabestelle insbesondere auch aus verfassungsrechtlicher Sicht überwiege das Interesse an der Klärung der sich stellenden Rechtsfragen das seitens der Vergabestelle geltend gemachte Beschleunigungsinteresse. Zudem habe sich bei der Totalrevision des CO₂-Gesetzes der Gesetzgebungsprozess verzögert und auch ein Referendum sei nicht ausgeschlossen.

J.

Am 24. Juni 2020 ist der Schriftenwechsel in Bezug auf den Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung geschlossen worden.

K.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

1.2 Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gilt nebst dem Zuschlag namentlich auch die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

1.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet im vorliegenden Fall nicht nur die Ausschreibung selbst, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen. Einwände, welche die Ausschreibung 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"). Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, dass durch die Eignungskriterien in die Grundrechte der Anbieterinnen eingegriffen werde bzw. durch die fehlende Festlegung bzw. die fehlende Gewichtung der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Unterkriterien zu mehreren Zuschlagskriterien gegen das Transparenzgebot verstossen werde. Dabei handelt es sich zweifelsfrei um zentrale Punkte des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb auch die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen prima facie grundsätzlich zu hören sind. Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, auf die in Frage stehenden

Rügen sei nicht einzugehen, sondern stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dieselben seien materiell unbegründet.

1.4 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.5 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweisen "Microsoft").

2.

Im Folgenden ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen fällt.

2.1 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.

2.2 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).

2.3 Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 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; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, 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. 1 unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummern (CPV-Nummer) "71313000 Umwelttechnische Beratung", "71314300 Beratung im Bereich Energieeinsparung" sowie "90713000 Beratung in Umweltfragen" aufgeführt (vgl. Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Diese entsprechen prima facie einer der Gruppe 867 ("Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen bei Bauvorhaben") oder der Abteilung 94 zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA bzw. vom Anhang 1a zur VöB erfasst wird. Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass die Abteilung 94 nicht nur Abfall- und Abwasserbeseitigung sowie sanitäre und ähnliche Dienstleistungen umfasst, sondern auch die Klasse 9409

"Other environmental services not elsewhere classified" (inklusive Monitoring und Controlling) enthält. 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.).

2.4 Das geschätzte Auftragsvolumen liegt jedenfalls unter auch nur teilweiser Berücksichtigung der unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" mitbewerteten Optionen (vgl. dazu insbesondere E. 7.3 hiernach) 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 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2019 und 2020 (SR 172.056.12). Die Vergabestelle bestreitet im Übrigen die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auch nicht mit dem Argument, dass grosse Teile des Auftrags nicht von der Vergabestelle entschädigt werden, sondern der diesbezüglich entstehende Aufwand vielmehr den die Energieberatungsdienstleistungen beziehenden Unternehmen überwältzt werden soll.

2.5 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.

3.

3.1 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.

3.2 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).

3.3 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").

4.

4.1 Materiell rügt die Beschwerdeführerin gewisse Anforderungen der Vergabestelle als unverhältnismässige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die Privatsphäre, die Meinungsäusserungsfreiheit und die Eigentumsgarantie (Beschwerde, Rz. 112 ff.). Vergaberechtlich wird beanstandet, dass die effektive Gewichtung aufgrund die gewählte Bewertungsmethode der bekannt gegebenen Gewichtung nicht entspreche. Dies führe zu einer sachwidrigen Übergewichtung des Preiskriteriums (Beschwerde, Rz. 136).

4.2 Die Beschwerdeführerin bemängelt insbesondere die für die Ermittlung des massgebenden Preises (ZK 1) gewählte Bewertungsmethode. Sie kritisiert zunächst, dass der Stundenansatz, welchen die (von den siegreichen Anbieterinnen zu organisierenden) Beraterpools den beratenen Unternehmen – und nota bene nicht der Vergabestelle – in Rechnung stellen sollen, weder ein geeignetes noch ein vergaberechtskonformes Kriterium zur Beurteilung von komplexen Dienstleistungen darstelle, bei welcher eigentlich die Qualität des Angebots den Ausschlag geben müsste (Beschwerde, Rz. 98). Ausserdem seien nur der Grundauftrag (Konzeptionierung des Beraterpools und einer Koordinationsstelle) und die Option 3

(Konzeptionierung einer Aus- und Weiterbildung für Energieberater) zu einem Fixpreis zu offerieren, wogegen der Preis für die Optionen 1 und 2 durch die Multiplikation einer auftraggeberseitig geschätzten Stundenzahl mit einem zu offerierenden einheitlichen Stundenansatz (der Energieberater) ermittelt werde (Beschwerde, Rz. 98 ff.). Vergaberechtskonform müssten demnach das Preiskriterium in Unterkriterien aufgeteilt werden, um den Unterschieden in der Berechnung Rechnung zu tragen und die Bedeutung der Optionen im Verhältnis zum Grundauftrag richtig zu gewichten (Beschwerde, Rz. 102). Die Beschwerdeführerin rügt dabei einen Verstoss gegen die vergaberechtlichen Vorgaben namentlich auch in Bezug auf das Preisblatt. Den Optionen 1 und 2 komme durch die vorgegebene Multiplikation des Stundensatzes mit insgesamt 1,6 Mio. auftraggeberseitig geschätzten Stunden eine dermassen grosse Bedeutung zu, dass nach der Auffassung der Beschwerdeführerin in Tat und Wahrheit alle anderen Positionen wie die Grundleistung und die Optionen 3-6 bei der Punktevergabe des Kriteriums Preis (ZK 1) im Ergebnis nicht ins Gewicht fallen (Beschwerde, Rz. 96 ff. und 104 ff.).

4.3 Die Vergabestelle führt dazu aus, das Preisblatt sehe vor, dass die Anbieter je nach Leistung entweder einen Fixpreis oder einen Stundenansatz offerieren sollen. Ein Fixpreis sei für Leistungen – wie insbesondere die Erstellung von Konzepten (Grundleistung sowie Option 3) – gewählt worden bei denen die Anbieter aufgrund der Unterlagen ohne Weiteres in der Lage seien, ein sachgerechtes Angebot einzureichen. Insbesondere bei den Energieberatungsdienstleistungen (Optionen 1 und 2) habe die Vergabestelle hingegen einen stundenbasierten Ansatz gewählt und zudem mit 1,6 Millionen eine fixe Anzahl Stunden vorgegeben. Diese Stundenangaben würden auf den im heutigen Zeitpunkt maximal zu erwartenden 15'000 Zielvereinbarungen basieren (Vernehmlassung, Rz. 21). Ausserdem sei die Qualität mit Blick auf die Komplexität des Auftrages hoch gewichtet worden: Die gewählte Preisbewertung von 30 Prozent liege über der vom Bundesgericht verlangten Mindestgewichtung des Preises von 20 Prozent (Vernehmlassung, Rz. 22). Zur Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Preisbildung via Stundensätze der Berater insbesondere für die Optionen 1 und 2 einen falschen Anreiz setzt im Sinne einer Preisdumpingstrategie, weist die Vergabestelle darauf hin, dass die Vergabestelle im Falle eines Extremszenarios die Spekulationsofferten sowie Dumpingangebote allenfalls ausschliessen könnte bzw. müsste (Vernehmlassung, Rz. 49). Der Preis für die (nicht von den Anbieterinnen selbst erbrachten) Energieberatungsdienstleistungen sei tatsächlich sehr gewichtig und dies solle in den Ausschreibungsunterlagen auch entsprechend abgebildet werden. Ob der

Preis nun wie vorliegend mittels eines einzigen Zuschlagskriteriums, mittels zusätzlicher Unterkriterien oder mittels verschiedener Zuschlagskriterien bewertet werde, liege im Ermessen der Vergabestelle und könne somit von der Beschwerdeführerin nicht gerügt werden (Vernehmlassung, Rz. 52).

5.

5.1 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).

5.2 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. Punktgebung 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; Zwischenentscheide 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 (BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 "Produkte zur Innenreinigung I"; 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 vorgesehene 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).

5.3 Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 VöB im Voraus bekannt zu geben (vgl. zum Preis BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 "Produkte zur Innenreinigung I"). Dazu gehört auch die Bekanntgabe von Subkriterien, soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.3.1 "Produkte zur Aussenreinigung II"; Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"). 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 "Projektcontrolling-system AlpTransit").

6.

6.1 Wie bereits im Sachverhalt (Bst. A) erwähnt ist der Gegenstand der Ausschreibung für das streitgegenständliche Los Nr. 1 die Abwicklung der Zielvereinbarungen für drei Beraterpools. Den Grundauftrag beschreibt die Vergabestelle mit "Konzeptionierung der Energieberaterpools" (Vernehmlassung, Rz. 3) inkl. die Konzeptionierung einer "Koordinationsstelle" für den Pool. Es sollen gestützt auf die vorliegend strittige Ausschreibung drei Beraterpools organisiert werden, die zueinander im Wettbewerb stehen. Dementsprechend ist gemäss Ziff. 6.1 des Pflichtenhefts ("Evaluationsphasen") vorgesehen, dass die drei gültigen Angebote mit der höchsten Punktzahl den Zuschlag erhalten. Die Beraterpools wiederum vereinigen unter ihrem Dach Energieberater, die als Fachspezialisten die Beratungsdienstleistungen zur Steigerung der Energieeffizienz und Verminderung von CO₂-Emissionen bei den Unternehmen in der ganzen Schweiz erbringen (vgl. Ziff. 2.6 Ausschreibung). Mit anderen Worten gibt es keine Vertragsbeziehung zwischen der Vergabestelle und den einzelnen Energieberaterinnen und -beratern. Unter Ziff. 3.3 des Pflichtenhefts wird unter "Gegenstand Los 1: Beraterpool" ausgeführt was folgt:

"(...)

Die Bedarfsstelle beschafft, gestützt auf die Energie- und CO₂-Gesetzgebung, drei Beraterpools. Die jeweils drei gültigen Angebote mit der höchsten Punktzahl erhalten den Zuschlag. Die Beraterpools vereinigen unter ihrem Dach Energieberater, die als Fachspezialisten die Beratungsdienstleistungen zur Steigerung der Energieeffizienz und Verminderung von CO₂-Emissionen bei den Unternehmen in der ganzen Schweiz erbringen. Die Beraterpools organisieren und koordinieren die Arbeiten der Energieberater. Die Energieberater betreuen die Unternehmen insbesondere bei der Erarbeitung der Zielvereinbarungen und beim jährlichen Monitoring. Die Energieberater sind für die quantitative und qualitative Güte der Zielvereinbarungen verantwortlich. Die Koordinationsstelle des Beraterpools stellt sicher, dass die Qualitätssicherung in einem ausreichenden Umfang durchgeführt und bei Bedarf wiederholt wird.

Der Zuschlag für die Konzeptionierung des Beraterpools gewährleistet nicht den Erhalt von Aufträgen für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen. Die Beraterpools stehen untereinander im Wettbewerb und es ist nicht vorgesehen, die Anzahl Zielvereinbarungen gleichmässig auf die einzelnen Beraterpools aufzuteilen. Den Unternehmen steht es frei, bei den Beraterpools Offerten einzuholen und den von ihnen gewünschten Beraterpool bzw. Energieberater mit den gewünschten Beratungsdienstleistungen zu beauftragen. Zudem müssen

Unternehmen, welche eine Zielvereinbarung abgeschlossen haben, den Energieberater bzw. den Beraterpool innerhalb einer angemessenen Kündigungsfrist wechseln können."

6.2 Ziff. 3.3.2 des Pflichtenhefts sieht für die Grundleistung bzw. die Abrechnung des Aufwands folgendes vor:

"Die Grundleistung umfasst vorliegend die Konzeptionierung des Beraterpools und einer Koordinationsstelle. (...). Der Beraterpool und die Koordinationsstelle müssen sich nach Abnahme des Konzeptes selbst finanzieren können. Sämtliche Kosten (inklusive Bereitschaft für Anfragen etc.), die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Beraterpools und der Tätigkeit der Energieberater anfallen, müssen den Unternehmen direkt in Rechnung gestellt werden. Die Kosten müssen den Unternehmen verursachergerecht nach Aufwand verrechnet werden. Für die jeweilige Offerte und Rechnungsteilung an die Unternehmen gelten die im Angebot angegebenen maximalen Stundensätze. Die Energieberater ihrerseits stellen für ihre Leistungen Rechnung an den Beraterpool oder sind durch diesen angestellt.

[...]"

6.3 Als Option 1 wird der Betrieb des Beraterpools vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2024 im Pflichtenheft beschrieben (Positionen 1.1.1, 1.1.2 und 1.1.3). Dazu gehören die Bereitschaft des Beraterpools bei Anfragen für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen oder die Durchführung des Monitorings (Position 1.1.1 des Preisblatts). Die Option 2 besteht in der Verlängerung des Betriebs des Beraterpools um weitere zwei Jahre. Die Option 1 und 2 werde in Ziffer 3.3.3 des Pflichtenhefts namentlich in Bezug auf die Aufwandschätzung wie folgt beschrieben:

"Pos 1.1.1 Bereitschaft des Beraterpools bei Anfragen für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen oder die Durchführung von Monitorings anhand Konzept Pos. 1.0.1

[...]

Der Aufwand für die Option 1 (von 01.01.2021 bis 31.12.2024) und Option 2 (von 01.01.2025 bis 31.12.2026) soll sich wie in Tabelle 4 berechnen.

Tabelle 4: Aufwandschätzung der Anzahl Zielvereinbarungen pro Typ.

Typ Zielvereinbarung	Massnahmen-Modell (MNM)		Effizienz-Modell (EFM)	
	Option 1	Option 2	Option 1	Option 2
Optionen	Option 1	Option 2	Option 1	Option 2

Anzahl ZV im Jahr 2021	3'000		2'000	
Anzahl ZV im Jahr 2024	8'400	8'400	2'600	2'600
Anzahl ZV im Jahr 2026		12'000		3'000
Energieberatung in h	480'000	330'000	504'000	231'000

(...)

Pos. 1.1.3

Beratung, Begleitung und Erstellung der Zielvereinbarungen und Monitorings durch die Energieberater anhand Konzept

Die Aufwände für die Beratungsdienstleistungen der Energieberater für die Begleitung zur Erarbeitung der Zielvereinbarungen und Monitoringberichte und die Qualitätssicherung der Zielvereinbarungen und der Monitoringberichte gemäss Konzept (Grundleistung Los 1, Pos. 1.0.1) ist in dieser Position enthalten. Der maximale Stundensatz der Energieberater ist anzugeben inklusive Bereitschaft des Beraterpools bei Anfragen für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen oder Durchführung von Monitorings sowie sämtlicher für das Unternehmen anfallender Spesen, exkl. Umlagekosten (siehe Pflichtenheft 3.4.2). Die Kosten für die Koordinationsstelle müssen auf das Beraterhonorar umgelegt werden.

Abnahmekriterien:

Energieberater stehen in einer genügenden Anzahl einsatzbereit zur Verfügung, um die anstehenden Aufträge innert einer angemessenen Frist abzuarbeiten."

6.4 Das Preisblatt sieht für das Los Nr. 1 auszugsweise wie folgt aus:

Pos.	Grundleistung	Einheit	Maximaler Stundensatz exkl. MWST	Anzahl Stunden	Total in CHF exkl. MWST
1.0.1	Konzeptionierung Beraterpool inkl. Aus- und Weiterbildung der angehenden Energieberater	Fixpreis			-

Pos.	Option 1: Betrieb Beraterpool	Einheit	Maximaler Stunden- satz exkl. MWST	Maximale Anzahl	Total in CHF exkl. MWST
1.1.0	Stundenansatz der Energieberater (enthält alle Leistungen von 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.2.1). Aufwände 1.1.1 und 1.1.2 müssen jeweils auf die Beratungsstunden in Pos. 1.1.3 umgelagert werden.	CHF/h	-	1'000'000	-
1.1.1	Bereitschaft des Beraterpools bei Anfragen für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen oder die Durchführung von Monitorings anhand Konzept 1.0 (geschätzter Aufwand 200h, muss auf die verrechenbaren Stunden aus Pos. 1.1.3 umgelagert werden)	Im Stundensatz für Energieberater enthalten			
1.1.2	Koordination Aufträge der Energieberater, Inkasso, Fachsupport und Qualitätssicherung Zielvereinbarungen und Monitoringberichte anhand Konzept 1.0.1 (geschätzter Aufwand 3'000h, muss auf die verrechenbaren Stunden aus Pos. 1.1.3 umgelagert werden)	Im Stundensatz für Energieberater enthalten			
1.1.3	Beratung, Begleitung und Erstellung der Zielvereinbarungen und Monitorings durch die Energieberater anhand Konzept 1.0.1 (geschätzter Aufwand 1'000'000, entspricht den mit dem maximalen Stundensatz für Energieleistungen verrechenbaren Leistungen)	Im Stundensatz für Energieberater enthalten			

Pos.	Option 2: Verlängerung Betrieb Beraterpool um zwei Jahre	Einheit	Maximaler Stundensatz exkl. MWST	Maximale Anzahl	Total in CHF exkl. MWST
1.2.1	Betrieb Beraterpool von 01.01.2025 bis 31.12.2026	CHF/h	-	600'000	-

6.5 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass der Grundauftrag zum Fixpreis zulasten der Vergabestelle zu offerieren ist, wogegen sich der Preis für die Optionen 1 und 2 aus der Multiplikation einer Anzahl auftraggeberseitig geschätzter Stunden mit dem angebotenen Honorar ergibt. Das Honorar ist dabei dasjenige, das die vom Beraterpool unter Vertrag genommenen Energieberater den Unternehmen nach dem Konzept der Anbieterin in Rechnung stellen. Finanziert werden die offerierten Stunden demnach nicht von der Vergabestelle, sondern von den beratenen Unternehmen.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich (wie bereits im Verfahren B-1185/2020) in Bezug auf die von ihr vertretene Auffassung, wonach die ausgeschriebenen Leistungen nach Stundenansätzen in Option 1 (wie auch 2) im Verhältnis zum Grundauftrag nur untergeordnet gewichtet werden dürfen, wogegen diesen ihrer Auffassung nach unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 tatsächlich ein grösseres Gewicht zukommt als dem Grundauftrag, der vom Bund bezahlt wird (vgl. E. 4.2 hiervor), 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. Wollte 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 gleichsowie nur untergeordnet gewichten. Je unbestimmter die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Option darstelle bzw. je mehr sie die Auslösung der Optionen 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.; vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 7.6.1).

7.2 Gemäss dem Anforderungskatalog in Verbindung mit Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts ("Bewertung der Preise und Kosten") wird der massgebliche Gesamtpreis für die Bewertung unter Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" aus dem Grundauftrag mit den Optionen anhand folgender Formel ermittelt:

"Zuschlagskriterium Preis

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:

$$\text{Punktemaximum} \times \left(\frac{P_{\max} - P}{P_{\max} - P_{\min}} \right)$$

P = Preis des zu bewertenden Angebots

P_{min} = Preis des tiefsten zulässigen Angebots

P_{max} = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet (P_{min}*200%)
Maximal 300 Punkte für den Preis P_{min} = 1'200 CHF (...)"

7.2.1 Im Gegensatz zum mit Zwischenentscheid des BVGer vom 7. Mai 2020 im Verfahren B-1185/2020 beurteilten Sachverhalt ist nach dem vor-

liegend zu beurteilenden Konzept prima facie zumindest sehr wahrscheinlich, dass die Option 1 bezogen werden wird, womit diese Option für die Bewertung von Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" jedenfalls miteinbezogen werden darf, was auch die Beschwerdeführerin nicht bestreitet (vgl. dazu auch E. 7.3 hiernach). Dasselbe gilt wohl auch für die Option 2, die gemäss Pflichtenheft "ausgelöst wird, sofern sämtliche unter Anhang 001 eingefügten Eignungskriterien immer noch erfüllt werden".

7.2.2 Auffallend ist vorliegend indessen das Verhältnis zwischen dem Grundauftrag einerseits und den Optionen 1 und 2 andererseits. Wird für die Optionen 1 und 2 beispielsweise ein – auch nach den Ausführungen der Vergabestelle jedenfalls nicht exorbitant hoher – Stundenansatz von Fr. 150.– zugrunde gelegt, ergibt die Multiplikation mit der auftraggeberseitig geschätzten Million an aufzuwendenden Stunden bereits 150 Mio. Franken. Für die Verlängerung unter Option 2 beträgt der Aufwand nochmals 600'000 Stunden, was nach dem Stundenansatz von Fr. 150.– nochmals 90 Mio. Franken ausmacht (vgl. Preisblatt unter E. 6.4 hiervor). Dagegen könnte der Grundauftrag gemäss der Schätzung der Vergabestelle möglicherweise sogar unerschwinglich und damit zu einem Preis von unter Fr. 230'000.– angeboten werden (vgl. Telefonnotiz vom 12. Mai 2020). Durch die Hinzurechnung des Optionspreises für Optionen 1 und 2 hat die Vergabestelle den Optionen unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 faktisch eine deutlich grössere Gewichtung eingeräumt als dem Grundauftrag. Das steht prima facie möglicherweise in einem gewissen Widerspruch zum Umstand, dass der Konzeptionierung des Beraterpools, welche als Grundauftrag definiert ist, nach den Angaben eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt. Kommt hinzu, dass offensichtlich unterschiedliche Berechnungsarten für die verschiedenen Preiselemente zur Anwendung kommen. Während der Grundauftrag sowie die Optionen 3 und 6 zum Fixpreis anzubieten sind, sind die Optionen 1, 2, 4 und 5 durch Multiplikation von Stundenansatz für die Energieberatungsdienstleistungen mit der geschätzten Anzahl Stunden zu ermitteln (vgl. das Preisblatt [E. 6.4 hiervor] sowie die Vernehmlassung, Rz. 44). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Preis und Kosten keine Synonyme sind (SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 330). Davon geht wohl auch die Vergabestelle aus, wenn sie ausführt, die Wirtschaftlichkeit der Angebote könne nur durch eine gesamthafte Beurteilung der Kosten ermittelt werden (Vernehmlassung, Rz. 20). Es stellt sich demnach die Frage, ob das Entgelt für die nach Stunden anzubietenden Leistungen unter den Angebotspreis subsumiert werden kann. Dies einerseits, weil die Vergabestelle nicht nur einen eigentlichen Einkauf-

preis, sondern eher die Gesamtkosten im Blick hat. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die in Bezug auf die Optionen 1 und 2 zu offerierende Summe auch nicht von der Vergabestelle bezahlt, sondern den die Energieberatungsdienstleistungen beziehenden Unternehmen überwältigt werden soll (Ziff. 3.3.2 des Pflichtenhefts; vgl. E. 6.2 hiervor). Demnach ist prima facie nicht von der Hand zu weisen, dass sich die (aufgrund der Bewertungsmethode) hohe tatsächliche Gewichtung der Optionen 1 und 2 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 (vgl. dazu mutatis mutandis den Zwischenentscheid B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 7.6.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Grundleistung zum Fixpreis offeriert wird, wogegen namentlich die Optionen 1 und 2 ausschliesslich nach Stundenansätzen zu offerieren waren. 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, als nicht offensichtlich unbegründet. Folglich ist vorliegend auch nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob und welche Kostenbestandteile berücksichtigt werden dürfen, wenn es darum geht, die bundesgerichtlich vorgegebene Mindestgewichtung des Preises (vgl. etwa BGE 143 II 553 E. 6.4) sicherzustellen. Demnach wird über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden sein (vgl. E. 3.3 hiervor).

7.3 Aufgrund des soeben Gesagten erübrigt es sich im vorliegenden Zusammenhang, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Indessen rechtfertigen sich einige weitere Ausführungen zu den Optionen.

Nach dem unter E. 7.2.1 zuvor Gesagten ist prima facie erstellt, dass jedenfalls die Option 1 mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in einem gewissen Umfang bezogen werden wird, da die Vergabestelle die Umsetzung der Bestimmungen zur Rückerstattung des Netzzuschlags bzw. allenfalls auch Rückerstattungen im Zusammenhang mit dem CO₂-Zuschlag zu gewährleisten hat, was nur durch den Betrieb des bzw. der Beraterpools erfolgen kann. Damit könnte sich die Frage stellen, ob es sich bei der als Option 1 ausgeschrieben Leistung tatsächlich um eine Option handelt oder ob der Betrieb des Beraterpools nicht vielmehr hätte als Teil des Grundauftrags

ausgeschrieben werden müssen bzw. ob und inwieweit sich dieser Umstand auf die Beurteilung der vorliegenden Ausschreibung auswirkt.

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. 3.3 hiavor).

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 (Zwischenentscheide des BVGer B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 8.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2" und B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel").

8.3 Die Vergabestelle weist auf den Gesamtzusammenhang des Beschaffungsprojekts "Zielvereinbarungen post 2020" hin, der dazu führe, dass die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht nur die vorliegende Beschaffung, sondern auch die Weiterführung der anderen fünf Lose verzögern würde (Vernehmlassung, Rz. 63). Weiter führt die Vergabestelle aus, nicht nur sie, sondern insbesondere auch die Öffentlichkeit habe ein gewichtiges Interesse daran, dass ein nahtloser Übergang zwischen dem derzeitigen und dem vorliegend zu vergebenden Auftrag gewährleistet sei (Vernehmlassung, Rz. 64). Damit beruft sie sich im Ergebnis auf höherwertige politische Gesichtspunkte, welche das Interesse an der korrekten Anwendung des Vergaberechts überwiegen. Dabei ist der Vergabestelle zuzugeben, dass das Interesse an der überzeugenden Umsetzung des Projekts "Zielvereinbarungen post 2020" gewichtig ist. Nicht zugestimmt werden kann ihr indessen, wenn sie im Ergebnis ausführt, das Interesse der Beschwerdeführerin an der Anfechtung der Ausschreibung sei vernachlässigbar, weil sie ohne Weiteres in der Lage sei, gestützt auf die publizierten Ausschreibungsunterlagen ein Angebot zu erarbeiten und einzureichen (vgl. dazu Vernehmlassung, Rz. 67). Der Beschwerdeführerin ist vielmehr

zugute zu halten, dass schon allein die Wahl anderer Bewertungsmethoden für die Zuschlagskriterien es den Anbietern erlauben würde, im Rahmen der Offertstellung andere Schwergewichte zu setzen. Damit braucht nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, inwieweit der Beschwerdeführerin ausserdem gewisse gerügte Eignungskriterien schaden könnten. Ebenfalls nicht näher zu erörtern ist im vorliegenden Zusammenhang der Umstand, dass seitens des Bundesamtes für Bauten und Logistik im Verfahren B-1185/2020 keine Beschleunigungsinteressen in Bezug auf das Los 1 desselben Projekts vorgetragen worden sind. Zusammenfassend ergibt sich unter Berücksichtigung des Umstands, dass den Interessen der Auftraggeberseite allenfalls später dadurch Rechnung getragen werden kann, dass gegebenenfalls bei erneuter Anfechtung der Ausschreibung oder des nachgelagerten Zuschlags die aufschiebende Wirkung entzogen werden kann, dass die von der Auftraggeberseite geltend gemachten öffentlichen Interessen diejenigen der Beschwerdeführerin und das ebenfalls öffentliche Interesse an effektivem Rechtsschutz (vgl. E. 3.3 in fine) nicht überwiegen.

8.4 Nach dem Gesagten ist dem Begehren der Beschwerdeführerin, es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, in dem Sinne zu entsprechen, dass die Anbietenden den derzeit aufgrund vorsorglicher Anordnung geltenden Offerteingabetermin vom 10. Juli 2020 nicht einhalten müssen. Vielmehr ist dieser gerichtlich zu widerrufen. Die Vergabestelle wiederum ist gehalten, diesen Widerruf umgehend mittels SIMAP-Veröffentlichung und durch die Mitteilung an die ihr bekannten Anbietenden zu kommunizieren. Allenfalls vor Offerteingabetermin eingehende Offerten dürfen einstweilen nicht geöffnet werden.

9.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen für das Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Der gemäss Ausschreibung bzw. derzeit aufgrund vorsorglicher instruktionsrichterlicher Anordnung geltende Offerteingabetermin vom 10. Juli 2020 wird widerrufen. Die Vergabestelle hat diesen Widerruf umgehend auf SIMAP zu publizieren und den ihr bekannten potenziellen Anbietenden mitzuteilen.

1.2 Der Vergabestelle wird einstweilen untersagt, allenfalls vor Offerteingabetermin eingehende Offerten zu öffnen.

1.3 Soweit weitergehend wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

2.

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

3.

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

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 1130725; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Einzelrichter

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung 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: 3. Juli 2020