



---

Abteilung II  
B-2457/2020

## Urteil vom 23. August 2021

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Christian Winiger, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiber Cyrill Schäke.

---

Parteien

**Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW),**  
Hegibachstrasse 47, 8032 Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Brigitta Kratz,  
Badertscher Rechtsanwälte AG,  
Mühlebachstrasse 32, Postfach, 8024 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).

**Sachverhalt:****A.**

**A.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 CO<sub>2</sub>-Emissionen einsetzt. Ein zentrales Instrument zur Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen sind Zielvereinbarungen, welche zwischen dem Bund oder den Kantonen und den Unternehmen getroffen werden.

**A.b** Insgesamt werden dafür sechs Lose ausgeschrieben. Gegenstand der Ausschreibung für das streitgegenständliche Los 1 ist die Konzeptionierung eines Beraterpools für die Abwicklung der Zielvereinbarungen. Los 2 betrifft eine IT-Lösung für die Umsetzung, Los 3 eine Geschäftsstelle "Support für die IT-Lösung", Los 4 eine Zertifizierungsstelle von Energieberatern, Los 5 die Prüfung der IT-Lösung und Los 6 die Qualitätssicherung der Zielvereinbarungen. Es bestehe gemäss Pflichtenheft kein Interessenkonflikt zwischen dem Los 1 und den Losen 2 und 3 und die Zuschlagsempfänger von Los 2 und 3 seien somit für die Teilnahme an der Ausschreibung zu Los 1 zugelassen (Pflichtenheft, S. 8).

**A.c** Mit Los 1 werden drei Beraterpools beschafft. Beraterpools vereinigen unter ihrem Dach Energieberater, die als Fachspezialisten die Beratungsdienstleistungen zur Steigerung der Energieeffizienz und Verminderung von CO<sub>2</sub>-Emissionen bei den Unternehmen in der ganzen Schweiz erbringen. Die drei gültigen Angebote mit der höchsten Punktzahl erhalten den Zuschlag für die Konzeptionierung je eines Beraterpools. Der Zuschlag gewährleistet nicht, Aufträge für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen zu erhalten. Vielmehr stehen die Beraterpools untereinander im Wettbewerb (Pflichtenheft, S. 7 f.).

Der Grundauftrag bzw. die Konzeptionierung der Beraterpools wird optional durch den Betrieb der Beraterpools vom 1. Januar 2021 bis zum

31. Dezember 2021 (Option 1), die Verlängerung des Betriebs des Beraterpools um zwei Jahre (Option 2), die Konzeptionierung einer Aus- und Weiterbildung von Energieberatern (Option 3), die Durchführung der Aus- und Weiterbildung von Energieberatern, verfügbar vom 1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2024 (Option 4), die Verlängerung der Durchführung der Aus- und Weiterbildung von Energieberatern um zwei Jahre (Option 5) und die Mitarbeit bei der Entwicklung einer IT-Lösung (Option 6) ergänzt.

**B.**

Gegenstand des Loses 2 "Zielvereinbarungen post 2020" bilden die im Rahmen der "IT-Lösung für die Erarbeitung, Umsetzung und Überwachung der Zielvereinbarungen" zu erbringenden Dienstleistungen. Mit Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 wurde die von der Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW), Zürich, gegen den das Los 2 betreffenden Zuschlag erhobene Beschwerde vom 27. Februar 2020 gutgeheissen.

**C.**

**C.a** Am 11. Mai 2020 erhob die Energie-Agentur der Wirtschaft (nachfolgend: Beschwerdeführerin) auch gegen die streitgegenständliche Ausschreibung für das Los 1 Beschwerde. Sie beantragt, die Ausschreibung vom 21. April 2020 sei aufzuheben und 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.

**C.b** Die Beschwerdeführerin führt in formeller Hinsicht aus, Einwände, welche die Ausschreibung als solche betreffen würden, müssten nach der Rechtsprechung in der Regel mit der Beschwerde gegen die Ausschreibung als solche erhoben werden. Um der Gefahr einer Verwirkung zu begegnen, rüge die Beschwerdeführerin daher auch vorsorglich bereits erkennbare Mängel der gleichentags zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen.

**C.c** In materieller Hinsicht bringt sie namentlich vor, dass die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen zahlreiche Auflagen enthalten würden. Für Auflagen bedürfe es einer gesetzlichen Grundlage und der Verhältnismässigkeit. Insbesondere werde das Gebührenmodell und der Stundensatz plus Umlagen gemäss detailliertem Umlagemodell für Energieberatung vorgegeben, zusätzliche Dienstleistungen der Pools seien

transparent auszuweisen, Berater dürften keine Interessenkonflikte aufweisen, es bestünden detaillierte Vorgaben zur Qualitätssicherung, Anbieter würden der Bedarfsstelle unterstellt und es würden Vorgaben zur Ausbildung der Energieberater gemacht. Eine gesetzliche Grundlage, welche es der Vergabestelle erlaube, mit Auflagen derart weitgehend in Grundrechte der mit dem Vollzug betrauten Privaten einzugreifen, sei nicht ersichtlich. So verfüge die Vergabestelle gestützt auf das Energiegesetz über keine regulatorischen Kompetenzen, wenn sie den Vollzug an Private delegiere.

Sachfremde Auflagen würden sich (negativ) auf einen betriebswirtschaftlich und ökologisch zielführenden Vollzug des Zielvereinbarungssystems auswirken. Sachfremd und unzulässig seien die Auflage, dass ein Gebührenmodell unter Fixierung eines maximalen Stundensatzes für Dienstleistungen von Privaten vorgesehen sei, sowie die Eignungskriterien EK22 (Transparenz bei der Leistungserbringung), EK16 (Interessenkonflikt), EK08 (Ersatz von Mitarbeitenden), EK23 (Evaluation der Leistungen), der Rahmenvertrag auf S. 7 (freiwilliger Austausch von Schlüsselpersonen und Mitarbeitenden nur mit Zustimmung der Vergabestelle) und EK17 (Anwendung des angebotenen Stundensatzes). Mit diesen Auflagen würde in unverhältnismässiger Art und Weise in die Wirtschaftsfreiheit, die Privatsphäre und die Meinungsäusserungsfreiheit der Anbietenden und der Berater eingegriffen.

Weiter stelle der eingeforderte vorgängige Verzicht auf politische Einflussnahme unter EK15 weder ein auftrags- noch ein leistungsspezifisches Eignungskriterium dar. Der geforderten Prävention von Interessenkonflikten unter EK16 liege ein derart enges Verständnis zugrunde, dass besonders geeignete Beratungsunternehmen wie Ingenieurbüros nicht als Energieberater infrage kämen. Bei EK17 (Anwendung des angebotenen Stundensatzes bei Erarbeitung und Umsetzung von Zielvereinbarungen) handle es sich nicht um ein Eignungskriterium, sondern um eine unzulässige Auflage, mit der in unverhältnismässiger Weise in die Wirtschaftsfreiheit eingegriffen werde. Das Umlagemodell unter EK18 (Inkassomodell) bereite betriebswirtschaftlich grosse Probleme, denn man wisse nicht, mit wie vielen Zielvereinbarungen gerechnet werden könne. EK22 (Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten) betreffe Geschäftsgeheimnisse und schränke den Beraterpool in seiner Tätigkeit ein. EK23 (Evaluation der Leistungen) gehe weit über die in Art. 67 (gemeint ist dessen Abs. 3) Bst. b EnG vorgesehene periodische Berichterstattung hinaus. Indem die Bedarfsstelle diese Eignungskriterien festlege, welche gar nicht als solche festgelegt werden könnten und in unzulässiger Weise in verfassungsmässige Rechte

eingreifen würden, habe sie ihr Ermessen in rechtsfehlerhafter Weise überschritten.

**C.d** Mit der Festlegung und Gewichtung der qualitativen Zuschlagskriterien ZK 02, ZK 03 und ZK 04 würden die Vorgaben von Art. 21 aBöB missachtet. So handle es sich bei der Ausschreibung von Los 1 um die auf mehrere Jahre ausgelegte Vergabe einer komplexen Dienstleistung, für welche qualitative Zuschlagskriterien massgeblich sein müssten. Mit den vorgegebenen qualitativen Zuschlagskriterien ZK 02, ZK 03 und ZK 04 werde das Qualitätsniveau jedoch tatsächlich tendenziell zu tief angesetzt.

Bei ZK 02 (Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung) handle es sich letztlich um ein rein quantitativ zu erfüllendes Kriterium. ZK 04 (Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater) verlange von den Energieberatern nur gerade 5 Jahre bzw. mit Ausbildung/Zertifikat 3 Jahre Berufserfahrung. In Bezug auf die Unterkriterien zu ZK 04 sei zu beanstanden, dass bei diesen keine Gewichtung im Anforderungskatalog vorgenommen worden sei.

Bei ZK 03 (Auftragsanalyse und Qualität der Offerte) fehle die Gewichtung der Unterkriterien. Hinzu komme, dass das anzuwendende Bewertungssystem unter ZK 03 als unzureichend abgestuft zu betrachten sei, um eine hinreichend differenzierte Beurteilung der hoch zu gewichtenden Qualität zu gewährleisten.

**C.e** Aufgrund des gemäss Preisblatt unter ZK 01 (Preis) zugrunde gelegten Stundensatzes der Anbieter und damit auch der Berater, welcher den Unternehmen für die Beratungsdienstleistungen in Rechnung gestellt werde, werde es zu einem reinen Preiswettbewerb kommen und werde der Stundensatz den Ausschlag geben. Der Stundenansatz stelle aber weder ein geeignetes noch ein vergaberechtskonformes Kriterium zur Beurteilung von komplexen Dienstleistungen dar.

Ausserdem habe die Vergabestelle nebst einem Grundauftrag fünf Optionen ausgeschrieben. Option 1 und Option 2 würden auf der Basis einer durch die Vergabestelle geschätzten maximalen Stundenanzahl multipliziert mit einem zu offerierenden einheitlichen Stundensatz vergeben. Zusätzlich ergebe die Bewertungsmatrix für den Preis, dass für das ZK 01 (Preis) ein Gesamtpreis zugrunde gelegt werde, der die Kosten des Beschaffungsvolumens (Grundauftrag + Optionen) mitumfasse (Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts). Dies unabhängig vom Umstand, dass die Kosten teilweise

nicht von der Vergabestelle getragen, sondern den beratenen Unternehmen überwältigt werden sollen. Beim Zuschlagskriterium Preis fehle somit eine Aufteilung in Unterkriterien, welche in vergaberechtskonformer Weise der Tatsache Rechnung tragen würde, dass die Optionen 1 und 2 auf Schätzungen und Stundenansätzen basieren.

Zudem weise das Preisblatt eine verzerrende Wirkung auf, weil tief ange-setzte Stundensätze bei der Energieberatung bei den Optionen 1 und 2 den Gesamtpreis massgeblich beeinflussen würden, was zur Wahl einer Dumpingstrategie bei den Stundensätzen für die Energieberatung (Optio-nen 1 und 2) und einer Eingabe überhöhter Stundensätze bei den für die Bewertung der Offerte nicht ins Gewicht fallenden Grundleistungen und weiteren Optionen anreize.

**C.f** Die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) werde verletzt, indem der Anbieterin die sachfremde Auflage gemacht werde, sich einer politischen Meinungsäusserung zu enthalten (EK15 [Politische Einflussnahme]). Dies gehe weit über eine auftragsrechtliche Interessenswahrungspflicht hinaus. Ein derart weitgehender Eingriff entbehre einer gesetzlichen Grundlage, sei im öffentlichen Interesse nicht erforderlich und unverhältnismässig.

Schliesslich stünden die an Zielvereinbarungen geknüpften Konditionen mit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) im Konflikt. In der Ausschreibung (Ziff. 2.9) bzw. im Pflichtenheft (S. 9) werde als Termin für die Neuregelung des Zielvereinbarungssystems der 1. Januar 2021 angegeben. Im Pflich-tenheft sei zudem vorgesehen, dass Unternehmen, welche eine Zielver-einbarung abgeschlossen hätten, den Energieberater innerhalb einer an-gemessenen Frist wechseln können sollten (S. 8). Damit würde in gegen die Eigentumsgarantie verstossender Weise in bestehende Zielvereinba-rungen der Beschwerdeführerin als bisherige Dienstleisterin eingegriffen. Sodann sei Ziff. 16 zweiter Absatz des Rahmenvertrags problematisch, weil danach allfällige Eigentumsrechte an Arbeitsresultaten auf die Be-darfsstelle übergehen würden.

**C.g** Die Beschwerdeführerin hält abschliessend fest, bei der Festlegung der Eignungskriterien habe die Vergabestelle ihr Ermessen qualifiziert feh-lerhaft ausgeübt. Ebenfalls rechtsfehlerbehaftet sei die Festlegung und Ge-wichtung der Zuschlagskriterien sowie das anwendbare Bewertungssys-tem (Taxonomie). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin führen diese Vor-gaben im Resultat zu einem sachlich unhaltbaren Ergebnis, welches (na-

mentlich aufgrund der Betonung des Preiswettbewerbs) dem in der Ausschreibung definierten Preis-/Leistungsverhältnis im Sinne von Art. 21 aBöB nicht entspreche.

**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 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.**

**H.a** Innert erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 16. Juni 2020 ihre ablehnende Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein. Sie beantragte, 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.

**H.b** In materieller Hinsicht bringt sie vor, ihr stehe es grundsätzlich frei, darüber zu bestimmen, was sie benötige und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stelle. Bei der Definition des Leistungsgegenstands, der Festlegung der Eignungskriterien, der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie der Ausgestaltung der Bewertungsmethode komme ihr somit ein grosser Spielraum zu.

## **H.c**

**H.c.a** Die Vergabestelle führt weiter aus, die zuständige und verantwortliche Behörde müsse die Auftragerfüllung jederzeit überprüfen können, um die hohe Qualität der Arbeiten und die Gleichbehandlung zu gewährleisten. Auch vor dem Hintergrund der im Energiegesetz und im CO<sub>2</sub>-Gesetz aufgestellten Strafbestimmungen sei es unabdingbar, dass die Vergabestelle die Arbeiten kontrolliere. Daher seien EK23 (Evaluation der Leistungen), EK24 (Durchführen von Stichproben), EK25 (Qualitätssicherung durch die Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle) und EK08 (Ersatz von Mitarbeitenden) aufgestellt worden. Es müsse sichergestellt werden, dass die Zuschlagsempfänger die ihnen überlassene Sonderstellung nicht zum Nachteil der an sie gebundenen Unternehmen ausnützten. Dafür würden EK17 (Anwendung des angebotenen Stundensatzes bei Erarbeitung und Umsetzung von Zielvereinbarungen) und EK18 (Inkassomodell) dienen. Die Neutralität und Unabhängigkeit der zum Vollzug der CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung beigezogenen Dritten müsste vollumfänglich gewährleistet werden, weshalb die Vergabestelle EK15 (Politische Einflussnahme), EK16 (Interessenkonflikt) und EK22 (Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten) vorgegeben habe.

Sämtliche vorgesehenen Kriterien hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe, stünden nicht im Widerspruch zu dem zu vergebenden Auftrag

und schränkten den Wettbewerb nicht ein, womit die Grundsätze des Beschaffungsrechts mit der vorliegenden Ausschreibung vollständig eingehalten seien.

**H.c.b** Ausserdem sei nicht ersichtlich, inwiefern vorliegend ein Eingriff in Grundrechte vorliegen sollte. Selbst wenn ein solcher vorliegen würde, wären die Eingriffe gesetzlich vorgesehen (Art. 39 ff. EnG; Art. 31 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz; aBöB). Sie seien durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt, zum Beispiel zur hinreichenden Wahrnehmung der Kontrollfunktion, und gingen nur soweit wie nötig, zum Beispiel würden nur die Offenlegung von Aufträgen im Zusammenhang mit der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung und nur der Verzicht auf politische Einflussnahme mit Interferenz zum vorliegenden Auftrag verlangt. Zuletzt seien sie zumutbar, beispielsweise soweit gemäss EK17 den beratenen Unternehmen nur der im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung angebotene Stundensatz in Rechnung gestellt werden dürfe.

**H.d** Zu den qualitativen Zuschlagskriterien ZK 02, ZK 03 und ZK 04 hält die Vergabestelle fest, die von den Beraterpools und Energieberatern zu erbringenden Arbeiten würden gewisse Fachkompetenzen und Erfahrung erfordern. Um diese in die Bewertung miteinfließen zu lassen, habe sie ZK 02 und ZK 04 aufgestellt. Ausserdem erachte sie es als zentral, dass die Zuschlagsempfänger den als komplex zu qualifizierenden Auftrag auch tatsächlich verstehen würden, weshalb sie mit ZK 03 eine Auftragsanalyse verlange, in der die Anbieter in vollständiger und nachvollziehbarer Art die geforderten Aufgaben umschreiben und einschätzen müssten.

**H.e** In Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 01 Preis sei weiter zu berücksichtigen, dass die Wirtschaftlichkeit der Angebote lediglich durch eine gesamthafte Beurteilung der Kosten ermittelt werden könne. Den Leistungserbringern werde eine Sonderstellung im Markt für Zielvereinbarungen eingeräumt, was ihnen erlaube, entsprechende Einnahmen zu erzielen. Für die Vergabestelle sei unabdingbar, dass sie Kenntnis des den Unternehmen in Rechnung gestellten Stundensatzes habe, um sicherzustellen, dass die Sonderstellung nicht zu Ungunsten der Unternehmen ausgenützt werde.

Im Einzelnen bringt sie vor, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Stundensatz kein geeignetes bzw. vergaberechtskonformes Kriterium zur Beurteilung sein sollte, sei doch die Wirtschaftlichkeit einer der Grundsätze des

Beschaffungsrechts. Ausserdem könnten die Offerten nur mit der Wahl eines stundenbasierten Ansatzes und der Vorgabe einer fixen Anzahl Stunden bei den Energieberatungsdienstleistungen (Optionen 1 und 2) in gleichem Masse an ZK 01 gemessen werden. Nur so könne wiederum die Gleichbehandlung der Anbieter gewährleistet werden. Bezüglich der verzerrenden Wirkung der Preisbewertung hält sie fest, sollte sich das von der Beschwerdeführerin skizzierte Extremszenario bewahrheiten, so könnten bzw. müssten die Spekulationsofferten ausgeschlossen werden, insbesondere, wenn vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen würden, dass die betreffenden Anbieter effektiv nicht in der Lage sein würden, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen. Durch die Gewichtung des Preises mit 30 Prozent bringe sie schliesslich zum Ausdruck, dass sie die Qualität klar höher gewichte als den Preis.

**H.f** Zur Rüge der fehlerhaften Ausübung des Ermessens bringt die Vergabestelle vor, sie verfüge über Ermessen, in welches die Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht eingreife. Bei den Vorbringen der Beschwerdeführerin handle es sich um reine Unangemessenheitsrügen, die gestützt auf Art. 31 aBöB nicht "beschwerdefähig" seien.

#### **I.**

Mit Eingabe vom 23. Juni 2020 reichte die Beschwerdeführerin eine auf die Interessenabwägung beschränkte Replik zur aufschiebenden Wirkung ein. Sie verlange 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 CO<sub>2</sub>-Gesetzes der Gesetzgebungsprozess verzögert und auch ein Referendum sei nicht ausgeschlossen.

#### **J.**

**J.a** Das Bundesverwaltungsgericht entschied mit Zwischenverfügung vom 3. Juli 2020, dass der Offerteingabetermin vom 10. Juli 2020 widerrufen wird. Ausserdem untersagte es der Vergabestelle einstweilen, allenfalls vor

Offerteingabetermin eingegangene Offerten zu öffnen. Soweit weitergehend wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

**J.b** Das Bundesverwaltungsgericht führte zur Begründung aus, die Verfahrensökonomie gebiete, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gleichzeitig Rügen betreffend allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich seien, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen würden. Bei den Rügen, durch die Eignungskriterien werde in die Grundrechte der Anbieterinnen eingegriffen bzw. durch die fehlende Festlegung bzw. fehlende Gewichtung gegen das Transparenzgebot verstossen, handle es sich zweifelsfrei um zentrale Punkte des Vergabeverfahrens, weshalb die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen prima facie zu hören seien.

**J.c** Materiell beurteilte das Bundesverwaltungsgericht namentlich die Rügen betreffend die unter dem Zuschlagskriterium Preis gewählte Bewertungsmethode als nicht offensichtlich unbegründet. Die Vergabestelle habe dabei 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. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass der Grundauftrag zum Fixpreis zulasten der Vergabestelle zu offerieren sei, 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 sei dabei dasjenige, das die vom Beraterpool unter Vertrag genommenen Energieberater den Unternehmen in Rechnung stellen. Auch dieser Gesichtspunkt spreche für gewichtete Subkriterien.

## **K.**

**K.a** In ihrer Vernehmlassung im Hauptverfahren vom 3. August 2020 stellte die Vergabestelle das Rechtsbegehren, die Beschwerde vom 11. Mai 2020 sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

**K.b** Zum Verhältnis zwischen Grundauftrag und Option 1 macht sie geltend, der Grundauftrag sei unabdingbare Voraussetzung des Betriebs des Beraterpools. Bei Option 1 handle es sich nicht um eine klassische Option,

sondern diese komme zum Zuge, wenn der Grundauftrag erfolgreich erledigt worden sei. Die Option 1 sei faktisch Teil des Grundauftrags, weil die Ziehung nicht im Ermessen liege. Die Ausgestaltung als Option diene als Notbremse.

**K.c** Zur Rolle Dritter im Vollzug bringt sie vor, dass es sich bei Art. 4 EnG um einen Grundsatzartikel handle, der in erster Linie leitend wirke und in Anbetracht seiner Unbestimmtheit weder im vorliegenden Einzelfall noch anderweitig Rechte und Pflichten zu begründen vermöge, die erzwungen werden könnten. Die zuständige Behörde könne im Zusammenhang mit der Rückerstattung des Netzzuschlags gestützt auf Art. 62 Abs. 1 i.V.m. Art. 67 Abs. 1 Bst. b und d EnG i.V.m. Art. 49 EnV Dritte beziehen. Daraus lasse sich keine Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit Organisationen der Wirtschaft ableiten.

**L.**

**L.a** Die Beschwerdeführerin erstattete am 2. September 2020 ihre Replik im Hauptverfahren. Sie hält an ihren Anträgen namentlich betreffend die Rückweisung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen an die Vergabestelle fest.

Zum ZK 01 (Preis) führt sie aus, der Preis sei nur eines von mehreren Zuschlagskriterien, mit welchen das wirtschaftlich beste Angebot ermittelt werde. Qualitative Aspekte würden gemäss Lehre und Rechtsprechung im Vergaberecht eine immer stärkere Rolle spielen. Vor diesem Hintergrund sei die Eignung und Dominanz des für die Optionen 1 und 2 zu offerierenden maximalen Stundensatzes, welcher bei der Vergabe den Ausschlag geben würde, zu bemängeln, weil durch diese Bewertungsmethode der Preis für die konzeptionelle Grundleistung für den Vergabeentscheid vernachlässigbar werde. Den zu offerierenden Leistungen bzw. verschiedenen Preiselementen würden unterschiedliche Berechnungsarten zugrunde liegen. Die konzeptionellen Leistungen würden zum (von der Vergabestelle zu entrichtenden) Fixpreis offeriert, während namentlich Option 1 auf der Basis von Aufwandschätzungen in Bezug auf die den beratenen Unternehmen zu verrechnenden Dienstleistungen beruhe. Ausserdem stelle sich die Frage, ob diese Kosten überhaupt unter den Angebotspreis subsumiert werden dürften.

**L.b** Die qualitativen Zuschlagskriterien ZK 02 betreffend Anzahl abgeschlossene Energieberatungen und ZK 04 betreffend 5 bzw. 3 Jahre Berufserfahrung seien eher tief angesiedelt. Damit komme dem weiteren qualitativen Kriterium ZK 03 (Auftragsanalyse) umso grössere Bedeutung zu. Die diesbezüglich gewählten Taxonomien ermöglichten keine differenzierte Bewertung; es könne dafür namentlich auf den Zwischenentscheid B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 (E. 7.6.4) verwiesen werden. Die Einhaltung der Zuschlagkriterien biete daher keine Gewähr für eine möglichst grosse Umweltwirkung.

**L.c** Zum Kontext der angefochtenen Ausschreibung bringt sie vor, einer der wichtigsten Grundsätze des Energierechts sei der in Art. 4 EnG geregelte Grundsatz der Zusammenarbeit mit der Wirtschaft. Bei der Auslegung von Art. 67 EnG, namentlich der Regulierungskompetenzen des Bundes auf der Basis von Art. 67 Abs. 3 und Abs. 4 EnG, sei dieser Grundsatz zu beachten. Eine Regelung der Verhältnisse, die, wie sie im Rahmenvertrag vorgesehen sei, stark subordinierenden Charakter aufweise, stehe dazu im Widerspruch. Eigentliche Marktregulierungskompetenzen in Bezug auf den Zielvereinbarungsmarkt (und schon gar nicht über diesen hinaus) kämen der Vergabestelle gestützt auf Art. 67 EnG nicht zu. Seitens der Vergabestelle seien weiter die verfassungsmässigen Rechte und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

**L.d** Betreffend Umweltwirkung führt sie aus, die Ausschreibung sehe für die neuen Verträge den Vertragsbeginn auf den 1. Januar 2021 vor. Um diesen Termin einzuhalten, müssten laufende Verträge gekündigt und neue Verträge abgeschlossen werden. Dies bedeute Aufwand, der in die Administration statt in die Umweltwirkung fliesse. Die Planungsunsicherheit in Bezug auf die Erneuerung der bestehenden Verträge wirke sich investitionshemmend aus.

**M.**

Mit Eingabe vom 23. September 2020 reichte die Vergabestelle ihre Duplik in der Hauptsache ein.

**M.a** Sie führt aus, dass die Beschwerdeführerin neuerdings die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts an sich in Frage stelle, weil Entschädigungen für Energieberatungsdienstleistungen hauptsächlich durch private Leistungsempfänger erfolgen würden. Es sei in keinster Weise ersichtlich, weshalb die vorliegende Beschaffung nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen sollte. Die Vergabestelle habe sämtliche Leistungen des Loses 1,

die sachlich und wirtschaftlich miteinander zusammenhängen würden, gemeinsam ausgeschrieben. Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe gelte als Auftrag, der vom öffentlichen Beschaffungsrecht erfasst werde.

**M.b** Hinsichtlich des in Art. 4 EnG erwähnten Kooperationsprinzips nimmt sie dahingehend Stellung, dass es in ihrem Ermessen liege zu entscheiden, ob sie Vollzugsaufgaben selber erledigen oder delegieren möchte. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine konkrete Auftragserteilung für die vorliegend im Los 1 ausgeschrieben Aufgaben bzw. gar eine mitgestaltende, tragende Sonderrolle im Vollzug des EnG ableiten könnte.

**M.c** Bezüglich ZK 01 bzw. Preiskriterium hält sie fest, ihr komme ein grosses Ermessen zu. Die Ausschreibung sei auf realistische, ehrliche und seriöse Angebote ausgerichtet. Ausserdem sei es für einen potentiellen Zuschlagsempfänger keinesfalls förderlich, sein Angebot mit teils zu tiefen und teils überhöhten Stundensätzen zu versehen. Ein zu tiefer Preis garantiere keineswegs den Zuschlag. Leistungen müssten im Falle eines Zuschlags den angebotenen zu hohen bzw. zu tiefen Preisen entsprechend erbracht werden können.

#### **N.**

Mit Eingabe vom 2. Oktober 2020 nahm die Beschwerdeführerin abschliessend Stellung.

Sie führt namentlich aus, dass es sich beim überwiegenden Teil der ausgeschriebenen Leistungen um optionale Leistungen handle, welche auf der Basis von Leistungsschätzungen der Vergabestelle mit einem maximalen Stundensatz zu multiplizieren seien und überdies nicht aus öffentlichen Mitteln, sondern aus Drittmitteln finanziert würden. All diese Aspekte würden in der gewählten Bewertungsmethodik zu ZK 01 Preis in keinsten Weise berücksichtigt. Weiter sei in der Ausschreibung 2013 gerade aus dem Grund, weil Aufwandschätzungen schwierig seien, explizit auf solche verzichtet worden. Sodann sei in der Ausschreibung 2013 ein durchschnittlicher Stundensatz zu wählen gewesen. Die Vergabestelle setze das Qualitätsniveau tief an, um den Wettbewerb zu stärken. Aufgrund der nicht genügend differenzierten Bewertungskriterien Preis und Qualität käme es de facto aber zu einem Preis- statt einem Qualitätswettbewerb.

#### **O.**

Mit Eingabe vom 28. Oktober 2020 reichte die Beschwerdeführerin eine

Kostennote ein, welche der Vergabestelle zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde. Die Vergabestelle hat auf eine Stellungnahme verzichtet.

**P.**

Auf die dargestellten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **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-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 1.1 "Produkte zur Innenreinigung II"; 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** Nach Art. 62 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1) werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (vgl. Urteil des BVGer B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 3 f. "Mangelanlage Wäscherei"). Demnach ist auf das hier zu beurteilende, mit Ausschreibung vom 21. April 2020 eingeleitete Verfahren das alte Recht anwendbar.

**1.3** Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügung 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 [aBöB, AS 1996 508 ff.]).

Vorliegend beanstandet die Beschwerdeführerin nicht nur die Ausschreibung selbst, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz 4 ff.). 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 (Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 1.3 "Produkte zur Innenreinigung II"; 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"; Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). 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"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 1.3 "Produkte zur Innenreinigung II").

Die Beschwerdeführerin rügt, die Eignungskriterien gemäss der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen würden die Vorgaben des Bundesrechts verletzen, weil sie unklar seien, sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen und sowohl sachfremde als auch nicht verhältnismässige Auflagen enthalten. Die Ausschreibung und ihre Unterlagen verletzen das energierechtliche Kooperationsprinzip (Art. 4 und Art. 67 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 [EnG; SR 730.0]) und hätten negative Auswirkungen auf die anzustrebende maximale Umweltwirkung (Art. 46 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 2 Bst. b EnG; Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 49 ff., Rz. 60 ff.). Ferner würden die Ausschreibung und die Unterlagen in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 BV), den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) eingreifen, ohne dass sich diese Eingriffe gemäss Art. 36 BV rechtfertigen liessen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 64 ff., Rz. 112 ff.). Zudem würden die Zuschlagskriterien, so wie sie in der Ausschreibung und den Unterlagen beschrieben seien, gegen das Gebot wirtschaftlicher Vergaben und das Transparenzgebot verstossen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 83 ff.). Dabei handelt es sich zweifelsfrei um zentrale Punkte des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb auch die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen zu hören sind.

**1.4** Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (vgl. Art. 26

Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

## 2.

**2.1** Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609 ff.]) unterstellt sind (BVG 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.1 "Produkte zur Innenreinigung II"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

**2.2** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

**2.3** Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b aBöB 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 1994. 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. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (aVöB; AS 1996 518 ff.) gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur aVöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA 1994, indem sämtliche dort aufgeführten Dienst-

leistungen durch die aVöB 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 1994 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 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 der Gruppe 867 ("Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen bei Bauvorhaben") oder der der Abteilung 94 zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA 1994 bzw. vom Anhang 1a zur aVöB erfasst wird. Dies ist 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, soweit sie angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles als Beschaffungsgeschäft zu qualifizieren ist, jedenfalls in den sachlichen Anwendungsbereich des aBöB (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

**2.4.1** Aufgrund der Konstellation des vorliegenden Dienstleistungsauftrags für das streitgegenständliche Los 1 ist im Folgenden zu klären, ob das aBöB auf einen Dienstleistungsauftrag zur Anwendung gelangt, der überwiegend nicht von der öffentlichen Hand, sondern von den Privaten, welche letztlich die Beraterdienstleistung in Anspruch nehmen, finanziert wird. So bilden den Gegenstand des Dienstleistungsauftrags der Grundauftrag bzw. die Konzeptionierung von drei Beraterpools und einer Koordinationsstelle

sowie im Rahmen der Konzepte zu erbringende optionale Dienstleistungen (Optionen 1–6). Der Grundauftrag bzw. die Konzeptarbeit legt dabei den Grundstein für die Optionen. Während die Vergabestelle den Grundauftrag, die Konzeptionierung einer Aus- und Weiterbildung für Energieberater (Option 3) sowie die Mitarbeit bei der Entwicklung einer IT-Lösung (Option 6) entschädigt, ist der Betrieb der Beraterpools (Option 1 und Option 2) und die Aus- und Weiterbildung (Option 4 und Option 5) selbsttragend, will heissen, die mit dem Betrieb anfallenden Kosten werden den Unternehmen in Rechnung gestellt, die Beratungsdienstleistungen beanspruchen (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 3; Anhang 004 zum Pflichtenheft "Preisblatt"; vgl. E. 7.1 hiernach).

**2.4.2** Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich vor, mit der vorliegenden Ausschreibung solle der Vollzug staatlicher Aufgaben betreffend den Betrieb des Beraterpools gemäss Option 1 und Option 2 mit der Ausschreibung an private Dritte übertragen werden und diese würden für ihre Leistungen durch private Leistungsempfänger entschädigt. Es stelle sich somit die Frage, ob die Kosten für den Betrieb überhaupt unter das Kriterium des Angebotspreises subsumiert werden dürften (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 28 f.).

**2.4.3** Die Vergabestelle führt dazu namentlich aus, die Beschwerdeführerin stelle mit der Beanstandung, dass die Kosten für den Betrieb der Beraterpools gemäss Optionen 1 und 2 nicht als Angebotspreis gelten könnten, die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts an sich infrage (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 1 ff.).

#### **2.4.4**

**2.4.4.1** Die Qualifikation als Beschaffungsgeschäft ist Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2011/17 E. 2 "Personalverleih"). Im Unterschied zu Art. 8 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1) kennt das alte Recht keine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung (BGE 145 II 252 E. 4.1 "hôtel et restaurant"). Das Bundesgericht hat in Bezug auf den Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) festgehalten, es sei nach Lehre und Rechtsprechung für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren und Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um seine Aufgaben wahrzunehmen.

Keine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn der Staat eine private Tätigkeit lediglich erlaubt, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern lediglich eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert (BGE 145 II 252 E. 4.1 "hôtel et restaurant"; BGE 144 II 177 E. 1.3.1 f. "Veloverleih Bern"; BGE 144 II 184 E. 2.2 "Veloverleih Genf"; BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.2 f. mit weiteren Hinweisen "Spitex Aarburg"). Die öffentliche Hand ist Nachfragerin der (vertragstypischen) Leistung (im Unterschied etwa zur Sondernutzungskonzession; vgl. zum Ganzen HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, BÖB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Auflage, Zürich 2021, Rz. 10 f. zu Art. 8 BÖB). Es kann selbst dann von einem auszuschreibenden öffentlichen Auftrag ausgegangen werden, wenn die Anbieterin die anzubietende Tätigkeit nicht gegenüber dem auftraggebenden Gemeinwesen, sondern in dessen Auftrag gegenüber Privaten entfaltet (BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.5 "Spitex Aarburg") und die Gegenleistung für die Erfüllung in anderer Form als durch Geldzahlung des Gemeinwesens beglichen wird (BGE 144 II 177 E. 1.3.5 "Veloverleih Bern"; MARTIN BEYELER, Veloverleih: Kein öffentlicher Auftrag?, in: BR 2016, S. 25). Damit spricht die Tatsache, dass das in Frage stehende Projekt allenfalls die Begriffsmerkmale einer Konzession erfüllt, auch nach altem Recht als solche nicht gegen die Anwendung des Beschaffungsrechts (BGE 145 II 252 E. 4.1 "hôtel et restaurant"). Vielmehr ist auf eine funktionale Betrachtungsweise abzustellen (BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.3 "Spitex Aarburg"). Ein besonderer Fall der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private ist in der Lehre mit Blick auf die Rechtsprechung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) als "eigentliche Auslagerung" beschrieben worden. Die Rekurskommission hat erkannt, dass ein Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr (VEG) entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin dem aBÖB untersteht (Entscheid BRK 1999-006 vom 3. September 1999, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.30 E. 1 "Batterien und Akkumulatoren"; vgl. auch Botschaft BÖB vom 15. Februar 2017, BBI 2017 1851 ff, S. 1900 f.). Für eine eigentliche Auslagerung von Verwaltungsaufgaben spricht etwa die Befugnis, bei den Betroffenen die VEG zu erheben, die Befugnis zum Erlass von Verfügungen sowie die Tatsache, dass die staatliche Aufgabe unter Aufsicht des Bundes auszuüben ist (vgl. zum Ganzen MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht,

3. Auflage, Basel 2020, S. 600 Rz. 74 mit Hinweisen; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., S. 422 Rz. 837 f., wonach der Begriff des öffentlichen Auftrags Geschäfte mit spezieller Vergütungsregelung erfasst; siehe auch Art. 9 des revidierten BöB 2019 und Botschaft BöB BBl 2017 1851 1899). Nicht beschaffungsrechtlicher Natur ist dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen es einer gesetzlichen Grundlage für eine derartige Auslagerung bedarf (FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 74 in fine; vgl. dazu E. 4.3 hier nach).

**2.4.4.2** Die mit dem vorliegend strittigen Los 1 auszulagernde öffentliche Aufgabe liegt in der Abwicklung von Zielvereinbarungen (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020, Ziff. 2.6). Zielvereinbarungen werden zwischen Bund oder Kantonen und Unternehmen getroffen und dienen der Senkung von CO<sub>2</sub>-Emissionen. Auf ihrer Grundlage wird der Netzzuschlag gemäss EnG (Art. 39 ff. EnG) zurückerstattet (siehe auch Pflichtenheft, S. 6). Das Bundesamt für Energie BFE ist für die "Erarbeitung von Zielvereinbarungen" (Art. 46 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 Bst. a Energieverordnung vom 1. November 2017 [EnV; SR 730.01]; Art. 62 Abs. 1 EnG) und für die "Prüfung der Zielvereinbarungen" (Art. 41 Abs. 4 EnG; Art. 39 Abs. 1 EnV; Art. 62 Abs. 1 EnG) zuständig. Das BFE kann seinerseits Aufgaben im Zusammenhang mit der "Erarbeitung von Zielvereinbarungen" und der "Rückerstattung des Netzzuschlages" an Dritte delegieren (Art. 67 Abs. 1 Bst. b und d EnG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 EnV). Art. 67 EnG regelt demnach – typisch für eine eigentliche Auslagerung – den Beizug Dritter zum Vollzug des Energiegesetzes.

Mit Zielvereinbarungen wird auch die Rückerstattung der CO<sub>2</sub>-Abgabe (Art. 31 ff. Bundesgesetz über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 23. Dezember 2011, CO<sub>2</sub>-Gesetz; SR 641.71) durch Verminderungsverpflichtung gemäss CO<sub>2</sub>-Gesetz bewerkstelligt (Art. 31 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Das BFE sowie vom BFE oder vom Bundesamt für Umwelt BAFU beauftragte private Organisationen unterstützen aber das BAFU beim Vollzug der Bestimmungen über die Verpflichtung zur Verminderung der Treibhausgasemissionen (Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz i.V.m. Art. 130 Abs. 6 Verordnung über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 30. November 2012, CO<sub>2</sub>-Verordnung; SR 641.711).

Das Bundesamt für Energie BFE hat gestützt auf diese Kompetenzen die im Los 1 vorgesehenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Erarbeitung von Zielvereinbarungen zur Rückerstattung des Netzzuschlages und der

CO<sub>2</sub>-Abgabe ausgeschrieben (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 2). Es werden damit Aufgaben aus dem Zuständigkeitsbereich des BFE auf Private übertragen bzw. ausgelagert, wobei die Vergütung für die Grundleistung und die Optionen 3 und 6 von der Vergabestelle und diejenige bei der Ausübung der Optionen 1, 2, 4 und 5 von den beratenen Unternehmen geleistet wird. Eine solche Ausschreibung mit einer Auslagerung öffentlicher Aufgaben ist, wie erwähnt (E. 2.4.4.1), unabhängig davon, ob sie von Privaten oder vom Gemeinwesen finanziert wird, dem aBöB unterstellt. Daran ändert nichts, dass die beigezogenen Dritten im Rahmen von Art. 67 EnG keine Verfügungskompetenz erhalten (Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative "Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]" vom 4. September 2013, BBl 2013 7561 ff., insb. S. 7693). Energieberater dürfen nur im vorliegenden Zusammenhang einschlägige Beratungsdienstleistungen erbringen, wenn sie einem der mit der strittigen Ausschreibung zu beschaffenden Beraterpools angehören (vgl. mutatis mutandis Urteil des EuGH C-9/17 vom 1. März 2018 in Sachen Maria Tirkkonen, Rz. 17 ff., Rz. 24 und Rz. 35). Aus der Sicht der beratenen Unternehmen bieten die drei gemäss der Ausschreibung zu berücksichtigenden und in Konkurrenz zueinander stehenden Anbieterinnen, welche die Beratungsleistungen konzeptionieren und die Beraterpools betreiben, ein staatlich organisiertes Oligopol (vgl. zum Ganzen insb. E. 6.1.4.1 und E. 7.1.2 f. hiernach). Es ist für eine Auslagerung im hier zu beschreibenden Sinne nicht notwendig, dass ein Monopol geschaffen wird.

**2.5** Das aBöB gelangt ferner nur dann zur Anwendung, wenn das ausgeschriebene Beschaffungsvolumen in finanzieller Hinsicht den einschlägigen Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 aBöB überschreitet. In das Volumen sind die Optionen auf Folgeleistung einzurechnen (Art. 7 Abs. 4 aBöB; FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 71). Gemäss Schätzung der Vergabestelle ist es möglich, dass der Grundauftrag für einen unterschwelligen Betrag angeboten wird (Telefonnotiz vom 12. Mai 2020); dieser liegt also wertmässig allenfalls unter dem für Dienstleistungen geltenden Betrag von Fr. 230'000.– gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB 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). Zusammen mit den Optionen betrage das Volumen zwar mehr als Fr. 250'000.–, bleibe aber jedenfalls im sechsstelligen Bereich (Telefonnotiz vom 12. Mai 2020). Bereits durch die

Kombination der von der Vergabestelle zu begleichenden Grundleistungen und von ihr zu entschädigenden optionalen Leistungen nach Option 3 (Konzeptionierung einer Aus- und Weiterbildung für Energieberater) und Option 6 (Mitarbeit bei der Entwicklung einer IT-Lösung; vgl. oben E. 2.4.1) wird demnach der für Dienstleistungen geltende Schwellenwert überschritten.

Ausserdem übersteigt auch der bei der Beraterpoolbetreiberin anfallende Aufwand, den die Anbieterin für den Betrieb des Beraterpools aufwendet und der den beratenen Unternehmen überwältigt wird, wertmässig die Schwelle von Fr. 230'000.– ganz offensichtlich. Da bereits festgestellt worden ist, dass die Zahlung durch Dritte der Beschaffungsqualität der Dienstleistung nicht entgegensteht (vgl. E. 2.4.4.1 hiervor), kann offen bleiben, ob der charakteristischere Teil der Leistung, den die Vergabestelle bezahlt, oder der mengenmässig bedeutendere Teil der Leistung, der von den beratenen Unternehmen bezahlt wird, als präponderanter und damit für das rechtliche Schicksal massgebender Leistungsbestandteil zu beurteilen ist. Auch die Tatsache, dass die Beratungsleistungen optionaler Natur sind, ändert an der Überschreitung des Schwellenwerts nichts (vgl. zur Eintretenswahrscheinlichkeit E. 7.4.4.1 hiernach).

**2.6** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

### **3.**

**3.1** Für die Beschwerdelegitimation enthält das aBöB keine Bestimmungen. Somit richtet sich diese nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri"). Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**3.2** Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle, da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen "Hörgeräte"; BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung II").

**3.3** Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat (BVGE 2009/17 E. 3 "Hörgeräte"; BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung II"). Legitimiert zur Anfechtung einer Ausschreibung sind demnach jedenfalls potenzielle Erbringer der in Frage stehenden Leistung (Urteil des BGer 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 "Versicherungen BE"; BVGE 2009/17 E. 3.2 "Hörgeräte"). Im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung nicht zu prüfen ist, ob die in Frage stehende Anbieterin reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat (Urteil des BGer 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 "Versicherungen BE").

**3.4** Die Beschwerdeführerin beruft sich für die Begründung ihres schutzwürdigen Interesses an der Aufhebung bzw. Abänderung der angefochtenen Ausschreibung auf ihren Zweck gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 11. Mai 2020, wonach sie als private Organisation der schweizerischen Wirtschaft mit dem Bund wirtschaftsnahe Aufgaben im Energiebereich gemäss Bundesgesetzgebung vereinbare und durchführe. Sie sei eine Umsetzungsorganisation der Wirtschaft, die mit den Bundesämtern BFE und BAFU auf der Basis entsprechender Leistungsvereinbarungen seit 2001 zusammenarbeite. Für die Jahre 2001 bis 2003, 2004 bis 2007 und 2008 bis 2012 und für den laufenden Leistungsauftrag für die Jahre 2013 bis 2022 habe sie Leistungsaufträge betreffend die Durchführung von Programmen von EnergieSchweiz sowie die Unterstützung und Umsetzung von freiwilligen Massnahmen und Verpflichtungen im Sinne des CO<sub>2</sub>-Gesetzes erhalten (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 23 f.).

Die Bundesämter BAFU und BFE arbeiten auch gemäss Angaben der Vergabestelle bereits bislang mit der Beschwerdeführerin mit Leistungsaufträgen zusammen. Die Beschwerdeführerin unterstützt und begleitet in diesem Rahmen Unternehmen bei der Erarbeitung, Umsetzung und beim Monitoring von Zielvereinbarungen. Sie bietet den Unternehmen Beratungsdienstleistungen durch Energieberater für energietechnische und vollzugsrelevante Fragestellungen an (Pflichtenheft, S. 6).

Die Beschwerdeführerin kommt somit als potenzielle Anbieterin von Dienstleistungen im Bereich der Beratung bei Zielvereinbarungen offensichtlich infrage und ist daher materiell beschwert und zur Erhebung der Beschwerde gegen die Ausschreibung betreffend das Los 1 legitimiert.

**3.5** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreterin hat sich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**3.6** Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin erhebt einerseits Rügen betreffend die mit der Auslagerung verbundenen besonderen Anforderungen, welche von ihr als Auflagen und von der Vergabestelle als Eignungskriterien beschrieben werden. Um diese einzuordnen wird zunächst geprüft, ob sich die Auslagerung selbst auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann und ob bzw. inwieweit einer derartigen gesetzlichen Grundlage die Befugnis zum Statuieren besonderer Anforderungen inhärent ist (insb. E. 4.3). Anschließend wird die Frage geprüft, ob der Vergabestelle in Bezug auf die Umschreibung derartiger Anforderungen ein vergleichbarer Ermessensspielraum zukommt wie betreffend die Eignungskriterien (E. 5). Aufbauend auf diese vor die Klammer gezogenen Ausführungen werden die Rügen betreffend die einzelnen Anforderungen behandelt (E. 6). Andererseits haben die Rügen der Beschwerdeführerin die Zuschlagskriterien und insbesondere die seitens der Vergabestelle gewählten Bewertungsmethoden zum Gegenstand. Diese werden in den Erwägungen 7-9 behandelt.

**4.1** Die Beschwerdeführerin rügt, den mit der Auslagerung verbundenen Auflagen fehle die gesetzliche Grundlage. Mit den EK08, EK15, EK16, EK17, EK18, EK22, EK23 und EK25 würden Auflagen vorgesehen. Es mangle an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, die es rechtfertige, mittels Eignungskriterien die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Auflagen aufzustellen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 70 ff.). Gestützt auf Art. 67 EnG kämen der Vergabestelle bei der Delegation der Aufgaben denn auch keine eigentlichen Marktregulierungskompetenzen in Bezug auf den Zielvereinbarungsmarkt und schon gar nicht über diesen hinaus zu. So seien in Art. 4 EnG die Prinzipien der Koordination und Kooperation mit der Wirtschaft (Abs. 1 und Abs. 2) und das Prinzip der Subsidiarität (Abs. 3) festgehalten. Unter dieser Prämisse gehe es nicht an, dass der Bund den von ihm zum Vollzug beigezogenen privaten Wirtschaftssubjekten derart weitgehende Vorgaben und Auflagen machen wolle wie mit der Ausschreibung und den Unterlagen zu Los 1. Statt im Geiste des energierechtlich vorgegebenen Kooperationsprinzips

seien die Vorgaben an die künftige Leistungserbringung (Art. 67 Abs. 3 EnG) und schliesslich auch an die Aufsicht (Art. 67 Abs. 4 EnG) im Geiste des Subordinationsprinzips ausgestaltet worden (Stellungnahme zur Duplik im Hauptverfahren vom 2. Oktober 2020, Rz. 7; Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 49 ff., Rz. 53; Replik zur aufschiebenden Wirkung vom 23. Juni 2020, Rz. 8).

**4.2** Die Vergabestelle entgegnet, gestützt auf Art. 67 Abs. 1 EnG liege es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie von der Möglichkeit, Dritte beizuziehen, Gebrauch mache. Eine auf Art. 4 EnG gestützte weitergehende Verpflichtung der Vergabestelle zur Zusammenarbeit mit den Organisationen der Wirtschaft würde dem Grundsatz, wonach die spezielle der allgemeinen Norm vorgeht, und dem klaren Wortlaut von Art. 67 EnG widersprechen. Bei Art. 4 EnG handle es sich weiter um einen Grundsatzartikel, der in erster Linie leitend wirke und in Anbetracht seiner Unbestimmtheit weder im vorliegenden Einzelfall noch anderweitig Rechte und Pflichten zu begründen vermöge, die erzwungen werden könnten. Die Kompetenz zur Umsetzung und Ausführung der Energiegesetzgebung verbleibe trotz Art. 4 EnG integral beim Bund und werde durch diesen gesteuert (Vernehmlassung im Hauptverfahren vom 3. August 2020, Rz. 9 ff.; Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 10 f.).

Sie führt weiter aus, es liege kein Grundrechtseingriff vor und sollte von einem Grundrechtseingriff ausgegangen werden, würde mit Art. 39 ff. EnG und Art. 31 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz sowie mit dem aBöB eine genügende gesetzliche Grundlage bestehen, auf die sich ein allfälliger Eingriff in Grundrechte stützen könnte (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 31 f.).

### **4.3**

**4.3.1** Zur Rüge betreffend die fehlende gesetzliche Grundlage ist vorab festzuhalten, dass sich eine Auslagerung generell und unabhängig von der Frage, ob in Grundrechte eingegriffen wird, auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss, die die Auslagerung als solche regelt (vgl. Botschaft BöB BBl 2017 1851 1901 f.). Diese Vorgabe ergibt sich nicht aus dem Beschaffungsrecht, sondern dem allgemeinen Verwaltungsrecht (FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 74 in fine). Art. 178 Abs. 3 BV, wonach Verwaltungsaufgaben (meint: nur) durch Gesetz unter anderem Organisationen des privaten Rechts übertragen werden können, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, ist somit Ausdruck eines allgemeinen Prinzips des öffentlichen

Rechts, welches auf allen föderalen Ebenen Geltung beansprucht (BGE 138 I 196 E. 4.4.3). Die allgemein verwaltungsrechtliche Natur dieser Vorgabe ändert aber nichts daran, dass das Fehlen einer formell-gesetzlichen Grundlage mit der spezialgesetzlichen Beschwerde nach aBöB gerügt werden kann (vgl. mutatis mutandis BVGE 2009/17 E. 6.2.3 i.V.m. E. 7.4 "Hörgeräte"). Des Weiteren erscheint von vornherein klar, dass eine Norm im aBöB selbst die fehlende gesetzliche Grundlage in der einschlägigen Fachgesetzgebung nicht ersetzen kann. Vielmehr setzt auch nach dem seit 1. Januar 2021 geltenden Recht Art. 9 BöB eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus.

**4.3.2** Das Bundesamt für Energie BFE wird gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b EnG ermächtigt, für Aufgaben in seinem Zuständigkeitsbereich im Zusammenhang mit der "Rückerstattung des Netzzuschlages" (Art. 39-43 EnG und Art. 37-49 EnV) und gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. d EnG im Zusammenhang mit der "Erarbeitung von Zielvereinbarungen" (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnG) "Dritte zum Vollzug beizuziehen". Gemäss Art. 67 Abs. 3 EnG schliesst der Bund mit beigezogenen Dritten einen Leistungsauftrag ab. Die Dritten unterstehen sodann gemäss Art. 67 Abs. 4 EnG der Aufsicht des Bundes. Art. 67 EnG definiert demnach die auszulagernde Aufgabe, das Vorgehen bei einer Aufgabenübertragung und die Aufsicht durch den Bund. Aufgrund dieser umfassenden Regelung der Auslagerung ist von einer Ermächtigung des Bundesamtes für Energie BFE auszugehen, weitgehende Befugnisse an private Dritte zu vergeben. Ausserdem kann der Bundesrat auch gestützt auf Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz für bestimmte Aufgaben des Vollzugs des CO<sub>2</sub>-Gesetzes private Organisationen beiziehen. Das BFE sowie von diesem oder vom Bundesamt für Umwelt BAFU beauftragte private Organisationen unterstützen das BAFU namentlich beim Vollzug der Bestimmungen über die Verpflichtung zur Verminderung der Treibhausgasemissionen (Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz und Art. 130 Abs. 6 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Damit können auch im Hinblick auf die Rückerstattung der CO<sub>2</sub>-Abgabe gemäss CO<sub>2</sub>-Gesetz eindeutig Auslagerungen vorgenommen werden. Die Normen von Art. 67 EnG und Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz stellen somit eine genügende gesetzliche Grundlage für die Auslagerung an sich dar.

**4.3.3** Zu prüfen ist weiter, ob die gesetzliche Grundlage für die Auslagerung auch die Grundlage für die Vorgaben beinhaltet, die bei einer Auslagerung zur Gewährleistung der Aufgabenerfüllung aufgestellt werden. Zunächst ist hierzu die Art des Verwaltungshandelns zu bestimmen. Dies vor dem Hintergrund, dass einerseits die Anforderungen an Bestimmtheit und Stufe im

Allgemeinen bei der Leistungsverwaltung weniger streng sind als bei der Eingriffsverwaltung (BGE 138 I 378 E. 7.2 "Glarnersach"; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 381). Andererseits ist jedenfalls für die Bedarfsverwaltung ohne Aussenwirkung grundsätzlich keine spezifische gesetzliche Grundlage erforderlich. Diese ergibt sich aus den Normen, welche die primären Verwaltungsaufgaben regeln, deren Erfüllung die Bedarfsverwaltung dient (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 388; PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 19 Rz. 28 f.). Beschaffungen der Verwaltung werden der Bedarfsverwaltung zugerechnet (BVGE 2009/17 E. 6.2.2 "Hörgeräte"). Eine Auslagerung ist eine Bedarfsdeckung der Verwaltung, welche Aussenwirkung zeitigt (vgl. zum Begriff der Aussenwirkung das Gutachten des Bundesamtes für Justiz betreffend das Legalitätsprinzip in Bezug auf die Schaffung einer Kinderkrippe, in: VPB 60 [1996] 1, Punkt 4). Die Leistungserbringerin übernimmt im Rahmen der Beschaffung durch Auslagerung der öffentlichen Aufgabe teilweise die Rolle des Staates. Auch bei der vorliegend strittigen Beschaffung mittels Auslagerung handelt die Anbieterin anstelle des Staates, soweit sie Zielvereinbarungen abwickelt. Aus der Sicht der beratenen Unternehmen liegt ein in ein Anreizsystem eingebettetes Angebot im Sinne von Leistungsverwaltung vor. Aus der Sicht der Anbieterinnen im vorliegenden Beschaffungsverfahren ist die Beschaffung als Akt der Bedarfsdeckung zu qualifizieren (vgl. dazu etwa TOBIAS JAAG, Bedarfsverwaltung, in: Rolf Sethe et alii [Hrsg.], Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 543 ff., insb. S. 546 f. mit Hinweis unter anderem auf BVGE 2009/17 "Hörgeräte"). Zusammenfassend ergibt sich aus der Qualifikation als Bedarfsverwaltung keine andere und jedenfalls keine weitergehende Vorgabe als durch die Qualifikation als Auslagerung. Dies führt namentlich dazu, dass die Befugnis zu (sachgerechten) Auflagen der formell-gesetzlichen Grundlage für die Auslagerung inhärent ist. In Art. 67 Abs. 3 EnG werden für den Fall des Beizugs von Dritten die Mindestinhalte des Leistungsauftrags festgelegt. In Art. 68 EnG wird ergänzend statuiert, dass alle Personen, die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraut sind, dem Amtsgeheimnis unterliegen. Die gesetzliche Grundlage der Bedarfsverwaltung in Form der Auslagerung gemäss Art. 67 EnG und Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz (und Art. 130 Abs. 6 CO<sub>2</sub>-Verordnung) deckt damit auch die mit der Auslagerung verbundenen Auflagen ab. Diese Deckung geht allerdings nur soweit, wie die zur Bewerkstellung der Auslagerung gewählte Lösung und Auflagen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind (Art. 5 Abs. 2 BV), um das verfolgte Ziel

bzw. das die Auslagerung rechtfertigende öffentliche Interesse zu verwirklichen (STÖCKLI/MARXER, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, Bern 2020, Art. 67 N 5).

**4.3.4** Die Beschwerdeführerin rügt sodann, der Auslagerung fehle die genügende gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff (Beschwerde, Rz. 114, Rz. 120). Soweit sich die Beschwerdeführerin selbst als Grundrechtsträgerin sieht, ist ihr dahingehend zuzustimmen, dass dies in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV jedenfalls soweit zutreffen kann, als Auflagen in Frage stehen, die darauf abzielen, sich über ihre Rolle als Anbieterin im vorliegenden Beschaffungsverfahren hinaus einschränkend auf ihre wirtschaftliche Betätigung auszuwirken. Andererseits hat sie nicht einen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Anspruch darauf, staatliche Aufträge zu erhalten (Urteil des BGer 2D\_29/2012 vom 21. November 2012 E. 5 "Wasserrfassung Kraftwerk") bzw. auf einen Zuschlag bzw. eine Ausschreibung des Auftrags, die mit möglichst wenig Vorgaben der Auftraggeberseite in Bezug auf die Ausführung des in Frage stehenden Auftrags selbst verbunden ist. Immerhin wird die Möglichkeit garantiert, an öffentlichen Submissionen nach sachgerechten und wettbewerbsneutral ausgestalteten Zulassungsbedingungen teilnehmen zu können (Urteil des BGer 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 "Betriebshaftpflichtversicherung"). Dies gilt als Ausfluss des in der Wirtschaftsfreiheit mitenthaltene[n] Anspruchs auf Gleichbehandlung der Konkurrenten (Urteile des BGer 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.3 "Flughafenpiste 28").

**4.3.5** Die Beschwerdeführerin beruft sich in Bezug auf sämtliche angefochtenen Eignungskriterien bzw. Auflagen auf das energierechtliche Kooperationsprinzip als spezialgesetzliche Rahmenbedingung für die in Frage stehende Auslagerung (insb. Replik, Rz. 49 ff.). Dies schliesse die Anwendung des Subordinationsprinzips aus. Gleichwohl wolle die Vergabestelle die privaten Leistungserbringerinnen wie subordinierte Verwaltungseinheiten behandeln (Stellungnahme vom 2. Oktober 2020, Rz. 7). Tatsächlich koordinieren nach dem Energiegesetz Bund und Kantone ihre Energiepolitik und berücksichtigen die Anstrengungen der Wirtschaft und der Gemeinden (Art. 4 Abs. 1 EnG). Das Verhältnis zu Wirtschaftsakteuren, soweit diese mit dem Vollzug des Gesetzes betraut werden, ist dagegen im Speziellen in Art. 4 Abs. 2 EnG geregelt. Nach dieser Bestimmung arbeiten der Bund, und im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Kantone und Gemeinden, "für den Vollzug dieses Gesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusam-

men". Mit der Regelung der Zusammenarbeit im Vollzug soll privates Fachwissen mobilisiert und die Akzeptanz der getroffenen Regelungen erhöht werden. Die Regelung nach Art. 4 Abs. 2 EnG wird wiederum in Art. 67 EnG konkretisiert, wonach Dritte zum Vollzug des EnG beigezogen werden können (SIMONE WALTHER, in: Kommentar zum Energierecht, a.a.O., Art. 4 EnG N 10 f.). Selbst wenn Dritte nach Massgabe der Kooperation nach Art. 4 Abs. 2 EnG zum Vollzug beigezogen werden, ist die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zu gewährleisten. Dabei besteht gestützt auf Art. 4 EnG kein Anspruch auf einen Auftrag, denn der Begriff der Zusammenarbeit ist für sich zu vage und erhält erst im Lichte der folgenden Bestimmungen seine spezifische Bedeutung (WALTHER, in: Kommentar zum Energierecht, a.a.O., Art. 4 N 4; BERNHARD EHRENZELLER/KONRAD SAHLFELD, in: St. Galler Kommentar Bundesverfassung, a.a.O., Art. 61a N 17). Gleichermassen besteht auch kein aus dem Energiegesetz ableitbarer Anspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung der Auslagerung. Vielmehr hat der Bund sowohl die Interessen der beratenen Unternehmen als auch die aufgrund der Energiegesetzgebung zu verfolgenden öffentlichen Interessen gegenüber den Anbieterinnen des vorliegenden Beschaffungsverfahrens zu wahren. Er soll zwar nach Art. 4 Abs. 2 EnG mit den Organisationen der Wirtschaft zusammenarbeiten. Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinausgehend geltend macht, dass der Wirtschaft eine mitgestaltende, tragende Rolle zukommen soll, verwechselt sie das Verhältnis der öffentlichen Hand mit den Unternehmen, die im Rahmen ihrer Bemühungen um haushälterischen Umgang mit Energie die Beratungsleistungen beziehen, mit dem Gesetzesvollzug (bzw. dem Organisieren und Erbringen der Beratungsleistungen). Das lässt sich exemplarisch an den von der Beschwerdeführerin zitierten Materialien zeigen. Die Beschwerdeführerin beruft sich insbesondere auf das Amtliche Bulletin der Beratung im Ständerat (Beratung vom 21. September 2015, Votum Bischofberger; AB 2015 S 935). Ständerat Ivo Bischofberger erklärte namens der vorberatenden Kommission, dass sich das Subsidiaritätsprinzip – meint: entgegen der in der Botschaft vertretenen Ansicht des Bundesrates – bewährt habe und dadurch ein Bestandteil des wirtschaftlichen Erfolgsmodells Schweiz sei. Ausserdem sei auch in Artikel 6 der Einbezug der Wirtschaft – Stichwort: Grundsatz zur Prüfung freiwilliger Massnahmen – in den Entwurf aufgenommen worden. Dieses Votum hat folgerichtig nicht Art. 4 Abs. 2 EnG, sondern Art. 4 Abs. 3 EnG und damit das Verhältnis des Bundes (unter anderem) zu den beratenen Unternehmen zum Gegenstand. Weder Art. 4 Abs. 2 EnG noch Art. 4 Abs. 3 EnG sind so zu verstehen, dass der Bund in besonderer Weise auf die Akzeptanz durch die Wirtschaftsorganisationen, die mit dem Vollzug

betrachtet sind, zu achten hat. Vielmehr soll durch den Beizug der Wirtschaftsorganisationen dank deren Wirtschaftsnähe die Akzeptanz durch die beratenden Unternehmen erhöht werden. Folgerichtig sieht die Gesetzgebung (Art. 67 Abs. 1 Bst. b und d EnG sowie Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz) auch keine Verpflichtung zur Auslagerung vor, sondern stellt eine solche in das Ermessen der Vergabestelle, worauf diese zurecht hinweist (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 10). Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet.

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerin rügt, mit den Eignungskriterien EK08, EK15, EK16, EK17, EK18, EK22, EK23 und EK25 stelle die Vergabestelle keine Eignungskriterien, sondern sachfremde und unverhältnismässig weitgehende Auflagen auf (Replik im Hauptverfahren vom 11. März 2020, Rz. 79; Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 67 ff.). Sie rügt sodann qualifizierte Ermessensfehler bei der Festlegung der aufgezählten und als Auflagen bezeichneten Eignungskriterien (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 133 ff., Rz. 135).

**5.2** Die Vergabestelle entgegnet, es könne offenbleiben, ob Eignungskriterien tatsächlich Auflagen darstellten, weil es ohnehin im Ermessen der Vergabestelle liege, solche in die Ausschreibung aufzunehmen, sofern die Grundsätze des Beschaffungsrechts respektiert würden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 29 f.). Zur Ausgestaltung der Ausschreibung hält sie fest, es stehe der Vergabestelle nach konstanter Rechtsprechung grundsätzlich frei, zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie stellt. Als gewichtiges Instrument in der Schweizerischen Energie- und Klimapolitik sei es für die Erreichung der entsprechenden Energie- und Klimaziele unabdingbar, dass Zielvereinbarungen eine hohe Qualität aufweisen. Zielvereinbarungen müssten auf das jeweilige Unternehmen zugeschnittene Massnahmen enthalten und für Unternehmen tragbar sein. Bei der hohen Anzahl abzuschliessender Zielvereinbarungen sei zudem die Gleichbehandlung der Unternehmen zu gewährleisten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 12 ff., Rz. 15).

### 5.3

**5.3.1** Vorab ist auf die Ermessensausübung bei Auslagerungen, namentlich bei der Aufstellung von spezifischen Vorgaben, einzugehen (zur konkreten Prüfung der einzelnen Eignungskriterien vgl. E. 6 hiernach). Ausgangspunkt der Klärung dieses Ermessens bildet die Eignungsprüfung. Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags mit Eignungskriterien zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 aBöB). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 aBöB). Fehlende Eignung beziehungsweise das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a aBöB). Nach Art. 9 Abs. 2 aVöB trägt die Auftraggeberin bei der Bezeichnung der für die Eignung notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (Zwischenentscheid des BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020 E. 6.1 und E. 6.2; Urteil des BVGer B-4860/2010 vom 13. Juli 2011 E. 3 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 237 Rz. 555 mit Hinweisen). Zum Beispiel ist im vorliegenden Vergabeverfahren betreffend das Los 1 offensichtlich nicht zu beanstanden, dass die Anbieterinnen gemäss EK11 "Qualitätsmanagementsystem" nachweisen müssen, dass sie zur Gewährleistung der Qualität über ein Qualitätsmanagementsystem verfügen, denn zwischen der Gewährleistung qualitativ hochstehender Auftragsbefriedigung und einem bei der Anbieterin vorhandenen Qualitätsmanagementsystem besteht durchaus ein Zusammenhang.

**5.3.2** Die beanstandeten Eignungskriterien EK08, EK15, EK16, EK17, EK18, EK22, EK23 und EK25 unterscheiden sich von den soeben beschriebenen Eignungskriterien (vgl. E. 5.3.1) insofern, als sie nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin über die Anforderungen hinausgehen, die üblicherweise im Rahmen der Eignungsprüfung aufgestellt werden. Es handelt sich vielmehr um im Hinblick auf die Übernahme der öffentlichen Aufgabe gestellte Anforderungen, die die Beschwerdeführerin als Auflagen bezeichnet. Eine derartige Anforderung enthält aber auch etwa das seitens der Beschwerdeführerin nicht beanstandete EK19 "Kommunikationssystem". Nach diesem soll sich die Anbieterin verpflichten,

sämtliche Kommunikationsmassnahmen, wie z.B. den Internetauftritt, Prospekte und Flyers, Mailings, Präsentationen, Geschäftsberichte und Kennzahlen, die einen Bezug zum vorliegenden Auftrag haben, mit der Auftraggeberin abzustimmen und abzusprechen. Die Auftraggeberin verlangt in diesem Zusammenhang, dass nur durch sie freigegebene Kommunikationsmassnahmen durchgeführt werden dürfen.

Auch in Bezug die Aufstellung von solchen sich aus der Auslagerung ergebenden Anforderungen muss der Auftraggeberin ein Ermessensspielraum zukommen. Die Auslagerung einer öffentlichen Aufgabe an Private erfordert namentlich, dass die Erfüllung der Aufgabe trotz der Übertragung gewährleistet ist. Dem trägt die Vergabestelle Rechnung, indem sie entsprechende Anforderungen definiert. Mit einer Auslagerung ist naturgemäss eine über normale Aufträge hinausgehende Beschränkung des unternehmerischen Spielraums der mit der Aufgabe betrauten Privaten verbunden. Die Vergabestelle verfügt demnach bei einer Auslagerung über ein gewisses Ermessen beim Entscheid, ob und welche Auflagen sie vorsieht, um die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sicherzustellen. Das führt entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin dazu, dass die Anbieterinnen, welche sich um einen öffentlichen Auftrag im Rahmen einer Auslagerung bemühen, sich im Vergleich zu gewöhnlichen Vergaben eine spürbarere Einschränkung ihres unternehmerischen Spielraums gefallen lassen müssen. Aufgrund der Bindung der Vergabestelle an die Verfassung besteht indes der Vorbehalt, dass gemäss Art. 8 BV das Rechtsgleichheitsgebot gewahrt bleibt und die Anforderungen gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind (GIOVANNI BIAGGINI, in: St. Galler Kommentar BV, a.a.O., Art. 178 N 34; siehe zum Vergleich das Prüfraster bei einer Baukonzession im Luftfahrtrecht, BGE 126 II 522, 569; vgl. auch E. 4.3.1 hiervor). Ausserdem müssen Auflagen die Grundsätze des Vergaberechts wahren (vgl. mutatis mutandis den Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern, V 05 177, vom 23. September 2005, publiziert in: LGVE 2005 II Nr. 5, E. 4. b) aa)).

**5.3.3** Im Rahmen einer Beschwerde kann die Verletzung des Bundesrechts einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 26 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 49 VwVG). Unangemessenheit kann im Vergaberecht grundsätzlich und damit auch im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung gemäss Art. 31 aBöB i.V.m. Art. 29 Bst. b aBöB allerdings nicht gerügt werden (Urteil des BVGer

B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 2.4 i.V.m. E. 7.3 "Produkte zur Aussenreinigung II"; FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 193 i.V.m. Rz. 207). Die Überprüfung der Ausübung des Ermessens im Rahmen der Definition von mit der Auslagerung verbundener Vorgaben im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht folgt dementsprechend derjenigen bei der Überprüfung von Eignungskriterien. Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat. Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 aBöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Zwischenentscheid des BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020 E. 6.3 "Kameras Nordtangente BS"; Urteil des BVGer B-4904/2013 vom 14. März 2014 E. 4.4 "Monte Ceneri"; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.1.3 und 3.2.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 1. Auflage, Zürich 2011, Rz. 5 zu Art. 9 aBöB). Dementsprechend kann auch die Rüge, eine im Rahmen einer Auslagerung definierte besondere Anforderung an Anbietende sei nicht angemessen, nicht gehört werden (Art. 31 aBöB).

## 6.

**6.1** Im Folgenden gilt es, die einzelnen Eignungskriterien bzw. auslagerungsspezifischen Anforderungen, so wie sie in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen sind, zu prüfen.

**6.1.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet vorab die Laufzeit des Grundauftrags und der Optionen gemäss Ziff. 2.9 der Ausschreibung. Die Ziff. 2.9 (Auszug) der Ausschreibung lautet wie folgt (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020):

"[...] Beschreibung der Optionen: Laufzeit nach Ziff. 2.8 aufgeteilt in Grundauftrag 01.10.2020 – 31.12.2020 und Option 01.01.2021 – 31.12.2026. Option 1: Betrieb Beraterpool / Option 2: Verlängerung Betrieb Beraterpool um zwei Jahre [...]"

Aus dem Pflichtenheft (S. 16) ergibt sich, dass im Rahmen der Option 1 vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2024 Leistungen bezogen werden sollen. In diesem Zusammenhang bemängelt die Beschwerdeführerin auch die Kündigungsfrist insbesondere in Bezug auf die bereits nach dem

bisher zur Anwendung kommenden Beratungssystem geschlossenen Verträge der Unternehmen mit den Beraterpools. Im Pflichtenheft wird diesbezüglich auf S. 8 das Folgende vorgegeben (Pflichtenheft, S. 8, Auszug):

"[...] Den (meint: zu beratenden) 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. [...]"

## **6.1.2**

**6.1.2.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit den Vorgaben zur Laufzeit des Grundauftrags und der Optionen werde in gegen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) verstossender Weise in bestehende Zielvereinbarungen der Beschwerdeführerin als bisherige Dienstleisterin eingegriffen, weil sie aufgrund der Neuregelung des Zielvereinbarungssystems am 1. Januar 2021 ihre bisherigen Verträge künden müsse (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 126 ff.). Die Beschwerdeführerin rügt zugleich, die in der Ausschreibung vorgesehene Laufzeit der Option beeinträchtige die mit dem Abschluss von Zielvereinbarungen anzustrebende maximale Umweltwirkung (Art. 46 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. b EnG). So sei für die neuen Verträge zwischen einem Beraterpool und dem beratenen Unternehmen der Vertragsbeginn auf den 1. Januar 2021 angesetzt. Um diese Vorgabe einzuhalten, müssten laufende Verträge, die grösstenteils noch bis mindestens ins Jahr 2023 gültig seien, gekündigt werden. Der mit dieser Umstellung verbundene Aufwand fliesse in die Administration statt in die Umweltwirkung. Schliesslich sei das Vertragsende für die neuen Verträge auf den 31. Dezember 2024 und mit Verlängerung auf den 31. Dezember 2026 festgelegt worden. Dann gehe für Unternehmen der ganze Prozess wieder von vorne los. Die damit einhergehende Planungsunsicherheit und Ungewissheit über zukünftige Rahmenbedingungen wirke investitionshemmend und beinhalte damit negative Anreize auf die anzustrebende Umweltwirkung (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 66).

**6.1.2.2** Zugleich rügt die Beschwerdeführerin, mit den vorgeschriebenen Möglichkeiten der Unternehmen, den Energieberater innert angemessener Frist wechseln zu können, werde in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) der Beschwerdeführerin als bisherige Anbieterin eingegriffen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 126 ff.).

### 6.1.3

**6.1.3.1** Die Vergabestelle führt zum gerügten Eingriff in die Eigentums-garantie, der daraus resultiere, dass mit der Neuausschreibung in beste-hende Rechtsverhältnisse der Beschwerdeführerin als bisheriger Lei-stungserbringerin eingegriffen werde, aus, dass die Beschwerdeführerin vom Bund bis Ende Jahr 2022 mit Arbeiten im Zusammenhang mit Zielver-einbarungen beauftragt worden sei und es nicht ersichtlich sei, inwiefern die Neuausschreibung in die Eigentums-garantie der bisherigen Auftragnehmerin eingreife (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 31). Im Zusammenhang mit dem gerügten Eingriff in die Umweltwirkung aufgrund der Laufzeiten des Grundauftrags und der Optionen bringt sie vor, gemäss Art. 21 aBöB erhalte das wirtschaftlich günstigste Angebot den Auftrag und gemäss Art. 1 aBöB müssten die Gleichbehandlung sowie wirksamer Wettbewerb gewährleistet werden, weshalb öffentliche Aufträge, die über längere Zeit erbracht würden, in regel-mässigen Abständen auf den Markt gebracht werden müssten. Die Dauer von vier bzw. sechs Jahren entspreche zudem den Vorgaben gemäss Art. 15a aVöB "Vertragsdauer bei wiederkehrenden Leistungen". So-lange es sich bei Mehrkosten nicht um unverhältnismässige oder substan-zielle Mehrkosten handle (Art. 36 Abs. 2 Bst. d aVöB), seien diese hinzu-nehmen. Ein allfälliger Anbieterwechsel hätte mit der vorliegend strittigen Ausschreibung keine übermässigen Kosten zur Folge. Die von der Be-schwerdeführerin vorgebrachten Mehrkosten seien denn auch im Wesent-lichen durch von der Vergabestelle vorgenommene grundsätzlichen Um-strukturierungen im Zielvereinbarungssystem (z.B. IT-Lösung) und nicht durch einen allfälligen Anbieterwechsel begründet (Duplik im Hauptverfah-ren vom 23. September 2020, Rz. 7).

Die Vergabestelle vertritt schliesslich die Auffassung, die mit der Zielver-einbarung einhergehenden finanziellen Anreize und nicht die Modalitäten, wie eine solche erarbeitet werde, seien für den Abschluss der Vereinba-rung ausschlaggebend. Der Grossteil der Zielvereinbarungen werde nach Stand heute im Hinblick auf die Rückerstattung des Netzzuschlags und/oder der CO<sub>2</sub>-Abgabe oder aber für die Erfüllung des Grossverbraucherar-tikels der Kantone abgeschlossen. Das Vorbringen der Beschwerdeführe-rin betreffend eine angebliche Verminderung der Umweltwirkung sei dem-gegenüber eine reine Mutmassung (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 22).

**6.1.3.2** Zu den gerügten Eingriffen in die Eigentumsгарantie durch die vorgegebene Laufzeit des Grundauftrags und der Optionen sowie durch die vorgesehene Möglichkeit, den Beraterpool innert angemessener Frist wechseln zu können, legt die Vergabestelle dar, es liege kein Grundrechtseingriff vor. Es werde auch die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit nicht eingeschränkt, denn es handle sich um einen staatlichen Auftrag (Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Begehren vom 16. Juni 2020, Rz. 31).

#### **6.1.4**

**6.1.4.1** Mit der vorliegend strittigen Ausschreibung zu Los 1 wird eine öffentliche Aufgabe mit der Anforderung eines Wettbewerbssystems an Private ausgelagert, indem drei Zuschläge für parallel funktionierende Beraterpools vergeben werden (zur Zulässigkeit des Wettbewerbsmodells vgl. E. 6.4.4.2 hiernach). Der entsprechende Passus im Pflichtenheft (S. 8) lautet wie folgt:

"[...] Die Bedarfsstelle beschafft [...] drei Beraterpools. [...] 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. [...]"

Die Wettbewerbszielsetzung gemäss diesem System kann nur erreicht werden, wenn die beratenen Unternehmen den Berater und den Beraterpool wechseln können. Dies bedeutet wiederum für die bisherigen Verträge zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Leistungserbringerin, dass diese gekündigt werden können müssen und die Vertragsdauer nach neuem System begrenzt wird. Dabei unterliegt die Vertragsdauer bei einer Auslagerung insoweit denselben beschaffungsrechtlichen Bedingungen wie gewöhnliche öffentliche Aufträge (Art. 15a aVöB). Zwar kann auch hier eine längere Vertragsdauer vereinbart werden, aber darauf hat die Anbieterin jedenfalls ohne ganz triftige Gründe keinen Rechtsanspruch (Art. 15a Abs. 2 aVöB).

Auf das vorliegend seitens der Auftraggeberin gewählte System sind also einerseits die Regeln des Beschaffungsrechts in Bezug auf die Laufzeit von Verträgen zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Anbieterin anwendbar. Andererseits ergibt sich aus dem gewählten Wettbewerbsmodell, dass die Laufzeit auch im Verhältnis zwischen Beraterpool und Beratern sowie zwischen Beratern und beratenen Unternehmen begrenzt sein müs-

sen, wenn der Wettbewerb effektiv spielen soll. Das setzt wiederum voraus, dass die entsprechenden Verträge gekündigt werden können. Die damit einhergehende Beschränkung der Vertragsautonomie liegt damit jedenfalls im öffentlichen Interesse. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass es im Ermessen der Auftraggeberin liegt, die Auslagerung zu bewerkstelligen, indem eine Wettbewerbssituation zwischen drei Beraterpools geschaffen wird (vgl. E. 6.5.4 hiernach). Das als solches zulässige Konzept der Vergabestelle beinhaltet zwingend auch eine vernünftige Kündbarkeit der Beraterverträge im Interesse der beratenen Unternehmen. Deren Interessen stehen für die Vergabestelle richtigerweise im Vordergrund.

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus die Umweltwirkung rügt, ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle bereits in der Ausschreibung selbst durch die Definition der Eignungs- und Zuschlagskriterien angekündigt hat, dass die optimale Umweltwirkung nicht belohnt werden soll (vgl. auch Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.2.2). Dies liegt im Ermessen der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin kann eine ihren Begehren entsprechende Formulierung des in Frage stehenden Eignungskriteriums (oder ein entsprechendes Zuschlagskriterium) auch nicht gestützt auf Art. 1 i.V.m. Art. 46 EnG erstreiten.

**6.1.4.2** Die Themenkreise wohlerworbene Rechte und Investitionsschutz lassen sich sowohl mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Vertrauensschutz (Art. 9 BV) als auch die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV beleuchten (BGE 139 II 28 E. 2.7.2 in fine). Besonders illustrativ erscheint diesbezüglich die Frage, ob sich aus dem Vertrauensschutz gewisse Vorgaben in Bezug auf die Ausgestaltung von übergangsrechtlichen Regeln ergeben (BGE 139 II 263 E. 5 f.). Die Beschwerdeführerin rügt den Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse. Diesbezüglich ist zunächst zu vermerken, dass die Auftraggeberseite in Bezug auf die Festlegung der Vertragsdauer nach dem Konzept sowohl von Art. 15a aVöB als auch nach demjenigen von Art. 15 BöB über einen Ermessensspielraum verfügt; nach den Materialien soll dieser Bereich sogar "nicht justiziabel" sein (THOMAS M. FISCHER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar BöB, Zürich 2020, Rz. 17 zu Art. 15 BöB). Aber auch soweit in vorbestehende Vertragsverhältnisse eingegriffen wird, muss sich die Anbieterin aufgrund des vorliegend gewählten Wettbewerbskonzepts Eingriffe in die Vertragsautonomie gefallen lassen. Dies gilt umso eher, als die Auftraggeberseite keinen bestimmten Zeitpunkt für die Kündigung vorgibt, sondern eine solche innert angemessener Frist erwartet, was es den Anbieterinnen und auch den Beratern erlaubt, dem Verhältnismässigkeitsgebot Rechnung tragende Lösungen zu

finden. In diesem bewusst eröffneten Spielraum kann nach dem Gesagten auch keine unzulässige Unklarheit erblickt werden. Dies, zumal es auch nicht das Ziel des Wettbewerbssystems ist, die Verträge flächendeckend in Frage zu stellen, sondern einzelfallweise die Möglichkeit zu schaffen, Verträge zu kündigen. Damit ist auch für den Fall, dass mit der zu beurteilenden Auflage in die Eigentumsgarantie eingegriffen wird, jedenfalls kein unverhältnismässiger Eingriff festzustellen. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

## **6.2**

**6.2.1** Die Beschwerdeführerin bemängelt das Eignungskriterium EK15 "Politische Einflussnahme". Die Ausschreibung sieht mit EK15 das Folgende vor (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020, Ziff. 3.8):

"EK15 Politische Einflussnahme

Der Anbieter vertritt die Interessen der Kantone und des Bundes und ist im Zusammenhang mit dem vorliegenden Auftrag mitverantwortlich für die korrekte und einheitliche Umsetzung der Vorgaben aus der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung. Er bestätigt im Rahmen des vorliegenden Auftrages seine Bereitschaft, die Leistungen als Vollzugsaufgabe auszuführen und im Gegenzug auf die direkte oder indirekte politische Einflussnahme auf die Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung zu verzichten, die einen Zusammenhang oder eine Interferenz mit dem vorliegenden Auftrag hat."

**6.2.2** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe mit EK15 "Politische Einflussnahme" eine Auflage ohne gesetzliche Grundlage aufgenommen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 68, Rz. 71). Die Vergabestelle habe ferner vergaberechtliche Vorgaben bei der Festlegung von Eignungskriterien verletzt, indem sie mit EK15 vorgegeben habe, dass sich Anbieter der politischen Meinungsäusserung enthalten und eine entsprechende schriftliche Erklärung unterzeichnen müssten, was weder auftrags- noch leistungsspezifisch sei. Die Vergabestelle habe damit ihr Ermessen in rechtsfehlerhafter Weise überschritten (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 76, Rz. 82). Überdies würde mit der Auflage gemäss EK15 in un gerechtfertigter Weise in die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) eingegriffen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 123).

**6.2.3** Die Vergabestelle entgegnet, die Eignungskriterien, und damit auch EK15 "Politische Einflussnahme", hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe und würden weder im Widerspruch zum zu vergebenden Auftrag stehen noch den Wettbewerb beschränken. Es liege überdies keine unzu-

lässige Ermessensüberschreitung vor (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 13 ff., Rz. 57). Sie habe EK15 "Politische Einflussnahme", EK16 "Interessenkonflikt" und EK22 "Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten" verfasst, um die Neutralität und Unabhängigkeit der zum Vollzug der CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung beigezogenen Dritten vollumfänglich zu gewährleisten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 17). Mit der Ausschreibung und den Unterlagen werde überdies nicht in Grundrechte eingegriffen. So werde die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit nicht beschränkt, denn es handle sich um einen staatlichen Auftrag (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 31). Selbst wenn von einem Eingriff ausgegangen würde, sei dieser gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt: Der Eingriff sei gesetzlich vorgesehen (Art. 39 ff. EnG; Art. 31 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz; aBöB), durch ein überwiegendes öffentliches Interesse legitimiert und verhältnismässig. Mit EK15 würde namentlich der Verzicht auf politische Einflussnahme nur im Zusammenhang mit dem Auftrag verlangt (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 31 f.).

**6.2.4** Gemäss Art. 16 BV ist die Meinungs- und Informationsfreiheit gewährleistet (Art. 16 Abs. 1 BV). Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 2 BV) sowie Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 3 BV). Die Meinungsfreiheit umfasst demnach das Recht auf freie Bildung und Äusserung der eigenen Meinung. Die Garantie der freien Meinungsäusserung verleiht dem Einzelnen das Recht, der Öffentlichkeit und Privaten Meinungen und Informationen mitzuteilen, ohne von Behörden behindert zu werden (ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, in: St. Galler Kommentar BV, a.a.O., Art. 16 N 12). Schutz bietet die Meinungsfreiheit auch vor präventiv wirkenden Eingriffen in das Grundrecht der Meinungsfreiheit (BGE 138 I 274 E. 2.2.1 und E. 3.2). Überdies ist der Staat verpflichtet, Massnahmen zur Verwirklichung der Freiheit vorzusehen, sofern der Austausch der Meinung durch gesellschaftliche oder wirtschaftliche Verhältnisse beschränkt wird oder sich die Grundrechtsträger (wie Gefängnisinsassen) in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat befinden (MAYA HERTIG, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 16 N 16). Andererseits haben Amtsträger und Staatsangestellte aufgrund ihrer besonderen Stellung bzw. Treuepflicht bestimmte (verhältnismässige) Einschränkungen hinzunehmen, die sich un-

ter Umständen auch auf das ausserdienstliche Verhalten erstrecken können (BGE 136 I 332 E. 3.2.1; GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, Art. 16 N 5).

**6.2.5** Die Beschwerdeführerin ist eine Organisation der Wirtschaft, deren Zweck darin liegt, mit dem Bund wirtschaftsnahe Aufgaben im Energiebereich zu vereinbaren und durchzuführen (E. 3.4). Wenn ein Wirtschaftsverband oder eine Lobbyorganisation kommerziell politische Einflussnahme betreibt, ist die in Frage stehende Organisation für den Fall, dass ihr die politische Beeinflussung untersagt wird, nicht nur in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV), sondern auch in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) betroffen (vgl. E. 4.3.4 hiervor). Die Vergabestelle geht diesbezüglich fehl in der Annahme, dass die Eingriffsqualität mit der Begründung zu verneinen ist, die Anbieterin könne im Rahmen einer Auslagerung nicht in ihren Grundrechten betroffen sein. Die Beschwerdeführerin stört sich gerade daran, dass sie durch das EK15 in Bezug auf ihre ganze wirtschaftliche Tätigkeit betroffen ist. Bei der Beurteilung der Einschränkung ist die Schrankendogmatik zur Meinungsäusserungsfreiheit massgebend, da diesbezüglich höhere Anforderungen gelten (KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar BV, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 16 BV). Zuzustimmen ist der Vergabestelle dahingehend, dass die Grundrechte im Rahmen der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand im Unterschied zur Eingriffsverwaltung nicht in ihrer klassischen Ausprägung als Abwehrrechte angesprochen sind. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen kann indessen offen bleiben, ob der strittigen Auflage Eingriffsqualität zukommt.

**6.2.6** Die Rüge, die Auflage gemäss EK15 "Politische Einflussnahme" sei nicht sachgerecht, bezieht sich auf den zweiten Satz des EK15, der wie folgt lautet (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020, Ziff. 3.8):

"[Der Anbieter] bestätigt im Rahmen des vorliegenden Auftrages seine Bereitschaft, die Leistungen als Vollzugsaufgabe auszuführen und im Gegenzug auf die direkte oder indirekte politische Einflussnahme auf die Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung zu verzichten, die einen Zusammenhang oder eine Interferenz mit dem vorliegenden Auftrag hat."

Unabhängig davon, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt, muss die Auflage, sich der politischen Einflussnahme zu enthalten, im öffentlichen Interesse liegen und im Hinblick auf das mit der Auslagerung verfolgte Ziel, die Abwicklung der Zielvereinbarungen an Private auszulagern, verhältnismässig sein (vgl. oben E. 5.3.2). Grundsätzlich kann im Rahmen einer Auslagerung in gewisser Weise vergleichbar mit der Situation von Staatspersonal ein öffentliches Interesse an "erhöhten Loyalitätsanforderungen" bestehen

(vgl. zur Begrifflichkeit KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar BV, a.a.O., Rz. 21 f. zu Art. 16 BV; vgl. zum Ganzen auch das in E. 5.3.2 hiervoor dargestellte EK19 "Kommunikationsmassnahmen"). Ob hierzu eine Zurückhaltungsobliegenheit genügt oder ob ein gänzlicher Verzicht auf Meinungsäusserung als Anforderung begründet werden kann, braucht mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen nicht vertieft zu werden. Die vorliegende Auslagerung ist nämlich von folgender Besonderheit geprägt: Mit der strittigen Ausschreibung von Los 1 soll die Aufgabe "Abwicklung von Zielvereinbarungen" nicht nur an eine, sondern an drei Anbieterinnen ausgelagert und unter diesen eine Wettbewerbssituation geschaffen werden (vgl. E. 6.1.4.1 hiervoor). Aus der Wahl eines Wettbewerbsmodells ergibt sich, dass die Vergabestelle der unternehmerischen Entfaltung der Anbieterinnen genügend Freiräume belassen will und muss, damit diese im Konkurrenzkampf untereinander bestehen können. Mit der Schaffung einer Wettbewerbssituation nimmt die Auftraggeberin in Kauf, dass sie nicht dieselben Auflagen vorsehen kann, wie wenn sie nur eine Anbieterin mit dem Vollzug betrauen würde. Namentlich die Anforderung, wonach die Anbieterinnen in ihrem Handlungsspielraum in Bezug auf die politische Meinungsäusserung beschränkt werden sollen, ist eine Auflage, die sich kombiniert mit dem vorgesehenen Wettbewerbsmodell in unverhältnismässiger Weise auswirkt. So würde die Auflage den unternehmerischen Handlungsspielraum der im Wettbewerb auftretenden Anbieterin übermässig beeinträchtigen, indem den Anbieterinnen grundsätzlich versagt wird, im fraglichen Bereich die politische Meinungsbildung zu beeinflussen. Je bedeutender diese gebundenen Akteure sind, desto grösser sind auch die mit einer solchen Vorgabe verbundenen systemischen Effekte. In der vorliegend zu beurteilenden Konstellation erweist sich die von der Beschwerdeführerin beanstandete Auflage – auch ohne Berücksichtigung der grundrechtsdogmatischen Aspekte – damit bereits mit Blick auf die allgemeinen Regeln des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. E. 5.3.2 hiervoor) als unverhältnismässig. Soweit die Vergabestelle die Auflage als ohne Weiteres zumutbar bezeichnet, indem nur der Verzicht auf eine politische Einflussnahme mit Interferenz zum vorliegenden Auftrag verlangt werde (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 32), trägt sie auch der Bedeutung des in Frage stehenden Politikbereichs, den sie in anderem Zusammenhang richtigerweise hervorhebt, nicht hinreichend Rechnung.

## 6.3

**6.3.1** Von der Beschwerdeführerin beanstandet werden ferner die Eignungskriterien EK16 "Interessenkonflikt" und EK22 "Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten". Die Ausschreibung sieht mit den Eignungskriterien EK16 (Auszug) und EK22 das Folgende vor (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020, Ziff. 3.8):

### "EK16 Interessenkonflikt

Der Anbieter und seine bereits mandatierten sowie künftigen Energieberater akzeptieren und bestätigen, dass sie nach der Zuschlagserteilung keine Tätigkeiten ausüben dürfen, die zu einem Interessenkonflikt mit dem vorliegenden Auftrag führen oder ihre Unabhängigkeit bei der Durchführung der übertragenen Vollzugsaufgaben aufgrund der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung (siehe Anhänge 021-023) beeinträchtigen könnten. [...]"

### "EK22 Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten

Der Anbieter bestätigt seine Bereitschaft, Aufträge und Arbeiten, die nicht im Zusammenhang mit dem vorliegenden Auftrag anfallen, jedoch einen Zusammenhang mit der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung haben, im Tätigkeitsbericht aufzuführen und sofern zutreffend deren Interferenz mit dem vorliegenden Auftrag zu beschreiben."

## 6.3.2

**6.3.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorgabe gemäss EK16 "Interessenkonflikte" würde eine Auflage ohne gesetzliche Grundlage darstellen und vergaberechtliche Vorgaben bei der Aufstellung von Eignungskriterien verletzen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 67, Rz. 71, Rz. 72 f., Rz. 76). Zudem sei das Eignungskriterium sachfremd und unverhältnismässig. Problematisch sei namentlich das Verständnis der Vergabestelle von Interessenkonflikten, wonach keine früheren oder in Aussicht stehenden Aufträge zwischen dem Beraterpool und den betreuten Unternehmen oder Käufern und Verkäufern von Bescheinigungen bestehen dürften (Pflichtenheft, S. 12, Punkt 3). Dieses Verständnis führe dazu, dass besonders geeignete Beratungsunternehmen nicht als Energieberater tätig werden könnten (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 72, Rz. 77). Die Ausschreibung und ihre Unterlagen seien ferner in Bezug auf die "Unabhängigkeit bzw. weitere Tätigkeit der Berater" unklar (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 64).

**6.3.2.2** Die Beschwerdeführerin rügt zugleich, mit EK22 "Transparenz bei Aufträgen und Angeboten" habe die Vergabestelle eine Auflage aufgenom-

men, die sich auf keine gesetzliche Grundlage stütze und sachfremde sowie unverhältnismässige Auflagen enthalte (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 67, Rz. 71, Rz. 72 f.). Ferner verletze die Transparenzauflage vergaberechtliche Vorgaben bei der Aufstellung von Eignungskriterien, weil sie Geschäftsgeheimnisse betreffe und den Beraterpool im Hinblick auf die Entwicklung neuer klimarelevanter Dienstleistungen in unverhältnismässiger Weise einschränke (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 80). Mit der Transparenzauflage nach EK22 werde überdies ohne Rechtfertigung in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27, Art. 94 BV) eingegriffen, wobei Art. 67 Abs. 3 EnG keine Ermächtigung für unverhältnismässig weitgehende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der zum Vollzug beigezogenen privaten Dritten enthalte (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 115, Rz. 117). Die Auflage verletze schliesslich den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), weil mit ihr die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen gefordert werde, ohne dass sich dies gemäss Art. 36 BV rechtfertigen liesse (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 121).

**6.3.3** Die Vergabestelle führt aus, die aufgestellten Eignungskriterien seien nicht sachfremd. EK16 "Interessenkonflikt" und EK22 "Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten" seien aufgestellt worden, um die Neutralität und Unabhängigkeit der zum Vollzug beigezogenen Privaten zu wahren (vgl. oben E. 6.2.3). Soweit Unklarheiten bestanden hätten, hätten diese geklärt werden können. Unklarheiten seien je nach Komplexität des Beschaffungsgegenstands schwer zu vermeiden. Konkret seien bis zum 5. Mai 2020 103 Fragen für die komplexe und finanziell bedeutsame Ausschreibung zum Los 1 bei ihr eingegangen, womit die Anfragen nicht besonders zahlreich ausgefallen seien. Sie habe die im Frageforum gestellten Fragen beantwortet und am 12. Mai 2020 auf [simap.ch](http://simap.ch) publiziert. Es hätten sämtliche Unklarheiten gelöst werden können und sämtliche potentielle Anbieter hätten Zugriff auf Fragen und Antworten erhalten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 25 f.). Schliesslich liege bei der Ausschreibung des öffentlichen Auftrags kein Grundrechtseingriff vor. Sollte von einem Grundrechtseingriff ausgegangen werden, sei dieser verhältnismässig. So würde betreffend EK22 namentlich nur die Offenlegung von Aufträgen im Zusammenhang mit der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung verlangt werden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, S. 9 f. Rz. 31 f.).

### 6.3.4

**6.3.4.1** Für die Auslagerung samt den damit verbundenen Anforderungen besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin eine gesetzliche Grundlage (vgl. oben E. 4.3). Ausserdem verfügt die Vergabestelle über Ermessen, wenn sie im Hinblick auf die Auslagerung Auflagen aufstellt, mit denen sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gewährleistet (vgl. oben E. 5.3.2). Selbst im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung ohne Auslagerungscharakter kann es geboten sein, mit einer entsprechenden Vorgabe zur Vermeidung von Interessenkonflikten Anbieterinnen auszuschliessen, die bei der Auftragserfüllung sich entgegenstehende Interessen wahrnehmen könnten (Urteile des BVGer B-2421/2020 vom 24. August 2020 E. 4.1.4 "N13 – Nuovo collegamento Locarno – Bellinzona" und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.5 "Strombeschaffung für die Post"). So kann sie namentlich mit Blick auf mögliche unerwünschte Auswirkungen einer Vorbefassung ein Konzept durchsetzen, das empfindlich in die Sphäre der Anbieter eingreift (Urteil B-4602/2019 vom 4. März 2020 E. 5 "jonction du Grand-Saconnex"). Am Rande sei erwähnt, dass dies noch ausgeprägter für das neue Recht gilt, wonach die Auftraggeberin explizit gehalten ist, Massnahmen gegen Interessenkonflikte zu treffen (Art. 2 Bst. b i.V.m. Bst. d und Art. 11 Bst. b BöB 2019 und revidiertes GATT/WTO-Übereinkommen vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen [Government Procurement Agreement {GPA 2012, SR 0.632.231.422}]; Präambel und Art. IV Abs. 4; FETZ/STEINER, a.a.O., S. 582 Rz. 46a). Aber bereits nach bis Ende des letzten Jahres geltendem Recht ist in der Zielsetzung der Vermeidung von Interessenkonflikten jedenfalls kein vergabefremder Aspekt zu sehen (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.5 "Strombeschaffung für die Post"). Das gilt umso mehr für eigentliche Auslagerungen.

Aus der Formulierung des EK16 "Interessenkonflikt" ergibt sich, dass die in Frage stehenden Auflagen sowohl für die Anbieterinnen im vorliegenden Beschaffungsverfahren als auch für die von diesen mandatierten Energieberater gelten. Die Vergabestelle hat die Anforderung ausserdem erläutert, indem sie in der Ausschreibung mehrere Beispiele angebracht hat, worin Interessenkonflikte liegen, und solche Konflikte auch im Pflichtenheft konkretisiert hat. Sie hält im Pflichtenheft fest (S. 12 Punkt 3): "Interessenkonflikte können beispielsweise wirtschaftliche Verbundenheit zu den betreuten Unternehmen oder Käufern und Verkäufern von Bescheinigungen sein sowie frühere oder in Aussicht stehende Aufträge, Verwandtschaften, enge

Freundschaften, etc.". Diese Umschreibung entspricht einer standardmässigen Beschreibung möglicher Interessenkonflikte. Es ist durchaus denkbar, dass frühere oder zukünftige Aufträge zu einem Interessenkonflikt mit aktuellen Aufträgen führen. Zudem wird in der Ausschreibung mit EK16 im zweiten Abschnitt etwa spezifisch festgehalten, dass die Anbieterinnen und die Energieberater als nicht unabhängig angesehen werden würden, wenn sie in ihrer Unternehmung oder Organisation Mitarbeitende beschäftigen würden, die im Auftrag des Bundes Energieberater oder Auditoren zertifizieren (Los 4). Wie im Rahmen der Gesetzgebung betreffend Ausstandsgründe gemäss Art. 10 VwVG, die in Abs. 1 Bst. d im Sinne eines Auffangtatbestands "andere Gründe" mitumfassen (vgl. dazu etwa RETO FELLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 23 zu Art. 10 VwVG), kann von der Auftraggeberin nicht erwartet werden, dass sie abschliessend alle möglichen Interessenkonflikte beschreibt. Soweit die Beschwerdeführerin also die Unklarheit des Eignungskriteriums rügt, kann ihr nicht gefolgt werden. Soweit sich aus diesen Vorgaben de facto eine Spezialisierung bzw. Beschränkungen des Tätigkeitsbereichs der Anbieterinnen und Berater ergeben, sind diese in Übereinstimmung mit der Beurteilung der Vergabestelle zumutbar. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, dass der Anbieterkreis in diesem Bereich so eng ist, dass durch die zu beurteilenden Auflagen der Wettbewerb zu stark beschränkt wird.

Das Eignungskriterium EK16 liegt daher im Ermessen der Vergabestelle und ist mit Blick auf den rechtlichen Rahmen des Vergaberechts nicht zu beanstanden.

**6.3.4.2** In engem Zusammenhang mit EK16 "Interessenkonflikt" steht EK22 "Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten". So wird die Überprüfung von Interessenkonflikten überhaupt erst ermöglicht, wenn der Vergabestelle bekannt gegeben wird, welche Aufträge die Anbieterin wahrnimmt. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle mit der Transparenzaufgabe gemäss EK22 von der Anbieterin verlangt, ihre Bereitschaft zu bestätigen, sämtliche Aufträge im Tätigkeitsbericht aufzuführen, die einen Zusammenhang mit der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung aufweisen. Selbst wenn darin ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit oder die Privatsphäre zu sehen wäre, wäre dieser der Zielsetzung der Vermeidung von Interessenkonflikten inhärent und in der vorgesehenen Form ohne Weiteres zumutbar. Kommt hinzu, dass Aufträge, die nicht im Zusammenhang mit der Abwicklung von Zielvereinbarungen anfallen, jedoch einen Zusammenhang mit der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung haben, gemäss

EK21 "Jährlicher Tätigkeitsbericht" der Vergabestelle und nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden müssen. Damit erweist sich auch die Rüge betreffend das EK21 als unbegründet.

## 6.4

**6.4.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner die Eignungskriterien EK17 "Anwendung des angebotenen Stundensatzes bei Erarbeitung und Umsetzung von Zielvereinbarungen" und EK18 "Inkassomodell". Die Ausschreibung sieht mit EK17 und EK18 (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020) was folgt vor:

"EK17 Anwendung des angebotenen Stundensatzes bei Erarbeitung und Umsetzung von Zielvereinbarungen

Der Anbieter bestätigt, dass er nur der angebotene maximale Stundensatz zuzüglich Umlagekosten von Los 2 und Los 3 für die Erarbeitung und Überwachung der Zielvereinbarung und für die Monitoringberichte in der Offerte und in der Rechnung an die Unternehmen verwendet. Der angebotene maximale Stundensatz gilt über die gesamte Vertragslaufzeit und ist transparent gegen aussen offenzulegen."

"EK18 Inkassomodell

Der Anbieter bestätigt seine Bereitschaft ein geeignetes Inkassomodell gemäss Ziff. 3.3.2 des Pflichtenhefts im Rahmen der Aufbauarbeiten (Konzeptionierung) zu erarbeiten und vom Auftraggeber genehmigen zu lassen."

Diese Eignungskriterien werden im Pflichtenheft auf S. 15 f. in Ziff. 3.3.2 wie folgt genauer beschrieben (Auszug):

"[...] Die Kosten müssen den Unternehmen verursachergerecht nach Aufwand verrechnet werden. Für die jeweilige Offerte und Rechnungsstellung an die Unternehmen gelten die im Angebot angegebenen maximalen Stundensätze. [...] Da die Anbieter untereinander im Wettbewerb stehen und von vorneherein nicht bekannt ist, wie viele Beraterpools im Markt tätig sein werden, muss jeder Anbieter ein Angebot für die grösstmögliche Anzahl Zielvereinbarungen von 15'000 Stück einreichen. [...]."

## 6.4.2

**6.4.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe mit EK17 "Anwendung des angebotenen Stundensatzes bei Erarbeitung und Umsetzung von Zielvereinbarungen" und EK18 "Inkassomodell" Auflagen aufgenommen, die sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen und die sachfremd sowie unverhältnismässig seien (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 71 ff., Rz. 78 f.). Es würden ferner vergaberechtliche Vorgaben bei der

Aufstellung von Eignungskriterien verletzt, weil für den Betrieb und die Aufrechterhaltung des Betriebs ein durch den maximalen Stundensatz gedeckelter "Overhead" für Infrastruktur, Akquise etc. festgelegt werden müsse. Als Grundlage für die Festsetzung des maximalen Stundensatzes solle mit 15'000 Zielvereinbarungen gerechnet werden. Ein Beraterpool müsse aber, wenn tatsächlich wenig Beratungen abgeschlossen würden, unter Umständen Konkurs anmelden, weil die Kosten nicht mehr gedeckt werden könnten und Preisanpassungen nicht möglich seien (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 79).

**6.4.2.2** Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, der Stundensatz gemäss EK17 und das Inkassomodell gemäss EK18 würden dazu führen, dass Zielvereinbarungen nicht die gemäss Art. 46 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. b EnG anzustrebende maximale Umweltwirkung erreichen. Statt der aufwandbasierten Verrechnung solle ihrer Auffassung nach eine pauschale Jahresabrechnung eingeführt werden. Mit der pauschalen Jahresrechnung blieben aufwändige interne Abstimmungsprozesse erspart, Mehrwerte für die Energienutzung könnten einfach und hürdenfrei an die Hand genommen werden und Unterstützungsanstrengungen sich auf Unternehmen konzentrieren, die sie am meisten benötigten. Mit der Verrechnung nach Aufwand würden dagegen sehr hohe Initialkosten den Abschluss einer Zielvereinbarung unattraktiv machen und jede zusätzliche administrative Belastung zu Lasten der Projektdurchführung gehen, so dass weniger Projekte im Bereich der Energieeffizienz umgesetzt würden (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz 67 f.; Stellungnahme zur Duplik im Hauptverfahren vom 2. Oktober 2020, Rz. 8).

**6.4.2.3** Die Beschwerdeführerin rügt den Stundensatz und das Inkassomodell nach EK17 und EK18 schliesslich dahingehend, dass mit diesen in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV, Art. 94 BV) eingegriffen werde, ohne dass sich der Eingriff rechtfertigen liesse. Anbieterinnen werde ein detailliertes Umlage- und Inkassomodell vorgegeben (EK18) und sie müssten sich unterschriftlich verpflichten, Unternehmen für die Beratungsleistungen ihres Beraterpools zehn Jahre lang denselben und damit nicht teuerungsangepassten maximalen Stundensatz in Rechnung zu stellen (EK17). Somit werde eine Anbieterin in der freien Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen und der Organisationsfreiheit in unverhältnismässiger Weise beeinträchtigt. So könne sie unter anderem auf Veränderungen im Markt nicht mit Preisanpassungen reagieren. Der Eingriff lasse sich schliesslich nicht gemäss Art. 36 BV rechtfertigen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 115 ff.; Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 75).

### 6.4.3

**6.4.3.1** Die Vergabestelle entgegnet, sämtliche getroffene Eignungskriterien, und damit auch EK17 und EK18, hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe und würden weder im Widerspruch zu dem zu vergebenden Auftrag stehen noch den Wettbewerb einschränken (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 13 ff., Rz. 57). So werde maximal drei Zuschlagsempfängern ein Markt überlassen, auf dem während der Vertragsdauer von sechs Jahren Einnahmen in der Höhe von 300 Millionen Franken generiert werden könnten. Sie habe EK17 und EK18 eingeführt, weil Beraterpools mit der Ausschreibung ein Exklusivrecht erhielten, denn die Beratung suchenden Unternehmen müssten für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen auf die von der Vergabestelle beauftragten Beraterpools zurückgreifen. Es sei sicherzustellen, dass die Zuschlagsempfänger die ihnen überlassene Sonderstellung nicht zum Nachteil der an sie gebundenen Unternehmen ausnützten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 16; Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 1 ff.). Das bisherige Gebührenmodell, bei dem die Energieberatungsdienstleistungen anhand von vom jeweiligen Energieverbrauch der Unternehmen abhängigen Pauschalen abgerechnet würden, könne nicht beibehalten werden, denn der Energieverbrauch und die beanspruchten Energieberatungsdienstleistungen würden nicht zwingend korrelieren (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 20). Allfällige Unklarheiten hätten schliesslich im Frageforum geklärt werden können (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 25 f.).

**6.4.3.2** Zum gerügten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV, Art. 94 BV) führt sie aus, bei der Delegation einer öffentlichen Aufgabe könne kein Grundrechtseingriff vorliegen. Sollte dennoch von einem Eingriff ausgegangen werden, sei dieser gemäss Art. 36 BV zulässig. Zum Beispiel sei EK17 "Anwendung des angebotenen Stundensatzes bei Erarbeitung und Umsetzung von Zielvereinbarungen" zumutbar, weil Unternehmen nur der angebotene Stundensatz in Rechnung gestellt werde (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 32).

### 6.4.4

**6.4.4.1** Die Auslagerung und die Auflagen stützen sich auf eine gesetzliche Grundlage (vgl. oben E. 4.3). Die Vergabestelle verfügt über Ermessen beim Entscheid, ob sie die Abwicklung von Zielvereinbarungen auslagert

und wie sie die Abwicklung bei einer Auslagerung sicherstellt (vgl. oben E. 5.3.2). Sie hat sich für die Auslagerung mit einem Wettbewerbsmodell entschieden, bei dem drei Anbieterinnen miteinander um die Beratung, wie Zielvereinbarungen abzuwickeln sind, konkurrieren, wobei der bei der Beratung verrechnete Stundensatz an einen Höchstsatz gebunden ist. Der Höchstsatz ist von den Anbieterinnen einzugeben und basiert auf einer Schätzung der Vergabestelle, wie viele Stunden während der Laufzeit des erteilten öffentlichen Auftrags anfallen werden (für eine detaillierte Darstellung vgl. E. 6.1.4.1 hiervor und E. 7 hiernach).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, auch wenn das Wettbewerbsmodell gewählt werde, müsse statt des von der Vergabestelle vorgesehenen Modells mit Verrechnung aufwandbasierter Kosten ein Modell mit Verrechnung einer Pauschale gewählt werden. Es sei unattraktiv, wenn das beratene Unternehmen für jeden Effort nach Aufwand zusätzlich bezahlen müsse. Ausserdem habe das Modell mit einer Jahrespauschale Vorteile, zum Beispiel sei damit ein geringerer administrativer Aufwand für das Unternehmen verbunden. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin wäre es somit zweckmässig, eine Verrechnung mit einer Jahrespauschale einzuführen. Mit diesem Einwand ist sie indessen mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle nicht zu hören (Art. 31 aBöB). Die von der Vergabestelle gewählte Lösung, wonach gemäss dem effektiven Aufwand abgerechnet wird, lässt sich ohne Weiteres begründen. Die Beschwerdeführerin hat keinen Rechtsanspruch darauf, dass das Verrechnungsmodell gewählt wird, das den geringsten Transaktionsaufwand mit sich bringt. Soweit sich ein Risiko dadurch ergibt, dass die Zahl der tatsächlich durchgeführten Energieberatungen nicht den der vergabestellenseitig zugrunde gelegten 15'000 Beratungen entspricht, werden dies die Anbietenden bei ihrer Kalkulation beim Stundenansatz berücksichtigen, womit die Verhältnismässigkeit gewahrt wird. Durch die 15'000 Beratungen als kalkulatorischer Ausgangspunkt wird der Offertvergleich vereinfacht. Der Umstand, dass diese Zahl relativ hoch angesetzt ist, mag zwar kritisiert werden, führt aber nicht dazu, dass die Ausschreibung geradezu rechtswidrig ist. Soweit die Beschwerdeführerin die ungenügende Umweltwirkung rügt, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden, denn weder die Eignungs- noch die Zuschlagskriterien sind direkt darauf ausgerichtet, ein mehr an Umweltwirkung zu belohnen (vgl. Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). Mit dem gewählten Vorgehen sprengt die Vergabestelle den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht.

Die Beschwerdeführerin kann eine ihren Begehren entsprechende Formulierung des in Frage stehenden Eignungskriteriums auch nicht gestützt auf Art. 1 i.V.m. Art. 46 EnG erstreiten (vgl. 6.1.4.1 hiervor).

**6.4.4.2** Zur Rüge, das Wettbewerbsmodell in Verbindung mit der geforderten Einhaltung eines maximalen Stundensatzes und aufwandbasierter Verrechnung greife in die Wirtschaftsfreiheit ein (Art. 27 BV und Art. 94 BV), kann in Bezug auf die aufwandbasierte Verrechnung auf das soeben Gesagte verwiesen werden (E. 6.4.4.1). In Bezug auf den maximalen Stundensatz ist festzuhalten, dass die Vergabestelle über Ermessen verfügt, mit welchen Auflagen sie die Auslagerung versehen will (E. 5.3.2). Die Vergabestelle hat sich im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung für eine Auslagerung mit einem Wettbewerbsmodell entschieden. In der Wahl des Wettbewerbsmodells an sich ist, selbst wenn der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit tangiert werden sollte, jedenfalls kein unverhältnismässiger Eingriff in dieselbe zu sehen. Mit Blick auf den Umstand, dass die Vergabestelle gegenüber den Anbieterinnen und den Energieberatern die Interessen der beratenen Unternehmen zu vertreten hat, ist im Rahmen einer Rechtskontrolle ohne Angemessenheitsprüfung auch nicht zu beanstanden, dass sie verlangt, dass ein über mehrere Jahre nicht veränderbarer maximaler Stundenansatz offeriert wird. Damit erweisen sich auch die die Anforderungen gemäss EK17 und EK18 betreffenden Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet.

## **6.5**

**6.5.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet das Eignungskriterium EK23 "Evaluation der Leistungen". Die Ausschreibung sieht mit EK23 was folgt vor (siehe Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020):

### "EK23 Evaluation der Leistungen

Der Anbieter bestätigt seine Kenntnisnahme davon, dass die Bedarfsstelle ohne vorherige Abstimmung mit ihm, Umfragen bei den Energieberatern der einzelnen Beraterpools und den von ihnen betreuten Unternehmen über die Leistungen des Anbieters durchführen und dass diese zu diesem Zweck mandatierte Evaluatoren einsetzen wird. Darin eingeschlossen sind auch Fragen zur transparenten und verursachergerechten Kostenverrechnung der Leistungen des Beraterpools und seiner Energieberater an die Unternehmen. Der Anbieter gewährt den Zugang zu Räumlichkeiten, Dokumenten und Daten während den üblichen Geschäftszeiten."

**6.5.2** Die Beschwerdeführerin rügt, das Eignungskriterium EK23 "Evaluation der Leistungen" enthalte eine sachfremde und unverhältnismässige

Auflage. Sie stört sich insbesondere daran, dass mit dem Begriff "Umfragen" flächendeckende Nachforschungen legitimiert werden, wogegen sie allenfalls Stichproben als verhältnismässig beurteilen würde (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 72, Rz. 81). Mit dem Kriterium würden weiter die vergaberechtlichen Vorgaben bei der Aufstellung von Eignungskriterien verletzt und es würde ohne Rechtfertigung in den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) eingegriffen. So solle der Anbieter der Bedarfsstelle und den von ihr mandatierten Evaluatoren erlauben, Umfragen über seine Leistung und zur Kostenverrechnung durchzuführen und ohne vorherige Abstimmung zu Räumlichkeiten, Dokumenten und Daten Zugriff zu erhalten. Dies gehe über die periodische Berichterstattung gemäss Art. 67 (meint: Abs. 3) Bst. b EnG und verhältnismässige Ausübung der Aufsichtskompetenz gemäss Art. 67 Abs. 4 EnG hinaus und beinhalte zugleich einen schweren und damit unverhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre (Art. 13 BV). So bedürfe es für ein Zutrittsrecht einer Aufsichtsbehörde zu Räumlichkeiten, Unterlagen und Daten stets einer spezifischen gesetzlichen Grundlage (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 81 f. und Rz. 120).

**6.5.3** Die Vergabestelle führt dazu aus, sämtliche getroffene Eignungskriterien, und damit auch EK23 "Evaluation der Leistungen", hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe und würden weder im Widerspruch zum zu vergebenden Auftrag stehen noch den Wettbewerb einschränken (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen, Rz. 13 ff., Rz. 57). Sie habe EK 23 "Evaluation der Leistungen" aufgestellt, um durch Qualitätskontrolle (Art. 67 Abs. 3 Bst. b EnG) die geforderte Qualität der Arbeiten und die Gleichbehandlung der Unternehmen im Zusammenhang mit Zielvereinbarungen sicherzustellen (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 15). Bei der Delegation einer öffentlichen Aufgabe könne überdies kein Grundrechtseingriff vorliegen. Es handle sich um einen staatlichen Auftrag und die Evaluation bei den Beratern und Unternehmen stelle keinen Eingriff in die persönliche Freiheit dar. Sollte von einem Eingriff ausgegangen werden, wäre dieser gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen, Rz. 31).

#### **6.5.4**

**6.5.4.1** Es besteht eine gesetzliche Grundlage für die Auslagerung (E. 4.3) und die Vergabestelle verfügt über Ermessen, wenn sie im Hinblick auf die vorliegend strittige Auslagerung zu Los 1 Auflagen aufstellt, mit denen gewährleistet wird, dass die mit der Aufgabe betrauten Privaten Zielvereinba-

rungen sachgerecht abwickeln (vgl. oben E. 5.3.2). So kann sie, wie erwähnt (vgl. oben E. 6.3.4.2), zum Beispiel zur Prüfung von Interessenkonflikten eine Transparenzaufgabe vorsehen. Die Beschwerdeführerin verkennt demnach in Bezug auf die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage die Besonderheiten der Auslagerung. Die Vergabestelle kann sodann für Prüf-, Kontroll- und Überwachungsaufgaben Dritte beiziehen (Art. 67 Abs. 4 und Abs. 5 EnG). Während die strittigen Vorgaben der Vergabestelle gemäss EK23 "Evaluation der Leistungen" im Rahmen einer gewöhnlichen Vergabe allenfalls in Frage gestellt werden könnten, sind sie im Rahmen einer Auslagerung keinesfalls sachfremd, sondern liegen jedenfalls im öffentlichen Interesse. Die Vergabestelle verfügt auch über Ermessensspielraum beim Entscheid, ob sie sich insoweit auf Stichproben beschränkt oder sich vorbehält, flächendeckende Umfragen bei den Energieberatern der einzelnen Beraterpools und den von ihnen betreuten Unternehmen über die Leistung des Anbieters durchzuführen und dafür Evaluatoren einzusetzen. Aber selbst wenn damit ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit verbunden sein sollte, würde sich dieser im Rahmen einer Auslagerung als zumutbar und damit als verhältnismässig erweisen.

**6.5.4.2** Weiter ist zu prüfen, ob mit dem Eignungskriterium EK23 "Evaluation der Leistungen" in den "Schutz der Privatsphäre" gemäss Art. 13 BV eingegriffen wird. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass dazu spezifisch eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich wäre. Aus den Ausführungen in E. 4.3 hiervor erhellt indessen, dass die Beschwerdeführerin – die Konstellation der klassischen Eingriffsverwaltung vor Augen – im Kontext einer Auslagerung die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage überspannt.

Art. 13 BV besagt, dass jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs hat. Auf die hier interessierenden Teilgehalte dieser Grundrechtsgarantie können sich auch juristische Personen berufen (BGE 137 II 371 E. 6.1). Sowohl die mit der Auslagerung verbundene Aufsicht als auch die Qualitätssicherung, von der es abhängt, dass die Energieberatungen die Zwecksetzung von Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetz erreichen, sind als öffentliches Interesse anzusehen, welches einen allfälligen Eingriff in die Privatsphäre rechtfertigt. Erwähnenswert ist immerhin der Umstand, dass im Pflichtenheft verlangt wird, dass gemäss EK23 im Rahmen der Evaluation der Zugang zu Räumlichkeiten, Dokumenten und Daten während den üblichen Geschäftszeiten «ohne vorherige Abstimmung mit dem Anbieter» zu gewähren ist (Ziff. 4.2 des Pflichtenhefts i.V.m. Anhang 001, S. 9 zu EK 23).

Diesbezüglich ist präzisierend festzuhalten, dass gemäss der in Frage stehenden Passage im Pflichtenheft der Zugang seitens der Anbieterin nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass vorher eine umfassende Einigung erzielt worden ist, welche Daten herauszugeben sind. Was «ohne vorherige Abstimmung» aber nach herkömmlichem Verständnis nicht meint, sind regelmässige unangekündigte Kontrollen ohne Begründung, warum Gefahr im Verzug liegt. Wenn das gemeint wäre, müsste die Vorgabe anders formuliert sein. Nach Treu und Glauben verstanden erweist sich die in Frage stehende Auflage im Rahmen der Auslagerung einer qualitätsorientierten Dienstleistung demnach als verhältnismässig.

## 6.6

**6.6.1** Die Beschwerdeführerin bemängelt die Ausschreibung in Bezug auf EK08 "Ersatz von Mitarbeitenden" und EK25 "Qualitätssicherung durch Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle". Die Eignungskriterien EK08 und EK25 (Auszug) sehen was folgt vor (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020):

### "EK08 Ersatz von Mitarbeitern

Der Anbieter ist bereit, eingesetzte Mitarbeitende bei Vorliegen wichtiger Gründe wie folgt zu ersetzen: Die Leistung und der Einsatz der vom Anbieter zur Verfügung gestellten Personen werden durch den Auftraggeber beurteilt. Wird dabei eine Diskrepanz zu den Anforderungen und Kriterien gemäss Pflichtenheft und Anhängen festgestellt, hat der Anbieter diesbezüglich Stellung zu nehmen. Anschliessend entscheidet der Auftraggeber, ob der Anbieter verpflichtet wird, die betreffenden Personen innert 14 Tagen durch Personal zu ersetzen, welches den Anforderungen genügt. Im Rahmen der Auftragserfüllung können auch andere wichtige Gründe für den Ersatz von Personal auftreten wie negative Personensicherheitsprüfung des Bundes, Kündigung, längerer Urlaub, Unfall, Krankheit etc. Der Anbieter ist jeweils für den Ersatz durch eine gleich qualifizierte Person verantwortlich. Das Engagement in anderen Projekten des Auftragnehmers gilt dabei nicht als wichtiger Grund."

### "EK25 Qualitätssicherung durch Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle

Die Bedarfsstelle ist an einer hohen Qualität der Zielvereinbarungen und Monitoringberichte interessiert. Der Anbieter bestätigt seine Kenntnisnahme davon, dass Zielvereinbarungen und Monitoringberichte, die nicht der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung und den daraus abgeleiteten Richtlinien und Vollzugsweisungen entsprechen, oder die aufgrund einer mangelhaft durchgeführten IZPA nicht das wirtschaftlich mögliche Potential ausschöpfen und damit verbunden tiefe Zielwerte abbilden, zur Nachbesserung an den Beraterpool bzw. an dessen Koordinationsstelle zurückgewiesen werden. [...] Des Weiteren kann mangelhafte Arbeit durch den Energieberater zum Entzug der

Zertifizierung und somit zum Ausschluss des Energieberaters von der Beratungstätigkeit führen. Nur die Bedarfsstelle ist berechtigt, eine Zertifizierung eines Energieberaters abzuerkennen."

## **6.6.2**

**6.6.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, der Auflage gemäss EK08 "Ersatz von Mitarbeitern", wonach, wenn Diskrepanzen zu den Anforderungen und Kriterien des Pflichtenhefts und der Anhänge auftreten, die betreffenden Personen ersetzt werden müssen, fehle die gesetzliche Grundlage. Es sei ausserdem sachfremd und unverhältnismässig, wenn die Vergabestelle sich vorbehalte, über den kurzfristigen Ersatz von Mitarbeitenden bzw. Beratern innert 14 Tagen zu entscheiden, weil sie damit in unverhältnismässiger Weise in organisatorische Kompetenzen der Beraterpools eingreife (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 67, Rz. 71).

**6.6.2.2** Zugleich rügt die Beschwerdeführerin, das Eignungskriterium EK25 "Qualitätssicherung durch Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle" bzw. die Auflage, zu bestätigen, dass Zielvereinbarungen und Monitoringberichte, die nicht der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung und den daraus abgeleiteten Richtlinien und Vollzugsweisungen entsprechen, an den Beraterpool zurückgewiesen werden und mangelhafte Arbeit durch den Energieberater zum Entzug der Zertifizierung und somit zum Ausschluss des Energieberaters von der Beratungstätigkeit führen kann, stütze sich auf keine gesetzliche Grundlage (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 67, Rz. 71).

Die Vergabestelle greife mit dieser Auflage in verfassungsmässige Rechte der Anbieterinnen ein, indem diesen umfassende Verantwortung übertragen würde, ohne dass die Anbieterinnen über die entsprechenden Kontroll- und Gestaltungsmöglichkeiten verfügten. So müsse bestätigt werden, dass nur die Bedarfsstelle Energieberater aberkennen dürfe. Auch Auszüge aus dem Pflichtenheft würden belegen, dass Kontroll- und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vergabestelle angesiedelt seien. Zum Beispiel seien gemäss Pflichtenheft, S. 12, alle gemäss Los 4 zertifizierten Berater, die sich bewerben, in den Pool aufzunehmen. Solle ein Berater nicht in den Pool aufgenommen oder ausgeschlossen werden, sei dies sodann gegenüber dem Energieberater oder der Bedarfsstelle plausibel und nachvollziehbar zu begründen (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 76).

**6.6.3** Die Vergabestelle entgegnet, sämtliche getroffene Eignungskriterien, und damit auch EK08 "Ersatz von Mitarbeitern" und EK25 "Qualitätssiche-

nung durch Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle", hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe und würden weder im Widerspruch zu dem zu vergebenden Auftrag stehen noch den Wettbewerb einschränken (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen, Rz. 13 ff., Rz. 57). Für die Erreichung der Energie- und Klimaziele sei es unabdingbar, dass Zielvereinbarungen eine hohe Qualität aufweisen. Um mit einer Qualitätskontrolle (Art. 67 Abs. 3 Bst. b EnG) die Qualität der Arbeiten und die Gleichbehandlung der Unternehmen unabhängig vom zuständigen Energieberater oder Beraterpool zu gewährleisten, habe sie mitunter die Eignungskriterien EK25 "Qualitätssicherung durch die Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle" und EK08 "Ersatz von Mitarbeitenden" aufgestellt. Die Behörde müsse zur Sicherstellung der Qualität die Auftragserfüllung jederzeit überprüfen können. Eine solche Qualitätskontrolle sei in Art. 67 Abs. 3 Bst. b EnG explizit vorgeschrieben. Auch vor dem Hintergrund der im EnG und im CO<sub>2</sub>-Gesetz aufgestellten Strafbestimmungen im Zusammenhang mit den Zielvereinbarungen (Art. 70 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 EnG; Art. 42 CO<sub>2</sub>-Gesetz bzw. Art. 52 E-CO<sub>2</sub>-Gesetz) sei die Möglichkeit von Kontrollen unabdingbar (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 15).

#### **6.6.4**

**6.6.4.1** Die Auslagerung stützt sich auf eine gesetzliche Grundlage (E. 4.3 hiervor). Ausserdem steht der Vergabestelle Ermessen zu, wenn sie im Hinblick auf eine Auslagerung Vorgaben macht, mit denen sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gewährleistet (vgl. oben E. 4.3 und E. 5.3.2). In Bezug auf die hier in Frage stehenden Vorgaben ist es besonders offensichtlich, dass diese keineswegs sachfremd sind und im öffentlichen Interesse liegen. Im Unterschied zu gewöhnlichen Aufträgen besteht ein gesteigertes Interesse daran, dass die Schlüsselpersonen in gewisser Weise ähnlich wie die bei der Auftraggeberin tätigen öffentlichen Bediensteten geführt werden können. Folgerichtig bringt die Auftraggeberin auch den Vorbehalt an, dass nur sie berechtigt ist, eine Zertifizierung eines Energieberaters abzuerkennen (EK25). Dies kann sie aber auch gegen den Willen der beratungspoolbetreuenden Anbieterin tun. Die mit EK08 "Ersatz von Mitarbeitern" aufgestellte Auflage, dass Mitarbeiter, wenn Diskrepanzen zu den Anforderungen und Kriterien des Pflichtenhefts und der Anhänge auftreten, die betreffenden Personen ersetzen müssen, verletzt auch das Gebot der Verhältnismässigkeit nicht. Die Verfahrensbeteiligten sind sich einig, dass sowohl die Konzeption und Betreuung des Beraterpools als auch die Beratermandate selbst komplex sind. Sowohl mangelhafte fachliche

Kompetenz als auch Governanceversagen kann dazu führen, dass das wirtschaftlich mögliche Potenzial nicht ausgeschöpft wird (EK25). Damit ist nachvollziehbar, dass die Auftraggeberin davon ausgeht, dass nur qualifizierte und mit Blick auf die Interessenlagen der Akteure sensibilisierte Mitarbeiter die Aufgabenerfüllung gewährleisten. Die Auflage geht auch nicht bereits deshalb zu weit, weil sie in die Organisationsautonomie der Anbieterin eingreift. So bleibt die Verantwortung für die Abwicklung der Zielvereinbarungen bzw. dass die Voraussetzungen dafür bestehen und das wirtschaftliche Potenzial ausgeschöpft wird bei der Vergabestelle. Folglich muss die Vergabestelle die Kompetenzen haben, um wirksame Aufsicht und Kontrolle ausüben zu können. Die Beschwerdeführerin dringt daher mit ihren Rügen, wonach die Beschwerdeführerin mit EK08 "Ersatz von Mitarbeitern" eine sachfremde und unverhältnismässig weitgehende Auflage vorsehe, nicht durch. Das gilt jedenfalls aufgrund der seitens der Auftraggeberin gewählten Formulierung, wonach der Ersatz von Mitarbeitenden nach EK08 das Vorliegen von wichtigen Gründen voraussetzt. Folgerichtig ist auch nicht zu beanstanden, dass die Anbietenden, soweit sie Schlüsselpersonen austauschen wollen, dies nur mit Zustimmung der Vergabestelle tun dürfen (Rahmenvertrag, S. 7).

**6.6.4.2** Zur Sicherung der Qualität ist es verhältnismässig, dass die Anbieterin gemäss EK25 "Qualitätssicherung durch die Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle" ihre Kenntnis davon zu bestätigen hat, dass die Zielvereinbarungen und Monitoringberichte allenfalls zur Nachbesserung an den Beraterpool zurückgewiesen werden. Damit unterliegen auch die Beraterpools einer Qualitätskontrolle. Es ist demnach nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle im Rahmen des EK25 davon ausgeht, dass die Prüfung der Beratung und die Rückweisung gegebenenfalls zum Entzug der Lizenzierung des Beraters führen kann und diese nicht der Anbieterin allein überlassen werden soll. Es ist nicht ersichtlich, dass das gegenläufige Interesse der Anbieterin am Belassen eines Freiraums im Rahmen der Selbstorganisation das beschriebene öffentliche Interesse überwiegen würde. Der Beschwerdeführerin ist daher nicht zu folgen, wenn sie vorbringt, die Vergabestelle bewege sich ausserhalb des ihr zustehenden Ermessens und verletze das Verhältnismässigkeitsgebot, wenn sie gemäss EK25 "Qualitätssicherung durch die Beraterpools bzw. der Koordinationsstelle" vorsieht, dass die Qualität der Beraterpools auf die beschriebene Weise gesichert wird.

## 6.7

**6.7.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet den Rahmenvertrag, namentlich Ziff. 16 "Schutzrechte", die das Folgende (Auszug) vorsieht (Beilage 010 zum Pflichtenheft, Rahmenvertrag für die Erbringung von Leistungen im Energie- und Umweltbereich):

"16 Schutzrechte

Alle Schutzrechte des geistigen Eigentums (Immaterialgüterrechte und Anwartschaften an solchen) an den im Rahmen der Vertragserfüllung entstandenen Arbeitsergebnissen gehören der Bedarfsstelle.

Auch allfällige Eigentumsrechte an den Arbeitsergebnissen, welche die externen Mitarbeitenden im Laufe der Vertragserfüllung erzielt bzw. entwickelt oder weiterentwickelt haben, gehen ausschliesslich auf die Bedarfsstelle über. Solche Arbeitsergebnisse dürfen von externen Mitarbeitenden selbst oder von der Firma nicht anderweitig verwendet werden. [...]"

**6.7.2** Die Beschwerdeführerin rügt einen Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), weil mit Ziff. 16 des Rahmenvertrags allfällige Arbeitsergebnisse, welche die externen Mitarbeiter im Laufe der Vertragserfüllung erzielt bzw. entwickelt oder weiterentwickelt haben, ausschliesslich auf die Bedarfsstelle übergehen (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 132).

**6.7.3** Die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV gewährleistet das Eigentum (Art. 26 Abs. 1 BV) und dass Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt werden (Art. 26 Abs. 2 BV). Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gehören Erfindungen und Designs, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht oder an deren Hervorbringung er mitwirkt, unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit dem Arbeitgeber (Art. 332 Abs. 1 OR). Es liegt im Rahmen der Natur einer Auslagerung, dass die Stellung der Auftragnehmerin mehr als im Rahmen einer gewöhnlichen Auftragsvergabe derjenigen von Arbeitnehmern angeglichen wird. Das gilt nicht flächendeckend für alle Rechte aus geistigem Eigentum, aber ohne spezifische Rügen betreffend bestimmte Kategorien von geistigem Eigentum vermag die Beschwerdeführerin die vorliegend zu beurteilende Ausschreibungsbedingung jedenfalls nicht in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin beruft sich indessen darüber hinaus auf sensible Unternehmensdaten wie Energiedaten von Unternehmen (Beschwerde, Rz. 132). Auch hier kann sie aus der Eigentumsgarantie nicht das Recht ableiten, der Auftraggeberin diese vorzuenthalten. Entscheidend ist vielmehr der Umstand, dass das beratene Unternehmen weiss, dass diese Daten, soweit sie durch den Beraterpool bearbeitet werden, der Logik der

Auslagerung folgend in die Sphäre der Auftraggeberin gelangen, soweit diese nicht mit Blick auf die Geschäftsgeheimnisse der beratenen Unternehmen Ausnahmen definiert.

## **6.8**

**6.8.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, dass die Leistungen für die IT-Lösung (Los 2), die Geschäftsstelle (Los 3) und die Zertifizierung der Energieberater (Los 4) zentralisiert würden. Die Umweltwirkung gemäss Art. 46 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. b EnG werde verletzt, weil die Zentralisierung zu erhöhten Kosten führe. Damit könnten einzelne Dienstleistungen aufgrund der Ausschreibung nicht mehr wie bisher angeboten werden, weil für diese Dienstleistungen keine Schnittstelle in der Bundessoftware vorgesehen sei (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2021, Rz. 68 ff.).

**6.8.2** Die Vergabestelle entgegnet, es werde nicht ersichtlich und näher erläutert, weshalb sich die Ausschreibung auf einen betriebswirtschaftlich und ökologisch zielführenden Vollzug des Zielvereinbarungssystems nachteilig auswirken sollte und weshalb die Leistungen teurer werden sollten. Die Ausschreibung trage vielmehr zu einer transparenten und möglichst kostengünstigen Umsetzung des für die Erreichung der Energie- und Klimaziele wesentlichen Instruments der Zielvereinbarungen bei. Infolge Zentralisierung würden die Kosten nur einmal anfallen und die Unternehmen könnten Energieberater und Beraterpools mit geringen Transaktionskosten wechseln (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 54).

**6.8.3** Zur beanstandeten Zentralisierung der IT-Lösung (Los 2), der Geschäftsstelle (Los 3) und der Zertifizierung der Energieberater (Los 4) ist festzuhalten, dass die Umweltwirkung keinem Ausschreibungskriterium entspricht (vgl. auch Urteil des BVerfG B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.2.2). Das wiederum liegt im Ermessen der Auftraggeberin (vgl. E. 6.1.4.1 hiervor). Auch ein aus ihrer Sicht mit Blick auf die Transaktionskosten optimaleres Design der Auslagerung kann die Beschwerdeführerin mit Blick auf den der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielraum nicht – etwa gestützt auf das Gesetzesziel, wonach der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gefördert werden soll – erstreiten. Auch aus dem Umstand, dass die von der Beschwerdeführerin bisher angebotenen Dienstleistungen anders organisiert werden, vermag sie im vorliegenden Kontext nichts abzuleiten.

**6.9** Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die gegen zahlreiche Eignungskriterien bzw. auslagerungsspezifische Vorgaben erhobenen Rügen als weitestgehend unbegründet erweisen. Dies gilt indessen nicht für die Beanstandung, wonach das gewählte Wettbewerbsmodell mit drei Anbietenden in unzulässiger Weise mit einer weitgehenden Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit kombiniert wird (vgl. E. 6.2 hiervor).

## **7.**

Im Folgenden werden die Rügen betreffend die Zuschlagskriterien und insbesondere die jeweils seitens der Vergabestelle gewählte Bewertungsmethode behandelt. Dabei werden in Erwägung 7 zunächst die Rügen betreffend das Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis" erörtert. Die qualitativen Zuschlagskriterien sind Gegenstand der Erwägungen 8 (ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte") und 9 (ZK 02 "Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung" und ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater").

**7.1** Die Ausschreibung wird auch in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis", namentlich betreffend die Preisbewertung auf der Grundlage der Kosten des Betriebs des Beraterpools (Optionen 1 und 2), beanstandet.

**7.1.1** Vorab sind die Zuschlagskriterien, namentlich das ZK 01 "Preis", und das unter diesem Kriterium vorgesehene Bewertungssystem zu beschreiben. In Ziffer 2.10 der streitgegenständlichen Ausschreibung vom 21. April 2020 für das Los Nr. 1 wurden die folgenden Zuschlagskriterien mitsamt Gewichtung bekannt gegeben:

"ZK 01 Preis: Gewichtung 30%

ZK 02 Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung: Gewichtung 20%

ZK 03 Auftragsanalyse und Qualität der Offerte: Gewichtung 25%

ZK 04 Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater: Gewichtung 25%"

Aus der Übersicht der Zuschlagskriterien im Pflichtenheft ergibt sich, dass maximal 1000 Punkte erreicht werden können, nämlich für ZK 01 Preis 300 Punkte, für ZK 02 Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung 200 Punkte, für ZK 03 Auftragsanalyse und Qualität der Offerte 250 Punkte und für ZK 04 fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater 250 Punkte (Pflichtenheft, S. 21 Ziff. 5.1).

**7.1.2** Mit der Ausschreibung zu Los 1 sollen drei Beraterpools, die zueinander im Wettbewerb stehen, beschafft werden (vgl. E. 6.1.4.1 hiervor). 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 CO<sub>2</sub>-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" entsprechend ausgeführt:

"(...)

Die Bedarfsstelle beschafft, gestützt auf die Energie- und CO<sub>2</sub>-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 CO<sub>2</sub>-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."

**7.1.3** Die unter dem Dach der Beraterpools vereinigten Energieberater stellen gemäss der Ausschreibung und den Unterlagen den Aufwand ihrer Dienstleistungen den beratenen Unternehmen direkt in Rechnung und

zwar verursachergerecht und höchstens zu einem maximalen Stundensatz. Entsprechend sieht Ziff. 3.3.2 des Pflichtenhefts das Folgende 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.

[...]"

**7.1.4** Als Option 1 wird der Betrieb des Beraterpools vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2024 im Pflichtenheft beschrieben (aufgeteilt in Positionen 1.1.1, 1.1.2 und 1.1.3). Die Option 2 besteht in der Verlängerung des Betriebs des Beraterpools um weitere zwei Jahre.

Option 1 und Option 2 werden mit einem maximalen Stundensatz angeboten (Position 1.1.0 und Position 1.2.1 im Anhang 004 Preisblatt), wobei die Optionen 1 und 2 in Ziffer 3.3.3 des Pflichtenhefts namentlich in Bezug auf die Aufwandschätzung wie folgt beschrieben werden:

*"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
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."

**7.1.5** 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 1'000'000h, 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	-

**7.1.6** Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass der Grundauftrag (wie auch die Optionen 3 und 6) zulasten der Vergabestelle und mehrheitlich zum Fixpreis zu offerieren sind (E. 2.4.1), wohingegen sich der Preis für die Optionen 1, 2, 4 und 5 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 (maximal) in Rechnung stellen. Finanziert werden die offerierten Stunden demnach nicht von der Vergabestelle, sondern von den beratenen Unternehmen.

**7.1.7** Gemäss dem Anforderungskatalog in Verbindung mit Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts "Bewertung der Preise und Kosten" wird der massgebliche Gesamtpreis, der der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 01 "Preis" zugrunde liegt, 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<sub>min</sub> = Preis des tiefsten zulässigen Angebots

P<sub>max</sub> = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet (P<sub>min</sub>\*200%)

Maximal 300 Punkte für den Preis  $P_{\min} = 1'200 \text{ CHF}$  (...)"

Als Punktemaximum sind 300 Punkte einzusetzen (E. 7.1 hiavor; Pflichtenheft, S. 21 Ziff. 5.1). Der Angebotspreis entspricht der Summe des Grundauftragspreises und jenem für die Optionen.

## 7.2

**7.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Preisbewertungsmethode, namentlich die Berücksichtigung der von Dritten zu entschädigenden Kosten für den Betrieb als Preis, führe dazu, dass der vorgegebene Mindestpreis von 20 Prozent nicht mehr erfüllt werde, weil als Preis nur der Preis im Sinne der direkten Entschädigung verstanden werden könne (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 30 f.).

### 7.2.2

**7.2.2.1** Die dem Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis" zugrundeliegende Bewertungsmethode verletze ausserdem den Grundsatz, wonach der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen ist (Art. 21 aBöB; Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 83 ff., Rz. 96 ff.; Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 4 ff.). Ausserdem werde in der Ausschreibung vorgesehen, dass der Preis mit 30 Prozent und die Qualität mit 70 Prozent der Gesamtpunktzahl gewichtet würden. Mit dem System der Preisbewertung gemäss ZK 01 komme es aber de facto zu einem reinen Preiswettbewerb und der gemäss Preisblatt der Preisberechnung zugrunde gelegte Stundensatz würde den Ausschlag geben (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 96 ff.).

**7.2.2.2** So würde die relativierte Bezugswahrscheinlichkeit der Optionen ausser Acht gelassen, weil der Preis für die konzeptionelle Grundleistung und derjenige für die Optionen gemeinsam bewertet würden, ohne dass die relativierte Bezugswahrscheinlichkeit der Optionen Beachtung finde. Es bleibe namentlich unberücksichtigt, dass der Abruf der Option 1 "Betrieb Beraterpool" und der Option 4 "Durchführung der Aus- und Weiterbildung der Energieberater" explizit von der erfolgreichen Abnahme der Grundleistung und der Abruf der Option 2 "Verlängerung Betrieb Beraterpool um zwei Jahre" von der weiteren Einhaltung der Eignungskriterien abhängen (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 20 f.). Auch die Tatsache, dass die konzeptionelle Grundleistung zum Fixpreis zu offerieren ist, während Option 1 "Betrieb Beraterpool" auf der Basis von Aufwandschätzungen beruhe, bleibe unbeachtet (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 102;

Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 23; Stellungnahme zur Duplik im Hauptverfahren vom 2. Oktober 2020, Rz. 3). Indem es die Vergabestelle unterlassen habe, mit geeigneten Unterkriterien für eine angemessene Gewichtung der Optionen im Verhältnis zum Grundauftrag zu sorgen, komme es somit zu einer vergaberechtlich problematischen Übergewichtung der Optionen beim Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis" (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 103).

**7.2.2.3** Ausserdem führe die dem Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis" im Preisblatt zugrundeliegende Bewertungsmethode auch deshalb zu einer Überbewertung des Stundensatzes, weil Anbieter einen Anreiz erhielten, eine Dumpingstrategie zu wählen. Die Methode gemäss Preisblatt sehe vor, dass der maximale Stundensatz einzugeben und mit einer vorgegebenen Anzahl von 1,6 Mio. Stunden zu multiplizieren sei. Den Optionen 1 und 2 komme damit wertmässig eine dermassen grosse Bedeutung zu, dass alle anderen Positionen, namentlich die Grundleistung und die Optionen 3, 4, 5 und 6 bei der Punktevergabe gemäss dem Kriterium im Ergebnis nicht ins Gewicht fallen. Dies führe dazu, dass Anbieter Dumpingangebote bei den für die Optionen 1 und 2 zu offerierenden maximalen Stundensätzen und überhöhte Stundensätze bei den für die Bewertung der Offerte nicht ins Gewicht fallenden Grundleistungen und weiteren Optionen eingeben würden. Der Anreiz zu Dumpingangeboten werde verstärkt, weil die weiteren Zuschlagskriterien so ausgestaltet seien, dass eine Qualitätsdifferenzierung bei den Beraterpools nicht wirklich stattfindet (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 104 ff., Rz. 105; Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 7 ff.).

**7.2.2.4** Die Kosten für das Unternehmen würden ausserdem mit der Bewertungsmethode überhöht ausfallen. Dabei stellt die Beschwerdeführerin folgende Überlegungen an: Es müssten gemäss dem Umlagemodell die Umlagekosten für Betrieb und Unterhalt der IT-Lösung aus dem Los 2 und Betrieb der Geschäftsstelle aus dem Los 3 zusätzlich zum angegebenen maximalen Stundensatz in Rechnung gestellt werden (Pflichtenheft, S. 14). Die Umlagekosten würden bezogen auf das einzelne Unternehmen höher ausfallen, je kleiner die Anzahl der realisierten Zielvereinbarungen sei. Die Anbieterin würde schliesslich Overheadkosten für Infrastruktur etc. tendenziell zu hoch ansetzen, um auch bei einer tiefen Anzahl realisierter Zielvereinbarungen liquid und im Markt bleiben zu können (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 14 ff.).

**7.2.3** Zugleich rügt die Beschwerdeführerin, dass Unklarheiten in Bezug auf den maximalen Stundenansatz, Preisdumping, tatsächliche Kosten, die Bewertung des Preises und die Umlagekosten bestehen, was sich daraus ergebe, dass dazu im Frageforum auf [simap.ch](http://simap.ch) per 11. Mai 2020 Fragen aufgeworfen worden seien (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 64).

### **7.3**

**7.3.1** Die Vergabestelle führt zum Verhältnis zwischen dem Preis und den weiteren Zuschlagskriterien aus, die Bewertung des Preises liege mit 30 Prozent über der vom Bundesgericht verlangten Mindestgewichtung des Preises in der Höhe von 20 Prozent (Vernehmlassung im Hauptverfahren vom 3. August 2020, Rz. 8; Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 22). Bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots müssten gemäss dem Preiskriterium die Gesamtkosten und damit nebst dem Preis für die konzeptionellen Leistungen auch der Preis bzw. Stundensatz für die Leistungen, die von den beratenen Unternehmen beglichen werden, Berücksichtigung finden. Das Preiskriterium umfasse daher sämtliche ausgeschriebenen Leistungen, unabhängig davon, ob sie von der Vergabestelle oder den beratenen Unternehmen vergütet werden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 20).

**7.3.2** Zum Verhältnis zwischen dem Preis für den Grundauftrag und dem Preis für die Energieberatungsdienstleistungen (Optionen 1 und 2) legt sie dar, dieser sei tatsächlich sehr gewichtig, was in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend abgebildet werde. Ob dieser 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 (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 52).

### **7.3.3**

**7.3.3.1** Zur Wahl der Bewertungsmethode gemäss ZK 01 "Preis" hält die Vergabestelle fest, sie habe für die Energieberatungsdienstleistungen (Optionen 1 und 2) einen stundenbasierten Ansatz gewählt und zudem mit der Zahl 1,6 Mio. eine fixe Anzahl Stunden vorgegeben. Damit werde sichergestellt, dass die Offerten in gleichem Masse an ZK 01 "Preis" gemessen

werden und die Gleichbehandlung der Anbieter gewährleistet sei. Die vordefinierte Anzahl Stunden solle insbesondere neuen Anbietern ermöglichen, den Auftrag einzuschätzen und eine Offerte einzureichen (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 21). Der Stundensatz für Energieberatung müsse ausserdem in die Preisberechnung miteinbezogen werden, weil zukünftig maximal drei Leistungserbringer die Möglichkeit der Bewirtschaftung des Zielvereinbarungsmarktes erhielten und diese Sonderstellung nicht zu Ungunsten der beratenen Unternehmen ausgenutzt werden dürfe (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 20; Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 15).

**7.3.3.2** Zur Rüge, die Optionen seien nicht gewichtet worden, führt sie aus, dass es sich bei der Option 1 nicht um eine klassische Option handle, sondern diese zum Zuge komme, wenn der Grundauftrag erfolgreich erledigt worden sei. Eine gute Konzeptionierung sei aufgrund der Besonderheiten des vorliegend zu vergebenden Auftrags unabdingbare Grundvoraussetzung für den tatsächlichen Betrieb des Beraterpools. Die Vergabestelle habe sich deshalb vorbehalten, die Option 1 dann nicht auszulösen, wenn die Konzeptionierung eine ungenügende Qualität aufweisen sollte. Dabei sei die Option 1 keine klassische Option, sondern faktisch Teil des Grundauftrags, weil ihre Ziehung nicht im Ermessen der Vergabestelle liege, sondern gemäss Pflichtenheft, Ziff. 3.3.4, davon abhängen, ob der Anbieter die Anforderungen an die Konzeptionierung erfüllt (Vernehmlassung im Hauptverfahren vom 3. August 2020, Rz. 3 ff.).

**7.3.3.3** Zur Gefahr, dass Anbieter Dumpingangebote einreichen werden, hält sie fest, diese sei gebannt, denn die Anbieter würden sich mit ihren Offerten zu den Optionen 1 und 2 binden, weshalb von realistischen, ehrlichen und seriösen Angeboten auszugehen sei. Für einen potentiellen Zuschlagsempfänger sei es keineswegs förderlich, sein Angebot mit teils zu tiefen und teils überhöhten Stundensätzen einzureichen. Ein tiefer Preis garantiere nicht den Zuschlag und die Leistungen müssten im Fall eines Zuschlags den angebotenen zu hohen oder zu tiefen Preisen entsprechend erbracht werden. Zudem wäre der betroffene Anbieter allenfalls vom Verfahren auszuschliessen, wenn vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen würden, dass er effektiv nicht in der Lage sein werde, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen oder die von der Vergabestelle definierten Auftragsmodalitäten zu erfüllen (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 13).

**7.3.3.4** Zum Vorbringen, wonach die Bewertungsmethode unzureichend sei, weil das Umlagemodell die Kosten für die Unternehmen nur unvollständig abbilde und die Kosten tatsächlich höher ausfallen würden, legt sie dar, die Umlagekosten hätten nichts mit dem von den Anbietern zu offerierenden Preis oder der Bewertungsmethode zu tun. Der Anbieter müsse sich lediglich verpflichten, den Unternehmen gewisse Kosten für Betrieb und Unterhalt der IT-Lösung sowie der Geschäftsstelle separat ausgewiesen in Rechnung zu stellen (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 15).

**7.3.4** Zu den beanstandeten Unklarheiten hält sie fest, diese seien bei einer komplexen Ausschreibung schwer zu vermeiden, wobei sämtliche Fragen im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung hätten geklärt werden können (vgl. E. 6.3.3 hiervor).

## **7.4**

**7.4.1.1** Gemäss Art. 21 Abs. 1 aBöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit oder technischer Wert. Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 aBöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 aVöB; Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 124). Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.1; Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.1 "Casermettattunnel").

**7.4.1.2** Die Zuschlagskriterien sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer

B-6295/2017 vom 25. Februar 2020, auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2, E. 6.2 "Produkte zur Aussenreinigung I", 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 (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 (BVGE 2018 IV/2, E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I", Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 aBöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen; siehe zum Ganzen Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2").

**7.4.1.3** Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 aBöB). 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 f. "Kontrollsystem LSVA"; Zwischenentscheid des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (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 "Mandat Energienutzung Nachfolgeprogramm Energie 2000"; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 410). Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung ist gegeben, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehenes Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (BVGE 2007/17 E. 2.2; Urteil des BVGer B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 49 N. 32 f. mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage, Basel 2013, N. 2.185 f. mit Hinweisen; siehe zum Ganzen Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2").

## **7.4.2**

**7.4.2.1** Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Tatsache, dass die beratenen Unternehmen vor allem einen im Rahmen der Optionen 1 und 2 anfallenden grossen Aufwand entschädigen, womit die nachgefragte Leistung insoweit nicht von der Vergabestelle bezahlt wird, nichts daran ändert, dass ein Beschaffungsgeschäft vorliegt (vgl. E. 2.4.4.1 hiervor). Die Beschwerdeführerin führt dazu indessen aus, dass das in der Rechtsprechung geforderte Verhältnis von 20 Prozent der Gesamtpunktzahl für den Preis und 80 Prozent der Gesamtpunktzahl für weitere Zuschlagskriterien verletzt werde, weil als Preis eigentlich nur der vom Gemeinwesen zu entschädigende Preis gelte (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 30).

Die Vergabestelle kommt einerseits sinngemäss zum Schluss, dass wenn die Anwendung des Vergaberechts nicht mit der Begründung, dass die beratenen Unternehmen wesentliche Teile der Dienstleistung selbst zu bezahlen haben, in Frage gestellt werden kann, dies auch dazu führt, dass die gewählte Preisbewertungsmethode nicht angegriffen werden kann (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 2). Ausserdem sei es aufgrund der Auslagerung bzw. des durch diese geschaffenen exklusiven Zugangs zum stark eingeschränkten schweizweiten Zielvereinbarungsmarkt unerlässlich, die Energieberatungsdienstleistungen in die

Preisbewertung einzubeziehen (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 15).

**7.4.2.2** Unbestritten ist jedenfalls, dass der von der Vergabestelle bezahlte Preis für den Grundauftrag (Konzeptionierung des Beraterpools) und die Optionen 3 und 6 gegenüber den Optionen 1 und 2 (Betrieb des Beraterpools) kaum ins Gewicht fällt. Die Vergabestelle geht dabei davon aus, dass die Option 1 faktisch zum Grundauftrag gehört und zwingend abgerufen wird (vgl. dazu ausführlich E. 7.4.4 hiernach). Das führt dazu, dass wenn nur die von der Vergabestelle bezahlte Summe unter dem Kriterium Preis berücksichtigt werden dürfte, fraglich wäre, ob der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gewichtung des Preises nachgelebt wird. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass der Preis der nachgefragten Leistung auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20 Prozent Berücksichtigung finden muss (BGE 143 II 553 E. 6.4 "Seewasserwerk Moos"; im gleichen Sinne Urteil des BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2.2 "trattamento acque Monte Ceneri"). Es gilt demnach im Folgenden zu prüfen, ob auch der von den beratenden Unternehmen bezahlte Preis als Preis im beschaffungsrechtlichen Sinne verstanden werden kann.

**7.4.2.3** Die klassische öffentliche Beschaffung impliziert, dass sowohl die dem Gemeinwesen angebotene Leistung als auch die vom Gemeinwesen zu entrichtende Gegenleistung im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bewertet wird (BGE 143 II 553 E. 7.1 "Seewasserwerk Moos"; ROBERT WOLF, Preis und Wirtschaftlichkeit, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 ff., S. 12). Der Kern der Aussage von WOLF betrifft indessen die Differenzierung zwischen Leistung und Gegenleistung (vgl. dazu auch CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, S. 329 ff., Rz. 3; BERTRAND R. REICH, Le prix, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, S. 429 ff., Rz. 12). Dementsprechend weist WOLF auch darauf hin, dass das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu ermitteln ist (a.a.O., S. 12). Ein weiterer wichtiger Aspekt des Preisbegriffs ist die Abgrenzung zum Zuschlagskriterium "Kosten" im Sinne von Art. 21 aBöB. Dieser Aspekt wird zusätzlich durch das Zuschlagskriterium "die während der ganzen Lebensdauer zu erwartenden Kosten" im Sinne von Art. 27 Abs. 2 aVöB betont. Dem Preis und den Kosten ist nach dem hier zur Anwendung gelangenden alten Recht, das im Unterschied zu Art. 29 BöB keine Internalisierung von Externalitäten

vorsieht, gemein, dass sie sich im Sinne eines monetären Vorteils auswirken müssen (MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, in: Zuferey/Stöckli [Hrsg.]. Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., S. 166; vgl. diesbezüglich zum neuen Recht SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 330 f. Rz. 7). Die Kosten können demnach als Zuschlagskriterium verstanden werden, das den Preis (Beschaffungskosten) und beispielsweise die Unterhaltskosten als Subkriterien beinhaltet. Ebenso ist es möglich, sowohl den Preis als auch die Kosten (ohne Beschaffungskosten) als Zuschlagskriterien vorzusehen. Die Kosten können aber nicht Subkriterium des Zuschlagskriteriums Preis sein (SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 331 Rz. 9).

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Begriff des Preises zwei wichtige Funktionen hat. Erstens soll er die Leistung von der Gegenleistung abgrenzen und zweitens soll er dazu dienen, die eigentlichen Beschaffungskosten von den übrigen Kosten zu unterscheiden. Es muss sich aber nicht begriffsnotwendig um eine "Leistung des Gemeinwesens" handeln. Das Bundesgericht (BGE 143 II 553 E. 7.1 "Seewasserwerk Moos") geht insoweit naheliegenderweise vom klassischen Fall aus. Wenn aber das Vorliegen einer Konzession die Anwendung des Beschaffungsrechts nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht ausschliesst (vgl. E. 2.4.4.1 hiervor), führt das dazu, dass im Rahmen einer Auslagerung auch ein Preis, der von Dritten bezahlt wird, als Preis im Sinne von Art. 21 aBöB bewertet werden darf.

### **7.4.3**

**7.4.3.1** Mit der soeben erörterten Frage, ob die durch die beratenen Unternehmen zu zahlenden Entschädigungen als Preis bewertet werden dürfen, verwandt ist die nächste zu behandelnde Rüge der Beschwerdeführerin. Sie beanstandet, dass beim Zuschlagskriterium ZK 01 Preis eine Aufteilung in (gewichtete) Unterkriterien fehle, welche in vergaberechtskonformer Weise der Tatsache Rechnung tragen würde, dass die Optionen 1 und 2 auf Schätzungen und Stundenansätzen basieren. Faktisch komme damit den Optionen, deren Kosten durch die beratenen Unternehmen und nicht durch die öffentliche Hand zu tragen sind, unter dem ZK 01 eine grössere Gewichtung zu als dem Grundauftrag, der vom Bund bezahlt werde (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 102). Der einzugebende maximale Stundenansatz für Energieberatungsleistungen falle durch die vorgegebene Multiplikation mit einer Anzahl von insgesamt 1,6 Mio. Stunden in den Optionen 1 und 2 dermassen hoch ins Gewicht, dass in Tat und Wahrheit

alle anderen Positionen wie die Grundleistungen und die Optionen 3-6 bei der Punktvergabe anhand des Kriteriums Preis nicht ins Gewicht fallen würden (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 105).

**7.4.3.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, der Stundenansatz sei durchaus ein geeignetes bzw. vergaberechtskonformes Kriterium zur Beurteilung, da doch die Wirtschaftlichkeit einer der Grundsätze des Beschaffungsrechts sei. Der Preis für die Energieberatungsdienstleistungen sei tatsächlich sehr gewichtig und dies solle in den Ausschreibungsunterlagen auch entsprechend abgebildet werden. Ob der Preis mittels eines einzigen Zuschlagskriteriums oder mittels Unterkriterien oder mittels verschiedener Zuschlagskriterien bewertet werde, liege im Ermessen der Vergabestelle (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 52). Soweit die Beschwerdeführerin argumentiere, die Vergabestelle setze den falschen Anreiz, den Fixpreis für den Grundauftrag aufzublähen und dafür den weitaus gewichtigeren Stundenansatz etwas tiefer zu offerieren, beschreibt die Vergabestelle das seitens der Beschwerdeführerin verwendete Rechenbeispiel als unrealistisches Extremszenario. Ausserdem könnten Spekulationsofferten sowie Dumpingangebote allenfalls ausgeschlossen werden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 47 ff.).

**7.4.3.3** Im Folgenden ist demnach zu erörtern, ob die einzelnen dem Preiskriterium zugrundeliegenden Kostenelemente durch Bildung von gewichteten Subkriterien getrennt zu bewerten sind. Der Sachverhalt ist dahingehend unstrittig, dass die Vergabestelle die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung mit der Ausschreibung bekannt gegeben hat (vgl. E. 7.1 hier-  
vor). Es werden allerdings mit einer einzigen Formel sämtliche Kosten, das heisst die Kosten für den Grundauftrag und für die Optionen 1-6, gemeinsam bewertet (Pflichtenheft, Ziff. 6.2).

**7.4.3.4** Zunächst ist auf die klassische Rechtsfrage hinzuweisen, inwieweit sich aus dem Transparenzgebot eine Regel ableiten lässt, wonach nebst den Zuschlagskriterien auch Subkriterien bekannt zu geben sind (vgl. dazu E. 7.4.1.2 hier-  
vor). Selbst soweit das Bundesgericht im Unterschied zur Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen davon ausgeht, dass Subkriterien nicht bekannt gegeben werden müssen (BGE 130 I 241 E. 5.1 mit Hinweisen "tranchée couverte A9"; Urteil 2C\_951/2019 vom 16. Juli 2020 E. 6.3 "gestion du personnel temporaire"; vgl. dazu MARTIN BEYELER, Besprechung des Zwischenentscheids des BVGer B-587/2018 vom 3. April 2019, in: Baurecht 4/2019, S. 217 Nr. 348), macht es insoweit

eine Ausnahme, als es verlangt, dass jedenfalls Subkriterien bekannt zu geben sind, welche nicht nur dazu dienen, das publizierte Zuschlagskriterium zu konkretisieren (BGE 130 I 241 E. 5.1 "tranchée couverte A9"). Diese Überlegungen sind im vorliegenden Fall nicht direkt fallentscheidend, aber in gewisser Weise verwandt mit der nun zu erörternden Frage, ob die Vergabestelle verpflichtet ist, Kriterien so durch Subkriterien zu konkretisieren, dass eine Grundlage für eine der Zielsetzung und Gewichtung der Hauptkriterien entsprechende Bewertung geschaffen wird.

**7.4.3.5** Die Frage, ob zur möglichst dem Sinn und der Gewichtung der Zuschlagskriterien entsprechenden Bewertung Subkriterien zu bilden sind, ist letztlich weitgehend identisch mit der Frage, ob eine Bewertungsmethode rechtlich zulässig ist (vgl. diesbezüglich und namentlich zum Ermessensspielraum der Vergabestelle E. 7.4.1.2 hiervor). Die Bewertungsmethode ist besonders relevant in Bezug auf das Zuschlagskriterium Preis. Es soll eine durch die Bewertungsmethode bewirkte "effektive Gewichtung" vermieden werden, welche nicht der publizierten Gewichtung des Zuschlagskriteriums entspricht (BGE 130 I 241 E. 6 "tranchée couverte A9"; BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 "Produkte zur Innenreinigung I"). Das gilt besonders bei niedriger Gewichtung des Preises. Wenn keine Subkriterien gebildet werden, kann dies mit einer nicht rechtskonformen Bewertungsmethode vergleichbare verzerrende Effekte haben. Dadurch kann namentlich die Gewichtung der Hauptkriterien konterkariert werden. Indessen kann aber auch Ungleiches nicht nach der Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden, wodurch dem Gebot der Gleichbehandlung nicht nachgelebt wird.

**7.4.3.6** Nach dem Gesagten sind im Folgenden die Kosten, die von privaten Dritten für den Betrieb der Beraterpools (Optionen 1, 2, 4 und 5) geschuldet sind und den beratenen Unternehmen überwältzt werden, von denjenigen Beschaffungskosten zu unterscheiden, die beim Gemeinwesen anfallen (Grundauftrag sowie die Optionen 3 und 6). Dabei geht es nicht darum, ob für Grundauftrag einerseits und Optionen andererseits gewichtete Subkriterien vorzusehen sind (vgl. dazu E. 7.4.4 hiernach), sondern ob schon wegen der unterschiedlichen Preisarten und der Vermischung von von der Auftraggeberin und von den beratenden Unternehmen zu entschädigenden Leistungen gewichtete Subkriterien zu definieren sind. Die Vergabestelle hat den vorliegenden Auftrag mit einem geschätzten Auftragswert von 300 Millionen Franken öffentlich ausgeschrieben (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 16). Für die Option 1 schätzt die Vergabestelle einen Aufwand von 1'000'000 Stunden

und für die Option 2 einen solchen von 600'000 Stunden. 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 ergibt die Multiplikation desselben Stundenansatzes mit den geschätzten 600'000 Stunden nochmals 90 Mio. Franken. Demgegenüber geht die Auftraggeberin davon aus, dass für die Grundleistung, also die Konzeptionierung des Beraterpools, auch mit einer unterschwelligen Angebotssumme offeriert werden könnte. Die Summe von Grundleistung und den ebenfalls vom Bund bezahlten Optionen 3 und 6 überschreitet zwar nach der Schätzung der Vergabestelle den massgeblichen Schwellenwert, bleibt aber aller Voraussicht nach im sechsstelligen Bereich (vgl. dazu E. 2.5 hiervor). Zugleich betont nicht nur die Beschwerdeführerin die Bedeutung der konzeptionellen Grundleistung (vgl. etwa Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 6 ff, Rz. 18). Aus dem Pflichtenheft wird klar, wie bedeutungsvoll die Konzeptionierung des Beraterpools (inkl. Konzeptionierung einer Koordinationsstelle) ist. Es gilt, das mögliche Vorgehen von der Kontaktaufnahme des Unternehmens bis zum erfolgreichen Abschluss einer Zielvereinbarung und der Begleitung beim jährlichen Monitoring der Zielvereinbarung zu erarbeiten und darzustellen. Im Konzept sollen somit die Koordination der Aufträge der Energieberater, Fachsupport und Qualitätssicherung der Zielvereinbarungen und Monitoringberichte aufgenommen werden (Pflichtenheft, S. 11 Punkt 3.3.1). Darauf wird zurückzukommen sein.

**7.4.3.7** Die Vergabestelle stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, dass sie mit Blick auf das Ziel der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gehalten sei, jeden Franken, der unter der Preisbewertung zu berücksichtigen ist, gleich zu behandeln, was ihres Erachtens die Bildung von Subkriterien im Ergebnis ausschliesst (Duplik im Hauptverfahren vom 23. September 2020, Rz. 17). Diese Frage würde sich in dieser Form aber nur stellen, wenn von gleichen Preis- bzw. Entschädigungsarten auszugehen wäre (vgl. dazu den Entscheid VB.2016.00303 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 2. März 2017 E. 4.2 und das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 810 19 15 vom 25. September 2019 E. 5.5.1). Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die unterschiedliche Preisart möglicherweise ein Argument sein kann, um das Verwenden von Subkriterien und deren Gewichtung zu begründen. Es hat zugleich mit Blick auf den Ermessensspielraum der Auftraggeberin

die Frage offen gelassen, ob die Vergabestelle nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, Regiearbeiten anders zu gewichten als einen zu einem Fixpreis anzubietenden Offertbestandteil (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.5.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). SCHNEIDER HEUSI geht diesbezüglich davon aus, dass die Auftraggeberin, wenn sie zum Beispiel bei Werkleistungen nebst der Hauptvergütung zusätzlich Regieansätze bewerten will, dieses Preiskriterium als separates Unterkriterium zu benennen hat und dieses vergleichsweise nur untergeordnet gewichten darf (SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 335 Rz. 25). Es ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter zu vertiefen, inwieweit die Berechtigung oder gar die Verpflichtung der Vergabestelle zu einem derartigen Vorgehen von der Bedeutung der in Frage stehenden Regiearbeiten abhängig ist (vgl. zur Bedeutung der Regiearbeiten mutatis mutandis das Urteil WBE.2019.440 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2020 E. 2.2).

**7.4.3.8** Der vorliegende Fall ist nicht nur dadurch gekennzeichnet, dass unbestrittenermassen völlig unterschiedliche Preisarten zu bewerten sind. Ausserdem ist der Preis – wie festgestellt und im Grundsatz zulässig (vgl. E. 7.4.2.1 hiervor) – teilweise (insb. Optionen 1 und 2) durch die beratenen Unternehmen und teilweise durch die öffentliche Auftraggeberin selbst zu bezahlen, was für einen öffentlichen Auftrag eine atypische Konstellation ist. Drittens sind die Optionen 1 und 2 im Verhältnis zum Grundauftrag von einem geradezu erdrückenden Gewicht, sodass es sachgerecht erscheint, insbesondere der für den Projekterfolg sehr bedeutsamen Konzeptionierung des Beraterpools durch eine adäquate Gewichtung mehr Bedeutung zu verleihen als ihm gemäss der Bewertungsmethode der Vergabestelle zukommt. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle unter den genannten Voraussetzungen – bei aller gebotenen Rücksicht auf den ihr zustehenden Ermessensspielraum – im vorliegenden Fall mit Blick auf die Gefahr der verzerrenden Wirkung der gewählten Preisbewertungsmethode nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, für die nach unterschiedlichen Preisarten bewerteten und von unterschiedlichen Akteurinnen zu entschädigenden Offertbestandteile in Bezug auf die Bewertung des Preises gewichtete Subkriterien vorzusehen. Die Beschwerde erweist sich demnach insoweit als begründet. Mit Blick auf dieses Ergebnis kann offen bleiben, ob sich aus einer von der Beschwerdeführerin angenommenen Pflicht zur Vermeidung von spekulativen bzw. Dumpingangeboten dieselbe Verpflichtung der Vergabestelle ableiten lassen würde. Soweit die Beschwerdeführerin nicht nur die erdrückende Dominanz, sondern auch die

Eignung des für die Optionen 1 und 2 zu offerierenden maximalen Stundenansatzes (multipliziert mit der geschätzten Anzahl Stunden) beanstandet, verkennt sie indessen den bedeutenden Spielraum, der der Vergabestelle in der Ausübung ihres Ermessens zusteht.

#### **7.4.4**

**7.4.4.1** Weiter steht die Frage im Raum, ob gemäss der Bewertungsmethode nach ZK 01 "Preis" die Optionen korrekt bewertet werden, obwohl ihre Ausübungswahrscheinlichkeit nicht gewichtet wurde. Die Vergabestelle führt dazu aus, sie habe sich durch die Beschreibung des tatsächlichen Betriebs des Beraterpools lediglich vorbehalten wollen, diese Option nicht auszulösen, wenn die Konzeptionierung eine ungenügende Qualität aufweisen sollte, welche den erforderlichen Betrieb des Beraterpools nicht erwarten lassen würde. Somit handle es sich nicht um eine klassische Option, deren Ziehung im freien Ermessen der Vergabestelle liege (wie z.B. eine Option auf Verlängerung). Eine allenfalls unkorrekte Benennung als Option könne ihr jedenfalls nicht schaden, wenn das Gericht zum Schluss komme, dass es der Sache nach um ein Teilelement des Grundauftrags gehe (Vernehmlassung im Hauptverfahren vom 3. August 2020, Rz. 3 ff.).

**7.4.4.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 festgestellt, dass die Vergabestelle bei der Bewertung des Preises unter der Berücksichtigung der Eintretenswahrscheinlichkeit Subkriterien vorsehen und durch Gewichtung die Bedeutung der Optionen bestimmen darf (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.5.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). Das bedeutet indessen noch nicht, dass sie dazu generell rechtlich verpflichtet ist. SCHNEIDER HEUSI geht diesbezüglich davon aus, dass je unbestimmter die Vergabestelle eine Option darstellt bzw. je mehr sie ihre Auslösung offenlässt, umso weniger ist ein Optionspreis in die Bewertung miteinzubeziehen (SCHEIDER HEUSI, a.a.O., Rz. 38). Das bedeutet unter Umständen also nicht nur eine Gewichtung, sondern dass die Option im Rahmen der Preisbewertung allenfalls gänzlich unberücksichtigt bleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.5.4 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). Des Weiteren hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass in Bezug auf die Frage, ob für Grundauftrag und Optionen gewichtete Subkriterien angezeigt sind, auch der Umfang des Grundauftrags im Verhältnis zu

den Optionen relevant sein kann, wenn die Optionen deutlich umfangreicher sind als der Grundauftrag (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.5.5 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). So oder anders ist in Bezug auf die Beurteilung der exakten Gewichtung von Optionen, deren Eintrittsvoraussetzungen unklar sind, im Rahmen der Rechtskontrolle Zurückhaltung zu üben (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.5.13).

**7.4.4.3** Von ihrer Bedeutung her fallen die Optionen 1 und 2 in einer Weise ins Gewicht, welche geeignet ist, die Frage nach einer Rechtspflicht zur Gewichtung aufzuwerfen. Mit der vorliegend strittigen Ausschreibung betreffend das Los 1 werden die Voraussetzungen der Ausübung der Optionen 1 und 2 in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten. Die Vergabestelle bezieht die Option 1 "Betrieb des Beraterpools" (während vier Jahren), sobald eine Anbieterin den Beraterpool und die Koordinationsstelle erfolgreich konzeptioniert hat; die Konzeptionierung ist Gegenstand einer "Abnahme" durch die Auftraggeberin (Pflichtenheft, S. 15, S. 20). Die Option 2, also die (einmalige) "Verlängerung Betrieb" um zwei Jahre, wird ausgeübt, sofern sämtliche unter Anhang 001 eingefügten Eignungskriterien nach Ablauf von Option 1 immer noch erfüllt werden (Pflichtenheft, S. 18, S. 20). Damit liegt eine andere Situation vor, als sie dem Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 zugrunde gelegen hat. Erstens war die dort beurteilte Frage nach der Eintretenswahrscheinlichkeit dadurch geprägt, dass die Auftraggeberin die Entwicklung der rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen in Bezug auf CO<sub>2</sub>-Gesetz und Energiegesetz nicht in der Hand hat. Demgegenüber hat sie massgeblichen Einfluss darauf, ob sie die Option des Betriebs des Beraterpools abrufft. Ausserdem ist klar, dass der Betrieb des Beraterpools nach dem Konzept der Vergabestelle mit Blick auf das Ziel, Unternehmen zu beraten, absolut unverzichtbar ist. Es kann der Vergabestelle auch dahingehend zugestimmt werden, dass wenn eine Option der Sache nach einem Element des Grundauftrags zumindest nahekommt, die allenfalls kritisierbare Bezeichnung als Option im vorliegenden Zusammenhang nicht schadet. Des Weiteren ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle davon ausgeht, dass wenn eine Anbieterin aufgrund einer vertieften Prüfung von Eignung und Offerte den Zuschlag erhält, auch mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit die "Abnahme" besteht, was zur Auslösung der Option 1 führt. Auch in Bezug auf die Option 2 sind die Voraussetzungen der Optionsausübung klar geregelt, womit der Vergabestelle bei gegebenen Voraussetzungen deutlich weniger Ermessensspielraum in Bezug auf die Ausübung der Option belassen wird als üblich. Gesamthaft betrachtet geht die Vergabestelle damit zu Recht davon aus, dass

die Optionen 1 und 2 mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit bezogen werden. Die exakte Gewichtung einer sehr hohen Eintretenswahrscheinlichkeit der Optionen liegt im Ermessen der Vergabestelle. Damit erweist sich das Unterlassen einer Gewichtung insoweit als rechtmässig. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet. Demnach ist nicht weiter auf den Umstand einzugehen, dass sich die Feststellungen zu gewichteten Subkriterien in Bezug auf die Preisart (vgl. E. 7.4.3.7 hiervor) im Ergebnis auch im Sinne einer Gewichtung der Optionen 1 und 2 auswirken.

**7.4.5** Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, der unter ZK 01 "Preis" einzugebende maximale Stundensatz bilde den von Unternehmen zu begleichenden Preis nur unvollständig ab, weil der Preis tatsächlich höher ausfalle, wenn die umzulegenden Zentralisierungskosten hoch sind. Hinsichtlich der umzulagernden Kosten hält Ziff. 3.3.2 des Pflichtenhefts fest, dem Beraterpool werden die Kosten für den Betrieb und Unterhalt der IT-Lösung gemäss Los 2 und den Betrieb der Geschäftsstelle gemäss Los 3 als Gemeinkosten in Rechnung gestellt. Die Kosten sind auf Unternehmen, die eine Zielvereinbarung abschliessen und umsetzen, umzulegen und ihnen in Rechnung zu stellen. Die Kosten werden demnach dem Beraterpool in Rechnung gestellt und nicht vom Beraterpool festgelegt. Die umzulagernden Kosten entstehen unabhängig von den beim Beraterpool anfallenden Kosten, womit sie keinen Einfluss haben auf die Bildung des einzugebenden Stundensatzes, der eben (nur) die Kosten der Beraterpools mitumfasst. Die diesbezügliche Rüge ist daher unbegründet.

**7.4.6** Schliesslich ist hinsichtlich der Beanstandung, dass das ZK 01 "Preis" unklar sei, das Folgende festzuhalten: Die Beschwerdeführerin begründet die Rüge, es hätten Unklarheiten betreffend den maximalen Stundenansatz, Preisdumping, tatsächliche Kosten, die Bewertung des Preises und die Umlagekosten bestanden, mit Hinweis auf die auf SIMAP per 12. Mai 2020 im publizierten Fragen- und Antwortenkatalog zum Projekt Nr. 203150 gestellten Fragen 12, 20 ff., 35, 37, 54, 58, 62 ff., 89, 93 ff., 99 f. Es ist nicht zu verkennen, dass es aufgrund der Komplexität der Auslagerung mit einem Wettbewerbsmodell für die Erstellung eines Angebots gemäss der vorliegenden Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen eines gewissen Aufwandes bedarf. Allerdings bestand im Vergabeverfahren die Möglichkeit, Nachfragen anzustellen. Die Fragen wurden allesamt beantwortet. Es wurden etwa Fragen gestellt und beantwortet, die das konkrete Angebot betreffen, zum Beispiel die Frage, ob die Durchschnittszahlen im Pflichtenheft auf S. 17, die die Grundlage für die Anzahl Stunden, die im Preisblatt zur Bestimmung des Kostendaches veranschlagt werden,

bindend sind. Die Zahlenwerte seien nicht bindend. Sie würden dazu dienen, die Vergabesumme zu berechnen, womit eine plausibel begründete Abweichung zulässig sei (Frage 20 und 21). Weiter beschreiben die Ausschreibung und die Beilagen die Anforderungen detailliert (vgl. oben E. 7.1). Die Rüge, die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen seien in Bezug auf den maximalen Stundenansatz, Preisdumping, tatsächliche Kosten, die Bewertung des Preises und die Umlagekosten unklar, ist demnach unbegründet (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 9.6; FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 108 und Rz. 116). Nicht Gegenstand einer Rüge sind die Antworten der Vergabestelle.

**7.4.7** Zusammenfassend ergibt sich hinsichtlich ZK 01 "Preis" insbesondere, dass es zulässig ist, unter dem Preiskriterium bei einer Auslagerung den von Dritten zu entschädigenden Aufwand zu berücksichtigen (vgl. E. 7.4.2 hiervor). Die Vergabestelle ist in Bezug auf die Bewertung des Preises dabei im Hinblick auf die sich durch die gewählte Preisbewertungsmethode ergebende Gefahr der verzerrenden Wirkung verpflichtet, für die von unterschiedlichen Preisarten geprägten und von unterschiedlichen Akteurinnen zu entschädigenden Offertbestandteile gewichtete Subkriterien vorzusehen (E. 7.4.3). Die Eintretenswahrscheinlichkeit in Bezug auf die Auslösung der in Frage stehenden Teilleistungen der Option 1 und 2 ist so hoch, dass die Vergabestelle jedenfalls nicht verpflichtet ist, die Optionen 1 und 2 schon allein unter Berücksichtigung der Eintretenswahrscheinlichkeit zu gewichten (vgl. E. 7.4.4).

## **8.**

**8.1** Die Ausschreibung wird auch betreffend das Zuschlagskriterium ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" bemängelt. Die streitgegenständliche Ausschreibung vom 21. April 2020 für das Los Nr. 1 sieht in Ziffer 2.10, wie erwähnt (E. 7.1), folgende Zuschlagskriterien vor:

"ZK 01 Preis: Gewichtung 30%

ZK 02 Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung: Gewichtung 20%

ZK 03 Auftragsanalyse und Qualität der Offerte: Gewichtung 25%

ZK 04 Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater: Gewichtung 25%"

Die detaillierte Beschreibung des Zuschlagskriteriums ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" lautet (Pflichtenheft, Anhang 001, S. 13 f.):

Katalog Zuschlagskriterien					
Nr.	Frage und Nachweis	Angewendete Taxonomie	Anbietertaxierung	Dokumentation der Leistungen	Max. Punkte
ZK03	<p><b>Auftragsanalyse</b></p> <p>Die Auftragsanalyse soll die folgenden Punkte plausibel und nachvollziehbar beschreiben:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Handling des Eingangs von Anfragen</li> <li>• Prozess der Offert- und Rechnungsstellung für Unternehmen bis und mit abgeschlossener Zielvereinbarung (inkl. Umlagekosten, Gebührenmodell)</li> <li>• Aufzeigen wie die Akquisition neuer Energieberater erfolgen soll (personelle Flexibilität) und Liste der bereits vorhandenen Energieberater sowie deren 2021 zur Verfügung stehende Kapazität</li> <li>• Vorgehen, wenn zu wenige Berater akquiriert werden konnten oder nicht alle Landesteile geeignet abgedeckt sind.</li> </ul> <p><b>Nachweis/Form</b></p> <p>Der Anbieter präsentiert auf maximal 10 A4 Seiten als Beilage der Offerte seine Aufgabenanalyse. Er beschreibt in detaillierter, vollständiger und nachvollziehbarer Art, eine Beschreibung und Einschätzung der geforderten Aufgaben. Die</p>	<p>Die <b>volle Punktzahl</b> wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse vollständig, plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden und die Anforderungen aus dem Pflichtenheft erfüllen.</p> <p>Die <b>halbe Punktzahl</b> wird vergeben, wenn mindestens drei der vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse vollständig, plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden und die Anforderungen aus dem Pflichtenheft erfüllen.</p> <p>Ein Viertel der <b>Punktzahl</b> wird vergeben, wenn mindestens zwei der vier geforderten Punkte in der Aufgabenanalyse vollständig, plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden und die Anforderungen aus dem Pflichtenheft erfüllen.</p> <p><b>Keine Punktzahl</b> wird vergeben, wenn weniger als zwei der vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden oder die Anforderungen aus dem Pflichtenheft erfüllen.</p>	<input type="checkbox"/> erfüllt <input type="checkbox"/> mehrheitlich erfüllt <input type="checkbox"/> teilweise erfüllt <input type="checkbox"/> nicht erfüllt	<input type="checkbox"/> Der Anbieter bestätigt die Auftragsanalyse mit den links geforderten Punkten erstellt zu haben.  <i>Angaben hier einfügen</i>	250

Umsetzung und Organisation sowie die Strukturen und Abläufe werden bewertet.				
--	--	--	--	--

## 8.2

**8.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, mit dem Zuschlagskriterium ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" gehe der Zuschlag nicht an das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 21 aBöB) und das Transparenzgebot werde missachtet. Zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots müssten nebst dem Preis leistungsbezogene Kriterien qualitativer Natur herangezogen werden. Den Qualitätskriterien komme umso mehr Gewicht zu, je komplexer und anspruchsvoller die ausgeschriebene Dienstleistung sei. Bei der vorliegend strittigen Ausschreibung zu Los 1 sei es in erster Linie um die Ausarbeitung eines Konzepts für den Beraterpool gegangen, dessen Betrieb auf mehrere Jahre ausgelegt sei. Bei der Ausschreibung handle es sich damit um die Vergabe einer komplexen Dienstleistung, für welche qualitative Zuschlagskriterien massgebend sein müssten. Mit den qualitativen Zuschlagskriterien ZK 02 "Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung", ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" und ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater" werde das Qualitätsniveau demgegenüber tendenziell zu tief angesetzt (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 83 ff.).

**8.2.2** Ausserdem werde das Transparenzgebot missachtet, weil die Unterkriterien (gemeint: Punkte) gemäss ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" nicht gewichtet worden seien. Die Beschwerdeführerin begründet dies damit, dass, weil die Zuschlagskriterien ZK 02 und ZK 04 die Qualität unzureichend abbilden würden, der Auftragsanalyse nach ZK 03 für die Beurteilung der Qualität besondere Bedeutung zukäme. Bei den im Anforderungskatalog auf S. 13 zu ZK 03 genannten Punkten handle es sich tatsächlich nicht um Konkretisierungen der Auftragsanalyse und insbesondere der Qualität der Offerte. Die Auflistung werfe daher die Frage auf, ob mit den genannten Punkten die Qualität sachgerecht und ausreichend differenziert erfasst würde und wie einzelne der aufgelisteten Aspekte von der Bedarfsstelle gewichtet würden. Hinzu komme, dass das anzuwendende Bewertungssystem (Taxonomie) unzureichend abgestuft sei, um eine hinreichend differenzierte Beurteilung der hoch zu gewichtenden Qualität zu gewährleisten. Die gewählte Taxonomie mit lediglich vier Abstufungen ge-

nüge den vergaberechtlichen Anforderungen an die hinreichend differenzierte Bewertung der Qualität nicht. Der Schritt von einer Bewertung mit der vollen Punktzahl, wenn alle vier geforderten Punkte erfüllt sind, hin zu einer Bewertung mit der halben Punktzahl, wenn drei der vier Kriterien gegeben sind, führe tendenziell dazu, dass eine ausreichend differenzierte Beurteilung der Qualität der Offerten de facto nicht vorgenommen werde (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 90 ff.; Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 33 ff.).

### **8.3**

**8.3.1** Die Vergabestelle entgegnet dem, sie habe mit ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" eine Auftragsanalyse als Kriterium aufgestellt, weil sie es als zentral erachte, dass die Zuschlagsempfängerin den als komplex zu qualifizierenden Auftrag auch tatsächlich verstanden habe. Daher verlange sie von der Anbieterin die Erstellung einer Auftragsanalyse, in der sie in vollständiger und nachvollziehbarer Art die geforderten Aufgaben beschreiben und einschätzen müsse (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 19).

**8.3.2** Zum Vorbringen, das ZK 03 würde die Qualität ungenügend wiedergeben, legt die Vergabestelle dar, sie habe in den Aufzählungen der Unterkategorien zu ZK 03 die von der Vergabestelle verlangten Punkte klar und verständlich aufgelistet, die dann anhand der vorgegebenen Taxonomie bewertet würden. Bei den vermeintlichen Unterkategorien (gemeint: Punkte) handle es sich lediglich um Konkretisierungen des Zuschlagskriteriums. Es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die angegebene Taxonomie unzureichend differenziert sein sollte. Die Taxonomie gemäss ZK 03 sei offener und funktionaler gehalten als bei den übrigen Zuschlagskriterien, um besser auf die unterschiedlichen Ansätze der Anbieter bei den Analysen eingehen zu können. Sie erfolge aber nach einem klar vorgegebenen Bewertungsschema (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 40 ff.).

### **8.4**

**8.4.1** Strittig ist demnach, ob sich das ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" und die Beurteilungsmatrix des ZK 03 zur Bewertung der Qualität eignen. Wie erwähnt (vgl. oben E. 7.4.1.2), sind Zuschlagskriterien im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben. Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien

verfügt die Vergabestelle über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Sie hat von diesem Ermessen im Rahmen der vorliegend strittigen Ausschreibung Gebrauch gemacht und das Zuschlagskriterium ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" aufgestellt.

#### **8.4.2**

**8.4.2.1** In Bezug auf die Beurteilung der Ermessensausübung bei der Aufstellung der Beurteilungsmatrix gemäss ZK 03 ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht betreffend die Vergabe des Loses 2 gemäss E. 5.6 des Urteils B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 die Frage gestellt hat, ob sich ein für die Bewertung der Auftragsanalyse betreffend Los 2 verwendetes Bewertungssystem, bestehend aus lediglich drei Noten A (100 Prozent der erreichbaren Punkte), B (50 Prozent der erreichbaren Punkte) und C (0 Prozent der erreichbaren Punkte) als rechtmässig erweist. In diesem Zusammenhang wurde auf den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 "Casermettatunnel" hingewiesen. Darin hat das Gericht wiederum festgestellt, dass die Vergabestelle mit der angewandten Notenskala 0 bis 5 ein Benotungssystem gewählt habe, welches besser differenziere und den Qualitätsunterschieden eher Rechnung trage als eine Notenskala mit weniger Bewertungsstufen, etwa die vom Experten angesprochene Notenskala von 1 bis 3. Damit ist nicht automatisch der Umkehrschluss gezogen, dass eine Notenskala von 1 bis 3 generell rechtswidrig ist. Indessen ist die Qualitätsbewertungsmethode jedenfalls so zu wählen, dass eine (offensichtliche) Diskrepanz zwischen der bekannt gegebenen Gewichtung und der "effektiven" Gewichtung vermieden wird (BVG 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I"). Gestützt darauf erwog das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 betreffend den Zuschlag des Loses 2 gemäss E. 5.6 zunächst, dass in der Ausschreibung betreffend Los 2 die Qualität mit insgesamt 70 Prozent und das Zuschlagskriterium ZK 03 "Auftragsanalyse" mit 40 Prozent hoch gewichtet worden seien, was eine gewisse Aufmerksamkeit im Hinblick auf die Differenzierungsmöglichkeiten zur Folge haben müsse. Die Vergabestelle habe sich aber bei der Auftragsanalyse, die am deutlichsten gemessen werden könne, einzig darauf abgestellt, ob die Punkte plausibel beschrieben bzw. aufgezeigt werden, wobei die Punkte letztlich quantitativ vergeben werden. Diese Bewertungsmethode führe fast zwangsläufig dazu, dass sämtliche Anbietenden dieselbe Punktzahl erreichen. Das Bundesverwaltungsgericht schloss,

diese Bewertungsmethode entspreche daher nicht der relativen Natur der Zuschlagskriterien und erweise sich demnach als rechtswidrig.

**8.4.2.2** Die qualitativen Zuschlagskriterien werden mit der vorliegend strittigen Ausschreibung betreffend das Los 1 mit 70 Prozent hoch gewichtet. Indessen wird das zu beurteilende Zuschlagskriterium ZK 03 "Auftragsanalyse und Qualität der Offerte" mit 25 Prozent gewichtet. Bereits insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall deutlich von der Ausschreibung für das Los 2. Die Beurteilungsmatrix sieht vor, dass Punkte erteilt werden, wenn jeweils ein Aspekt des Auftrags hinreichend beschrieben wird. Die Aspekte sind das Handling des Eingangs von Anfragen, die Offert- und Rechnungsstellung, die Akquisition von Energieberatern und das Vorgehen bei zu wenigen Energieberatern. Demnach sind in Bezug auf die Taxonomie vier verschiedene Gesichtspunkte relevant. Dabei kann die volle Punktzahl, die Hälfte oder ein Viertel der Punktzahl erreicht werden je nachdem, wie viele der Gesichtspunkte hinreichend beschrieben werden. Werden weniger als zwei der vier geforderten Punkte plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt, werden keine Punkte zugesprochen. Damit werden insoweit mehr Differenzierungsmöglichkeiten geschaffen als in Bezug auf das vergleichbare ZK 03 im Rahmen der Ausschreibung des Loses 2, bei welchem nur die volle Punktzahl, die Hälfte der maximalen Punktzahl oder gar keine Punkte vergeben werden konnten (vgl. Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.4). Ausserdem werden im vorliegenden Fall pro Punkt im Vergleich konkretere Anforderung an die Auftragsanalyse vorgegeben. Zum Beispiel wird bei der Offert- und Rechnungsstellung verlangt, dass das Umlagemodell zu umschreiben ist. Zusätzliche Anforderungen ergeben sich aus der Taxonomie, namentlich, dass "die Anforderungen aus dem Pflichtenheft" erfüllt sein müssen. Es bestehen demnach Anforderungen, womit die zu vergebenden Punkte nicht ohne Weiteres erteilt werden.

Sehr vergleichbar mit der Taxonomie für das ZK 03 gemäss Los 2 ist es aber ebenfalls so, dass nicht die Qualität der Auftragsanalyse in Bezug auf die verschiedenen Gesichtspunkte relativ bewertet wird, sondern, dass in Bezug auf das ausreichende Beschreiben eines Gesichtspunkts jeweils eine JA/NEIN-Antwort massgebend ist (vgl. Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.6).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich das vorliegende Zuschlagskriterium ZK 03 in der Gewichtung und in der Differenzierung in Bezug auf die zu vergebende Punktzahl hinreichend klar von der Aus-

beschreibung betreffend das Los 2 unterscheidet. Zudem ist auch die Umschreibung der einzelnen Gesichtspunkte gemäss Anhang zum Pflichtenheft etwas aussagekräftiger. Unter diesen Umständen schadet es der Vergabestelle nicht, dass die Beanstandung betreffend den im Ergebnis eher quantitativen Vergleich in Bezug auf Los 2 eines der Argumente war, die zur Gutheissung der Beschwerde geführt haben. Vielmehr ist das seitens der Auftraggeberin gewählte Vorgehen mit Blick auf den ihr zustehenden Ermessensspielraum insgesamt aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

## 9.

**9.1** Die Ausschreibung wird auch in Bezug auf das ZK 02 "Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung" und das ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater" gerügt.

Für das Los Nr. 1 wurden in Ziffer 2.10 der streitgegenständlichen Ausschreibung vom 21. April 2020, wie bereits erwähnt (E. 7.1), die folgenden Zuschlagskriterien mitsamt Gewichtung bekannt gegeben:

"ZK 01 Preis: Gewichtung 30%

ZK 02 Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung: Gewichtung 20%

ZK 03 Auftragsanalyse und Qualität der Offerte: Gewichtung 25%

ZK 04 Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater: Gewichtung 25%"

Die detaillierte Beschreibung des Zuschlagskriteriums ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater" im Anforderungskatalog lautet wie folgt (Pflichtenheft, Anhang 001, S. 14. f.):

Katalog Zuschlagskriterien					
Nr.	Frage und Nachweis	Angewendete Taxonomie	Anbietertaxierung	Dokumentation der Leistungen	Max. Punkte
ZK04	<p><b>Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater</b></p> <p>Der Bedarfsstelle ist es wichtig, dass im Umgang mit der Beratungstätigkeit in den Unternehmen nur kompetente und erfahrene Energieberater</p>	<p>Die <b>volle Punktzahl</b> wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte nachvollziehbar durch mehr als 29 Energieberater aufgezeigt werden.</p> <p>Drei Viertel der <b>Punktzahl</b> wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte nachvollziehbar durch 25 Energieberater aufgezeigt</p>	<input type="checkbox"/> erfüllt <input type="checkbox"/> mehrheitlich erfüllt <input type="checkbox"/> teilweise erfüllt <input type="checkbox"/> nicht erfüllt	<input type="checkbox"/> Der Anbieter bestätigt den Nachweis in der «Tabelle der Zuschlagskriterien» (Anhang	250

<p>zum Einsatz kommen. Der Beraterpool bestätigt, dass Energieberater eingesetzt werden, welche:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen zu den klima- und energiepolitischen Rahmenbedingungen in der Schweiz aufweisen.</li> <li>• Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen zu den für den vorliegenden Auftrag relevanten Arikeln in der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung aufweisen.</li> <li>• Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen zur Energietechnik (thermisch und elektrisch) und Verfahrenstechnik (thermisch, mechanisch, chemisch, biologisch) im Industrie- und Dienstleistungssektor der schweizerischen Wirtschaft sowie bei der öffentlichen Hand aufweisen.</li> <li>• Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen zur Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen im Industrie und Dienstleistungssektor.</li> </ul> <p>Der Punkt gilt jeweils als erfüllt, wenn 5 Jahre Berufserfahrung im relevanten Fachgebiet oder eine relevante Ausbildung / Zertifikat mit 3 Jahren Berufserfahrung im entsprechenden Fachgebiet nachgewiesen werden können.</p>	<p>werden.</p> <p>Die <b>halbe Punktzahl</b> wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte nachvollziehbar durch 15 Energieberater aufgezeigt werden.</p> <p>Ein Viertel der <b>Punktzahl</b> wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte nachvollziehbar durch 5 Energieberater aufgezeigt werden.</p> <p><b>Keine Punktzahl</b> wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte durch weniger als 5 Energieberater aufgezeigt werden oder weniger als die vier geforderten Punkte durch Energieberater aufgezeigt werden.</p>		<p>005) ausgefüllt zu haben und hat die jeweiligen CVs beigelegt.</p> <p><i>Angaben hier einfügen</i></p>	
--	--	--	---	--

<p><b>Nachweis/Form</b></p> <p>Ausgefüllte Excel-Liste «Tabelle der Zuschlagskriterien» (Anhang 005) mit Beilage der jeweiligen Curriculum Vitae (CV). Es dürfen maximal 30 standardisierte Kurz-CVs im Umfang von maximal je eine A4-Seite beigelegt werden (siehe Anhang 006).</p>				
--	--	--	--	--

## 9.2

**9.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Gebots, wonach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag zu erteilen ist (Art. 21 aBöB). Bei der vorliegenden Ausschreibung ginge es um einen komplexen Auftrag, weshalb qualitative Kriterien massgebend seien (vgl. oben E. 8.2.1). Mit ZK 02 "Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung" und ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater" werde das Qualitätsniveau tendenziell zu tief angesetzt. So handle es sich bei ZK 02 und ZK 04 um quantitative Kriterien, die die Qualität der Angebote nur unzureichend abbilden würden (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 32 f.). Die Anwendung des ZK 04 zur Erfahrung von Energieberatern, gemäss dem von Energieberatern nur fünf Jahre Berufserfahrung bzw. ein Zertifikat mit drei Jahren Berufserfahrung im relevanten Fachgebiet verlangt würden, führe alsdann dazu, dass der Mehrwert einer langjährigen Erfahrung unberücksichtigt bleibe (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 87).

**9.2.2** Das Zuschlagskriterium ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater" verletze ausserdem das Transparenzgebot, weil mit der Beurteilungsmatrix zu ZK 04 die Subkriterien unter ZK 04, das heisst die Punkte, nicht gewichtet worden seien (Beschwerde vom 11. Mai 2020, Rz. 93).

**9.2.3** Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, es werde keine möglichst grosse Umweltwirkung erzeugt bzw. Art. 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnG verletzt, weil die Qualität mit den quantitativen Zuschlagskriterien ZK 02 und ZK 04 nicht gewährleistet sei (Replik im Hauptverfahren vom 2. September 2020, Rz. 37 ff.).

### 9.3

**9.3.1** Die Vergabestelle entgegnet, die von den Beraterpools und Energieberatern zu erbringenden Arbeiten würden gewisse Fachkompetenzen und Erfahrung im Zusammenhang mit der Energieberatungstätigkeit im Allgemeinen sowie auch betreffend die energie- und klimapolitischen Rahmenbedingungen, die Energietechnik sowie die Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen im Industrie- und Dienstleistungssektor erfordern. Um diese Kompetenzen in die Bewertung miteinfließen zu lassen, habe sie ZK 02 "Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung" und ZK 04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater" aufgestellt, mit denen sie die Erfahrung anhand klar definierter Kompetenzen nach einer nachvollziehbar und transparent dargelegten Taxonomie bewerten könne (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 18).

Die Tatsache, dass bei ZK 02 "Erfahrung des Anbieters mit Energieberatung" eine rein mathematische Evaluation in Abhängigkeit der Anzahl abgeschlossener Zielvereinbarungen zur Anwendung komme, sei nicht zu beanstanden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 36). Die nach ZK 04 vorgesehene Ausbildung sei ferner nicht zu kurz bemessen. Das für die Aufgabenerfüllung benötigte klima- und energiepolitische Fachwissen sei durch die verlangte Ausbildung und/oder Berufserfahrung erlernbar. Eine längere Dauer würde nicht zu einer höheren Qualität führen und den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränken (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 37).

**9.3.2** Die von der Vergabestelle verlangten Punkte in den Aufzählungen der Unterkategorien zu ZK 04 seien klar und verständlich. Bei vermeintlichen Unterkategorien (gemeint: bewerteten Aspekten) handle es sich lediglich um Konkretisierungen des Zuschlagskriteriums. Anbieter könnten damit verlässlich abschätzen, welcher Nachweis wie in die Bewertung einfließe (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 16. Juni 2020, Rz. 40 f.).

### 9.4

**9.4.1** Die Kriterien Erfahrung der Anbieter gemessen an der Anzahl abgeschlossener Energieberatungen (Pflichtenheft, Anhang 001, S. 12) und Erfahrung der Energieberater gemessen an der Anzahl Jahre Berufserfahrung und der Ausbildung (Pflichtenheft, Anhang 001, S. 15) sind geeignet,

um die Qualität der Angebote zu bemessen. Die Qualität der Beratung lässt sich durch die Anzahl Jahre Berufserfahrung einschätzen. Die Rügen, die Qualität lasse sich nicht quantitativ klären und die Berufserfahrung sei zu kurz bemessen, sind daher als reine Angemessenheitsrügen nicht zu hören (Art. 31aBöB). Soweit die Beschwerdeführerin auf die Umweltwirkung hinweist, hat die Vergabestelle bereits in der Ausschreibung durch die Definition der Zuschlagskriterien angekündigt, dass die Umweltwirkung nicht als eigenständiges Kriterium zu belohnen ist, womit die Beschwerdeführerin auch in diesem Punkt nicht durchdringt (vgl. E. 6.1.4.1 hiervor sowie das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.2.2).

**9.4.2** Strittig bleibt die Beurteilungsmatrix gemäss dem Zuschlagskriterium ZK04 "Fundierte Erfahrungen und Kompetenzen der angeschlossenen Energieberater". Insbesondere bei einem gewichtigen Zuschlagskriterium ist – wie erwähnt (oben E. 8.4.1) – von Bedeutung, dass genügend Differenzierungsmöglichkeiten bestehen, damit keine Diskrepanz zwischen der bekannt gegebenen und der effektiven Gewichtung auftritt. Das ZK 04 wird mit 25% nicht sehr hoch gewichtet. Das erhöht den diesbezüglichen Spielraum der Vergabestelle. Es können vier Punkte erreicht werden, wobei ein Punkt je Gebiet erteilt wird, in dem die Erfahrung erlangt wurde. Erfahrung besteht dann, wenn fünf Jahre Berufserfahrung oder relevante Ausbildung mit drei Jahren Berufserfahrung erlangt wurden. Die Taxonomie stuft ab zwischen 29, 25, 15, fünf oder null Energieberatern mit der Erfahrung und/oder Ausbildung, wobei die Berater "alle vier geforderten Punkte" erfüllen müssen. Weil stets alle vier Punkte erfüllt sein müssen, wird eigentlich keine qualitative, sondern eher eine quantitative Unterscheidung getroffen. Entscheidend ist mit anderen Worten, wie viele angeschlossene Berater umfassende Erfahrung im Energiebereich erlangt haben. Eine Differenzierung nach der Anzahl Jahre Berufserfahrung und den verschiedenen Gebieten findet dagegen kaum statt. Darin liegt ein gewisses Risiko, dass alle Anbietenden auf zu leichte Art die maximale Punktzahl erreichen, zumal die Vergabestelle auch keine Aussagen zur Frage macht, wie eng der Energieberatermarkt ist. Dies führt indessen mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle und die vorliegend gewählte Gewichtung des ZK 04 insoweit nicht zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung.

## **10.**

**10.1** Zusammenfassend ergibt sich, dass mit Art. 67 EnG und Art. 39 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz eine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Auslagerung der öffentlichen Aufgabe "Abwicklung von Zielvereinbarungen" an

Private besteht (vgl. E. 4.3.2 hiervor). Dasselbe gilt für die mit der Auslagerung verbundenen Anforderungen, die die Erfüllung dieser Aufgabe gewährleisten sollen, insbesondere soweit die Auflagen im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismässig ausgestaltet sind (vgl. E. 4.3.3 hiervor). Dabei vermittelt der Grundsatz, wonach die Zusammenarbeit mit Organisationen der Wirtschaft im Vollzug des Gesetzes bestehen soll (Art. 4 Abs. 2 EnG), keinen spezialgesetzlichen Anspruch der zum Vollzug beigezogenen Dritten auf einen im Vergleich zu anderen Auslagerungen weitergehenden Freiraum bzw. weniger Auflagen (vgl. E. 4.3.5 hiervor).

Die Vergabestelle hat von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht und die öffentliche Aufgabe "Abwicklung von Zielvereinbarungen" ausgelagert und mit den Eignungskriterien EK08, EK15, EK16, EK17, EK18, EK22, EK23 und EK25 Auflagen aufgestellt. Diese erweisen sich weitgehend als rechtskonform. Insbesondere liegen die mit EK17 und EK18 vorgesehene Wahl eines Wettbewerbsmodells mit zeitlich befristeten und kündbaren Verträgen sowie einem Maximalstundensatz im Rahmen des durch das Bundesverwaltungsgericht überprüfbaren Ermessens (E. 6.4.3.1) und verletzen die Wirtschaftsfreiheit nicht (E. 6.4.3.2). Indessen hat die Auftraggeberin den ihr zustehenden Ermessensspielraum bei der Aufstellung von auslagerungsspezifischen Vorgaben überschritten, indem sie mit EK15 "Politische Einflussnahme" die Meinungsfreiheit in unverhältnismässiger Weise eingeschränkt hat (vgl. E. 6.2.6 hiervor).

Die Vergabestelle hat das Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis" sowie dessen Gewichtung in korrekter Art und Weise mit der Ausschreibung bekanntgegeben (vgl. E. 7.1 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 848). Zudem durften auch die durch die Berater zu entschädigenden Leistungen als Preis im Sinne von Art. 21 aBöB bewertet werden. Dies führt dazu, dass die Ausschreibung die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Mindestgewichtung des Preises respektiert (vgl. E. 7.4.2 hiervor).

Die Bewertungsmethode in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 01 "Preis" erweist sich dagegen als vergaberechtswidrig, weil die nach verschiedenen Preisarten berechneten Teilelemente der Beschaffungskosten, die vor allem auch durch unterschiedliche Akteure zu entschädigen sind, im Rahmen derselben Formel ohne Bildung von Subkriterien und Gewichtung bewertet werden. Neben den Beschaffungskosten für die von der Vergabestelle zu bezahlenden Teilelemente des Auftrags (Grundauftrag, Option 3 und 6) hätte mit einem eigenen gewichteten Subkriterium insbe-

sondere der Preis für die Optionen 1 und 2 separat verglichen werden müssen. Folgerichtig hätten die voraussichtlichen Kosten für den Betrieb des Pools (Optionen 1, 2, 4 und 5), sprich der den Unternehmen verrechnete maximale Stundensatz multipliziert mit der Anzahl von der Vergabestelle geschätzten Stunden, aufgrund eines gewichteten Subkriteriums bewertet werden müssen (vgl. E. 7.4.7 hiervor). Aufgrund der hohen Eintretenswahrscheinlichkeit der Optionen 1 und 2 erweist es sich demgegenüber nicht als rechtswidrig, dass die Optionen 1 und 2 nicht bereits deshalb gewichtet worden sind, weil sie als Optionen dem finanziell deutlich weniger ins Gewicht fallenden Grundauftrag gegenüberstehen (vgl. E. 7.4.4.3 hiervor).

In Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien hat das Gericht festgestellt, dass sich die für die Auftragsanalyse (ZK 03) gewählte Bewertungsmethode entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin als vergaberechtskonform erweist, weil sich die Umstände hinreichend von denjenigen unterscheiden, welche in Bezug auf die ebenfalls die Auftragsanalyse (im Rahmen des Loses 2) betreffende Bewertungsmethode der Vergabestelle zur Gutheissung mit Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 geführt haben (vgl. E. 8.4.2.2 hiervor). Auch die Bewertungsmethode für das Zuschlagskriterium 04 betreffend Erfahrungen und Kompetenzen der Energieberater ist trotz eines nicht unwesentlich von quantitativen Gesichtspunkten geprägten Ansatzes rechtskonform (E. 9.4).

**10.2** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Nach Art. 32 Abs. 1 aBöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht entweder in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. Letzteres erweist sich vorliegend mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der teilweisen Neuformulierung der Ausschreibung und der Ausschreibungsbedingungen als sachgerecht (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1395). Nach dem Gesagten ist die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen zwecks Publikation einer verbesserten Ausschreibung mitsamt Ausschreibungsunterlagen an die Vergabestelle zurückzuweisen (vgl. Urteil des BVGer B-879/2020 E. 10 "Produkte zur Aussenreinigung II").

## **11.**

**11.1** Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2).

**11.2** Sowohl in der Hauptsache als auch in Bezug auf den Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Der Beschwerdeführerin sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und der von ihr in der Höhe von Fr. 3'000.– geleistete Kostenvorschuss ist ihr zurückzuerstatten. Der Vergabestelle werden als Bundesbehörde ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**11.3** Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 15 i.V.m. Art. 5 und 14 Abs. 2 VGKE ist der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten, welche vom Gericht aufgrund der eingereichten Kostennote vom 28. Oktober 2020 festzusetzen ist. Die Vergabestelle hat diesbezüglich auf eine Stellungnahme verzichtet. In ihrer Kostennote macht die Beschwerdeführerin einen zeitlichen Aufwand von 128 Stunden und 35 Minuten à Fr. 350.–, ergebend Fr. 45'004.15, eine Kleinkostenpauschale von Fr. 450.05 sowie Fr. 3'499.95 MWST (Satz von 7.7%) und damit insgesamt Fr. 48'954.15 geltend. Während der angewendete Stundenansatz für Vergabefälle nicht zu beanstanden ist (Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 8.3; Urteil des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 6.3 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"), erscheint der fakturierte Aufwand als zu hoch. Zugunsten der Beschwerdeführerin sind indessen das Zwischenverfahren betreffend die aufschiebende Wirkung und der doppelte Schriftenwechsel im Rahmen des Hauptverfahrens zu berücksichtigen. Der notwendige Aufwand ist daher auf 100 Stunden festzusetzen, was ein Honorar in Höhe von Fr. 35'000.– ergibt. Die Kleinkostenpauschale ist nicht zu beanstanden. Damit ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 35'450.05 zuzuerkennen, wobei diese keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE umfasst.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Ausschreibung vom 21. April 2020 wird aufgehoben und zur Verbesserung und erneuten Publikation im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

**2.**

Die Vergabestelle wird verpflichtet, die in diesem Verfahren eingegangenen Offerten ungeöffnet an die jeweiligen Anbieter zurückzuschicken.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 3'000.– einbezahlte Kostenvorschuss wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 35'450.05 zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 203150; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber

Marc Steiner

Cyrill Schäke

**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. August 2021