



Abteilung II  
B-4288/2014

## Urteil vom 25. März 2015

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richter Hans Urech,  
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

Parteien

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

gegen

**Post CH AG,**  
Konzerneinkauf,  
Zentweg 25c, 3030 Bern,  
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Dienstleistung Strombe-  
schaffung für die Post - SIMAP Meldungsnummer 828507  
(Projekt-ID: 108536).

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

**A.a** Am 14. März 2014 schrieb die Post CH AG (im Folgenden auch: Vergabestelle) als Beschaffungsstelle/Organisator auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Dienstleistung Strombeschaffung für die Post" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 807051). Als Bedarfsstelle/Vergabestelle wurde "Die Schweizerische Post" aufgeführt. Gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung suchte die Vergabestelle einen Dienstleister, der für mindestens 42 ausgewählte Verbrauchsstätten den Strom ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschaffe. Die Jahresbezugsmenge der betreffenden Objekte betrage aktuell rund 108 Mio. kWh. Die Ausschreibung beinhalte drei Leistungspakete: LP1: Energiebeschaffung, Rechnungsstellung und Energievertragsmanagement; LP2: Energiemonitoring und Zählerfernauslesung; LP3: Billing; der Anbieter müsse zwingend zu allen drei Leistungspaketen ein Angebot einreichen. Das Ziel der Beschaffung sei ein Vertragsabschluss mit einem möglichst unabhängigen Leistungserbringer für alle Leistungspakete. Gemäss Ziff. 3.9 der Ausschreibung werden die Zuschlagskriterien wie folgt gewichtet: Lösungsvorschlag 40%, Unabhängigkeit 20%, Qualifikation der Schlüsselpersonen (Projektleiter und Stellvertretung des Projektleiters) 15% sowie Wirtschaftlichkeit (Preis und Kosten) 25%. Das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit wurde in Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts definiert. Im Rahmen der Beantwortung der Anbieterfragen wurden unter anderem erläuternde Aussagen zur Zulässigkeit der Lieferung "eigener" Energie und zur Unabhängigkeit gemacht.

**A.b** Innert Frist reichten vier Unternehmen ein Angebot ein, darunter die A. \_\_\_\_\_ AG und die B. \_\_\_\_\_ Ltd. Erstere bestätigte mit Angebot vom 17. April 2014, das Zuschlagskriterium ZK02 der Unabhängigkeit zu erfüllen.

**B.**

Mit Schreiben vom 23. Mai 2014 machte die Vergabestelle die A. \_\_\_\_\_ AG darauf aufmerksam, dass ihre Selbstbeurteilung beim Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" von der Beurteilung der Vergabestelle abweiche. Gemäss Ausschreibungsunterlagen gelte ein Anbieter als unabhängig, wenn er keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern habe. Es spräche gegen die Unabhängigkeit der A. \_\_\_\_\_ AG, dass sich in ihrem Partnerkreis sowohl Energielieferanten als auch

Verteilnetzbetreiber befänden. Die Vergabestelle ersuchte die A. \_\_\_\_\_ AG um Stellungnahme.

Mit Antwortschreiben vom 28. Mai 2014 erwiderte die A. \_\_\_\_\_ AG, dass sie das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit vollständig erfülle. Gemäss Pflichtenheft bezwecke das Kriterium der Unabhängigkeit, Interessenkonflikte zu vermeiden. Dies sei der Fall, wenn der Leistungserbringer unabhängig von Verpflichtungen gegenüber Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern sei. Die A. \_\_\_\_\_ AG erfülle diese Voraussetzung vollumfänglich.

### **C.**

**C.a** Am 10. Juli 2014 wurde der Zuschlag vom 9. Juli 2014 an die B. \_\_\_\_\_ Ltd (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 828507) veröffentlicht; der Preis wurde mit 450'000 Franken angegeben.

**C.b** Anlässlich eines Debriefings vom 22. Juli 2014 stellte die Vergabestelle die erreichte Punktzahl der A. \_\_\_\_\_ AG (Drittplatzierte) der von der Zuschlagsempfängerin erreichten Punktzahl gegenüber. Beim Kriterium der Unabhängigkeit habe die Zuschlagsempfängerin die volle Punktzahl (2'000) erhalten, während der A. \_\_\_\_\_ AG keine Punkte zuerkannt worden seien. Gesamthaft seien der Zuschlagsempfängerin 8'234 Punkte und der A. \_\_\_\_\_ AG 6'329 Punkte erteilt worden. Im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin erachte die Vergabestelle die A. \_\_\_\_\_ AG als nicht unabhängig.

### **D.**

Gegen die Zuschlagsverfügung hat die A. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 30. Juli 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

- "1. Der Zuschlag von Die Schweizerische Post AG gemäss Ziff. 3.2 der Publikation des Zuschlagsentscheids vom 10. Juli 2014 betreffend "Dienstleistung Strombeschaffung", Projekt-ID 108536, an B. \_\_\_\_\_ Ltd, ' \_\_\_\_\_ ', sei aufzuheben. *Eventualiter* sei festzustellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist.
2. Der Zuschlag sei an A. \_\_\_\_\_ AG zu erteilen. *Eventualiter* sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. *Subeventualiter* sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

4. Die Vergabestelle sei anzuweisen, ihren Entscheid zu begründen und der A. \_\_\_\_\_ AG Einblick in sämtliche das Vergabeverfahren betreffende Akten zu gewähren.
5. Der Beschwerdeführerin sei nach Zustellung der Begründung und Gewährung der Akteneinsicht Frist für die Ergänzung der Beschwerde anzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, ihr sei die Unabhängigkeit zu Unrecht abgesprochen worden. Sie hätte für dieses Zuschlagskriterium 2'000 Punkte erhalten müssen, womit sie insgesamt die höchste Punktzahl aller Anbieter erreicht hätte. Die Vergabestelle habe die Unabhängigkeit der Beschwerdeführerin bereits früher bestätigt. Am 14. September 2012 habe die Vergabestelle die Billing-Dienstleistung für das Jahr 2013 ausgeschrieben, wobei die Unabhängigkeit als Eignungskriterium 4 definiert worden sei. Die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag für diese Ausschreibung erhalten. Mit anderen Worten habe sie sämtliche Eignungskriterien erfüllt. Seither habe sich in Bezug auf ihre Unabhängigkeit nichts geändert. Demnach sei sie auch im vorliegenden Vergabeverfahren als unabhängig zu qualifizieren. Ausserdem sei das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit nach der Begriffsdefinition der Vergabestelle vergabefremd. Der Schluss, wonach Anbieter mit Kapitalverflechtungen nicht unabhängig seien, sei unzulässig. Durch das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit seien die meisten Anbieter von vornherein vom Zuschlag ausgeschlossen worden, wodurch der Wettbewerb zu stark eingeschränkt werde. Ausserdem sei das System, wonach entweder 2'000 oder 0 Punkte vergeben würden, nicht sachgerecht.

#### **E.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 31. Juli 2014 hat der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen untersagt, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, insbesondere den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem ist die Vergabestelle ersucht worden, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich betreffend die aufschiebende Wirkung, Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin ist eine Stellungnahme freigestellt worden.

**F.**

**F.a** Mit Eingabe vom 15. August 2014 hat sich die Vergabestelle vernehmen lassen, wobei sie folgende Anträge stellt:

- "1. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei der Vergabestelle zu bewilligen, mit der Zuschlagsempfängerin B.\_\_\_\_\_ Ltd über den Abschluss eines Vertrages zu verhandeln, der die strukturierte Beschaffung von Strom für das Jahr 2015 zum Gegenstand hat.
3. Der Antrag auf Anweisung der Vergabestelle durch das Bundesverwaltungsgericht zur Begründung des Vergabeentscheides sei abzuweisen.
4. Das Begehren um Akteneinsicht sei gutzuheissen, soweit keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstehen.
5. Es sei der Vergabestelle Frist anzusetzen, um zur Beschwerde inhaltlich Stellung zu nehmen, eventualiter sei die Beschwerde ohne weiteren Schriftenwechsel abzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."

Die Vergabestelle weist vorab darauf hin, dass sie mit der Beschwerdeführerin bereits in einem Vertragsverhältnis insbesondere bezüglich Billing stehe. Ihr Rechtsbegehren begründet sie im Wesentlichen damit, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet sei. Dies betreffe insbesondere das Thema der Unabhängigkeit. Das Beschaffungsprojekt "EDM/Billing" aus dem Jahr 2012 sei für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Das Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" sei sachgerecht. Eine fehlende Unabhängigkeit von den Aktionären stehe potentiell im Konflikt mit den Aufgaben der Anbieterin, die eine umfassende und vertrauenswürdige Auftragserfüllung im Namen der Vergabestelle bedingten. Die Beschwerdeführerin habe um die Bedeutung und Tragweite dieses Zuschlagskriteriums gewusst. Ihre Rügen seien deshalb nicht mehr zu hören. Die Vergabestelle habe ihr Ermessen bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums rechtmässig ausgeübt. Ihr Interesse am sofortigen Vertragsschluss überwiege das Interesse der Beschwerdeführerin. Falls die aufschiebende Wirkung dennoch erteilt werde, sei ihr angesichts des Verhältnismässigkeitsprinzips zu bewilligen, mit der Zuschlagsempfängerin im Sinne einer Zwischenlösung über die Strombeschaffung für das Jahr 2015 zu verhandeln.

Gleichentags hat die Vergabestelle die Akten des Beschaffungsverfahrens eingereicht.

**F.b** Die Zuschlagsempfängerin hat auf eine Stellungnahme verzichtet.

**G.**

**G.a** Mit Verfügung vom 18. August 2014 hat der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin die Beilagen 17, 24, 31, 32 und 35 zur Eingabe der Vergabestelle vom 15. August 2014 zugestellt und die Vergabestelle er sucht, Abdeckungsvorschläge zu den Beilagen 9, 10 und 22 zu unterbreiten. Der Beschwerdeführerin ist Gelegenheit gegeben worden, eine Stellungnahme zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung einzureichen.

**G.b** Am 21. August 2014 hat die Vergabestelle Abdeckungsvorschläge in Bezug auf die Aktenstücke 9, 10 und 22 mitsamt einer erläuternden Stellungnahme eingereicht. Diese sind der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 25. August 2014 zugestellt worden.

**H.**

**H.a** In ihrer Stellungnahme vom 26. August 2014 zur Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung hält die Beschwerdeführerin am diesbezüglich beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren fest. Zudem beantragt sie, die in der Vernehmlassung gestellten Rechtsbegehren 1, 2 – soweit damit auch die Bewilligung zum Abschluss eines Vertrags verlangt werde – und 6 seien abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung vor, es habe in der Ausschreibung keinen Hinweis gegeben, dass das Kriterium der Unabhängigkeit in der vorliegenden Ausschreibung anders definiert werde als in der Ausschreibung "EDM & Billing". Die Vergabestelle habe erst mit Schreiben vom 23. Mai 2014 zu verstehen gegeben, dass sie den Begriff der Unabhängigkeit anders auslege als bisher. Es sei für sie bis dahin nicht erkennbar gewesen, dass die Vergabestelle von einem anderen Unabhängigkeitsbegriff als bisher ausgehen wolle. Ausserdem überwiege ihr Interesse am effektiven Rechtsschutz dasjenige der Vergabestelle an einem raschen Vertragsabschluss. Schliesslich ersucht die Beschwerdeführerin um Mitteilung der Identität der zweitplatzierten Anbieterin.

**H.b** Die Vergabestelle hat auf eine weitere Stellungnahme verzichtet.

**I.**

Mit Zwischenentscheid vom 25. September 2014 ist der Beschwerde vom 30. Juli 2014 die aufschiebende Wirkung erteilt worden unter dem Vorbehalt, dass die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin über den Abschluss eines Vertrags zu verhandeln darf, der die strukturierte Beschaffung von Strom für das Jahr 2015 zum Gegenstand hat. Zur Begründung führt das Bundesverwaltungsgericht aus, beim Vorliegen eines Dauerbedarfs könne es unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gerechtfertigt sein, einen spezifischen Teilbereich von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen. Die Akteneinsichtsanträge sind einstweilen abgewiesen worden, soweit ihnen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

**J.**

**J.a** In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2014 beantragt die Vergabestelle, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Eventualiter sei die Sache zur Neuevaluation der Angebote, wie sie nach der Eignungsprüfung vorlägen, an die Vergabestelle zurückzuweisen.

Die Vergabestelle führt vorab zur Zuständigkeit aus, dass das vorliegende Verfahren in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen falle. Zumindest ein Teil der zu erbringenden Dienstleistung erfolge für Tätigkeiten der Vergabestelle, welche vom Monopolbereich betroffen seien (sog. partielle Widmung), während ein Teil der Dienstleistung für Unternehmensbereiche erfüllt werde, welche nicht reservierte Dienste anböten und in Konkurrenz stünden. Aus Gründen der Zweckmässigkeit und der Praktikabilität habe man auf die Durchführung separater Verfahren verzichtet. Zur geltend gemachten verspäteten Rüge der Beschwerdeführerin legt die Vergabestelle dar, es könne aus dem Beschaffungsprojekt "EDM & Billing" nicht abgeleitet werden, dass das Kriterium der Unabhängigkeit im strittigen Vergabeverfahren identisch angewandt werde. Erstens handle es sich um einen wesentlich anderen Beschaffungsgegenstand. Zweitens würden sich die beiden Pflichtenhefte in Bezug auf das Kriterium der Unabhängigkeit wesentlich unterscheiden. Die Ausschreibungsunterlagen seien gleichzeitig mit der Ausschreibung verfügbar gewesen, weshalb diese direkt zu rügen gewesen wären. Der Beschwerdeführerin hätte klar sein müssen, dass sie unter der Prüfung des Zuschlagskriteriums der Unabhängigkeit keine Punkte erhalten könne,

wenn sie Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern habe. Das Schreiben vom 28. Mai 2014 könne nicht als Rüge gewertet werden, weil dabei lediglich die Bewertung des Zuschlagskriteriums der Unabhängigkeit thematisiert worden sei, nicht aber die Frage, ob das Kriterium auch sachgerecht sei. Ausserdem sei das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit sachgerecht. Die Vergabestelle habe nicht die Ressourcen und das Know-how für die Prüfung der Frage, ob jeweils der bestmögliche Preis erreicht worden sei. Die fehlende Unabhängigkeit der Beschwerdeführerin stehe potentiell im Konflikt mit den Aufgaben der Anbieterin, welche eine umfassende und vertrauenswürdige Auftragserfüllung im Namen der Vergabestelle bedingten. Die Komplexität des Beschaffungsgegenstandes rechtfertige die Gewichtung der Zuschlagskriterien. Die Vergütung und die Kosten der Dienstleistung spielten im Vergleich mit den Gesamtkosten der Strombeschaffung eine untergeordnete Rolle. Damit seien die Erfahrung und der Lösungsansatz der Anbieter höher zu gewichten als das Preiskriterium. Auch in Bezug auf die Bewertung der Qualifikation der Schlüsselperson sei die Vergabestelle korrekt vorgegangen.

**J.b** Mit Schreiben vom 12. November 2014 hat die Vergabestelle dem Gericht mitgeteilt, von der mit Zwischenentscheid vom 25. September 2014 erteilten Bewilligung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen keinen Gebrauch zu machen.

**K.**

In ihrer Replik vom 2. Dezember 2014 hält die Beschwerdeführerin an den beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren fest. Sie weist hinsichtlich der Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen darauf hin, dass neben einer Dienstleistung auch die Lieferung von Energie ausgeschrieben worden sei. Die Beschwerdeführerin bestreitet das Bestehen einer Rügepflicht. Der Mangel sei weder leicht erkennbar noch besonders offensichtlich gewesen und selbst wenn dies der Fall wäre, hätte sie diesen Mangel mit Schreiben vom 28. Mai 2014 gerügt. Die Interpretation des Kriteriums der Unabhängigkeit, die der Beschwerdeführerin die Unabhängigkeit aberkenne, sei vergaberechtlich unzulässig, weil bei dieser Interpretation das Zuschlagskriterium rechtsungleich angewandt werde, vergabefremd wäre und zudem nicht vorhersehbar gewesen sei. Erstens sei das von der Vergabestelle angewandte Kriterium der Unabhängigkeit nicht sachgerecht. Zweitens sei das Kriterium in seiner engen Auslegung durch die Vergabestelle auch nicht erforderlich. Der Überprüfungsaufwand der Vergabestelle zur Vermeidung des angeblichen Interessenkonflikts sei gering. Das Kriterium der Unabhängigkeit habe letztlich

dazu geführt, dass das unwirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten habe. Entscheidend sei, dass die Beschwerdeführerin von den Aktionären effektiv unabhängig sei und deshalb auch den von der Vergabestelle nachträglich definierten Begriff der Unabhängigkeit erfülle. Die Beschwerdeführerin habe keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern und keine organisatorischen oder finanziellen Abhängigkeiten zu ihnen. Sie hätte unter dem Zuschlagskriterium 3 (Qualifikation der Schlüsselpersonen) die volle Punktzahl erhalten müssen.

**L.**

Mit Duplik vom 30. Dezember 2014 führt die Vergabestelle ergänzend aus, nur die "strukturierte Beschaffung von Strom", nicht aber die Lieferung von Energie sei Gegenstand des Vergabeverfahrens. Deshalb hätten die Anbieter die Preise für die zu beschaffende Energie nicht offerieren müssen. Ausserdem habe die viertplatzierte Anbieterin das Kriterium Unabhängigkeit richtig verstanden, weshalb sich die Beschwerdeführerin vorhalten lassen müsse, ihre Rügen seien verspätet. Inhaltlich sei die Beschwerde unbegründet; auf die "grammatikalische Auslegung" des Begriffs "Verflechtung" durch die Beschwerdeführerin könne nicht abgestellt werden.

**M.**

Am 14. Januar 2015 hat die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zu den Akten gereicht, in der sie im Wesentlichen an ihren bisher dem Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten Begründungen vollumfänglich festhält.

**N.**

Mit Eingabe vom 16. Januar 2015 teilt die Vergabestelle mit, auf einen weiterführenden Schriftenwechsel zu verzichten. Diese Eingabe ist der Beschwerdeführerin am 19. Januar 2015 zur Kenntnis zugestellt worden.

**O.**

Auf die Vorbringen der Parteien des vorliegenden Verfahrens und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

## 1.

**1.1** Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

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

**1.3** Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 beziehungsweise BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1 mit Hinweisen).

## 2.

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

### 2.1

**2.1.1** Die Vergabestelle ist die Stelle des öffentlichen Auftraggebers, welche im konkreten Fall das Vergabeverfahren im Namen ihres Rechtsträgers, des öffentlichen Auftraggebers, durchführt. Die Vergabestelle führt das Verfahren entweder für sich selbst oder für die demselben Rechtsträger angehörende Bedarfsstelle durch. Im letzteren Fall kommt die Leistung letztlich der Bedarfsstelle zugute (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 18). Die Ausschreibung eines Auftrags im

offenen Verfahren muss mindestens die Bezeichnung, Adresse, Telefon oder Telefax der Auftraggeberin enthalten (Art. 16 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11] i.V.m. Anhang 4, Ziff. 1 VöB).

**2.1.2** Vorliegend wird gemäss Ziff. 1.1 der Ausschreibung die Schweizerische Post AG als Bedarfsstelle/Vergabestelle genannt, während die Post CH AG als Beschaffungsstelle/Organisator fungiert (vgl. dazu auch Ziff. 1.1 der Zuschlagspublikation). Aus der Ausschreibung geht nicht klar hervor, ob die Post CH AG oder die Schweizerische Post AG Auftraggeberin ist. Indessen ist vorliegend anhand des Ablaufs der Beschaffung festzustellen, dass die Durchführung der strittigen Beschaffung der Post CH AG obliegt: So wurde insbesondere das Pflichtenheft von der Post CH AG erstellt (vgl. Beilage 3 der Beschwerde), waren die Angebote an die Adresse der Post CH AG zu senden (vgl. Ziff. 1.2 der Ausschreibung) und wurden die Verhandlungen mit den Anbietern von der Post CH AG geführt (Beilagen 7 und 8 der Beschwerde). Somit ist im strittigen Beschaffungsverfahren die Post CH AG als Vergabestelle zu qualifizieren. Das Rubrum ist von Amtes wegen entsprechend angepasst worden. Auch hat keine der Verfahrensbeteiligten die entsprechenden Feststellungen gemäss dem Zwischenentscheid vom 25. September 2014 (E. 3.4) im Rahmen des Schriftenwechsels im Hauptverfahren beanstandet.

**2.1.3** Wie bereits in E. 3.3 des Zwischenentscheids vom 25. September 2014 dargelegt, ist die Schweizerische Post AG gemäss Art. 2 des Postorganisationsgesetzes vom 17. Dezember 2010 (POG, SR 783.1) eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, deren Unternehmenszweck in Art. 3 POG definiert wird. Nach dieser Bestimmung bezweckt das Unternehmen unter anderem die Beförderung von Postsendungen, das Erbringen gewisser Finanzdienstleistungen sowie Dienste im regionalen Personenverkehr. Die Post CH AG wiederum bezweckt die ordnungsgemässe Erfüllung der von der Schweizerischen Post AG übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung mit Postdiensten gemäss Postgesetzgebung (vgl. dazu Art. 13 ff. des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 [PG, SR 783.0]). Weiter bezweckt die Gesellschaft die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die Schweizerische Post AG kann die Erfüllung der Verpflichtung zur Grundversorgung mit Postdiensten nur an direkt kontrollierte Postkonzerngesellschaften übertragen; sie muss an der Post CH AG kapital- und stimmen-

mässig die Mehrheit halten (Art. 2 Abs. 1 und 2 der Postorganisationsverordnung vom 24. Oktober 2012 [VPOG, SR 783.11]). Tatsächlich ist die Post CH AG eine von der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nach Art. 2 POG zu 100 % gehaltene Tochtergesellschaft (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3863/2013 vom 2. September 2013, Sachverhalt Bst. A).

#### **2.1.4**

**2.1.4.1** Die Post ("La Poste") ist zwar eine öffentliche Auftraggeberin gemäss Annex 1 Anhang I GPA, untersteht diesem Abkommen aber nicht, soweit sie in Konkurrenz mit Unternehmen steht, auf welche das GPA keine Anwendung findet (Fussnote 2 Annex 1 Anhang I GPA; MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 490). In Bezug auf die Automobildienste kommt der Post die Qualität eines Sektorenunternehmens zu (HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2008, 2008, S. 41 ff., insb. S. 59 ff.; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Rz. 9 zu Art. 2 BöB). Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. d BöB unterstehen die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post dem Gesetz, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen (vgl. Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2001-014 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.37, E. 1a). Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern. Soweit die Post CH AG, der die Grundversorgung übertragen ist, dieses Monopol ausübt, erbringt sie "reservierte Dienste", auf welche das Vergaberecht anwendbar ist (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 538). Indessen umfassen die Tätigkeiten der Schweizerischen Post AG insgesamt überwiegend nicht reservierte Dienste, welche auch Dritte anbieten können (Art. 3 POG; vgl. E. 2.1.3 hiavor sowie MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 539). Insoweit unterstehen sie beziehungsweise ihre Konzerngesellschaften nicht dem BöB.

#### **2.1.5**

**2.1.5.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vergabestelle dem BöB unterstehe, soweit die Beschaffung ihre Post- und Automobildienste betreffe. Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung "Dienstleistung Strombeschaffung" sei die Beschaffung von Strom für mindestens 42 Verbrauchsstätten der Vergabestelle. Diese dienen ihren Postdiensten im

Monopolbereich. Sie unterstehe deshalb für die vorliegende Beschaffung dem BöB (Beschwerde vom 30. Juli 2014, S. 3 Rz. 2).

**2.1.5.2** Die Vergabestelle schliesst sich in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2014 der Ansicht an, dass das vorliegende Beschaffungsgeschäft in den Anwendungsbereich des BöB falle. Die Vergabestelle begründet dies damit, dass zumindest ein Teil der zu erbringenden Dienstleistung "strukturierte Strombeschaffung" für Tätigkeiten der Vergabestelle erfolge, welche vom Monopolbereich betroffen seien ("partielle Widmung"). Es treffe deshalb zu, dass ein Teil der Dienstleistung für Unternehmensbereiche der Post zu erfüllen sei, welche nicht reservierte Dienste anböten und in Konkurrenz des freien Marktes stünden beziehungsweise im "Gesamtvorgang" dem Beschwerderecht unterstünden (S. 2). Die umfassende Definition des Beschaffungsgegenstandes beziehungsweise der Verzicht auf die Durchführung separater Verfahren oder eines Vergabeverfahrens mit mehreren Losen sei aus Gründen der Zweckmässigkeit und der Praktikabilität im Unternehmen erfolgt (S. 2-3).

**2.1.6** Gemäss dem detaillierten Aufgabenbeschrieb (Ziff. 2.5 der Ausschreibung) bezieht die Vergabestelle in der Schweiz pro Jahr für ca. 2'500 Objekte rund 166 Mio. kWh elektrische Energie. Davon würden rund 150 Verbrauchsstätten einen jährlichen Strombedarf von über 100'000 kWh aufweisen. Mit der "Dienstleistung Strombeschaffung" sucht die Post einen Dienstleister, der für mindestens 42 ausgewählte Verbrauchsstätten den Strom ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschafft. Die Jahresbezugsmenge der betreffenden Objekte betrage aktuell rund 108 Mio. kWh.

**2.1.7** Es ist unbestritten, dass das vorliegende Beschaffungsprojekt zumindest teilweise der Tätigkeit der Vergabestelle und damit auch der Beförderung von Briefen unter 50 Gramm dient (vgl. Art. 18 Abs. 1 PG). In Ziff. 3 des Pflichtenhefts wird freilich unter dem Titel "Beschaffungsgegenstand" von Verbrauchsstellen der "Post Schweizerische Post AG" gesprochen. Ausserdem wird unter der Ziff. 6.2.3.6 des Pflichtenhefts verlangt, dass gegenüber der Immobilien Post AG, der PostFinance AG und der Vergabestelle separat abgerechnet wird.

**2.1.8** Nach STÖCKLI ist – wie auch nach der Auffassung der Vergabestelle (vgl. E. 2.1.5.2 hiervor) – davon auszugehen, dass auch die nur partielle Widmung einer Beschaffung den gesamten Vorgang "infiziert" (HUBERT

STÖCKLI, a.a.O., S. 60 f.). Nach Ansicht von BEYELER hingegen ist sinngemäss nach den Regeln über die gemischten Aufträge zu verfahren, wenn das im Rahmen eines Auftrags erworbene Produkt nicht nur einer Sektorentätigkeit dient. Nach dieser Konzeption folgt der gesamte Auftrag denjenigen Regeln, die für seinen Hauptgegenstand gelten, sofern es unmöglich oder unzumutbar wäre, die Zwecke des Auftrags über je getrennte Verfahren anzustreben (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 515 f. und Rz. 1122). So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa entschieden, zur Anwendbarkeit des BöB genüge es nicht, wenn im Rahmen eines mehrere Teildienstleistungen umfassenden Auftrags nur der kleinere Teil derselben in den Anwendungsbereich des BöB im Sinne von Anhang 1 Annex 4 zum GPA falle. Indessen dürfe ein dem BöB unterstehender Dienstleistungsauftrag nicht mit einer nicht unterstellten Dienstleistung kombiniert werden mit dem Ziel, den ganzen Auftrag dem Anwendungsbereich des BöB zu entziehen (BVGE 2008/48 E. 4.3 i.V.m. E. 4.9). Dabei liess sich das Gericht von der Annahme leiten, dass durch die sachlich gebotene und damit nicht missbräuchliche Kombination von unterstellten und nicht unterstellten Dienstleistungen die Anzahl der unterstellten Dienstleistungsaufträge nicht wesentlich beeinflusst werde. Dies bedeutet, dass die Möglichkeit, dass eine unterstellte Dienstleistung das rechtliche Schicksal einer bedeutenderen nicht unterstellten Dienstleistung teilt, dadurch abgefedert wird, dass in einem anderen Fall auch einmal eine nicht unterstellte Dienstleistung durch die sachlich gebotene Kombination mit einer unterstellten Dienstleistung unter das BöB fällt, womit insgesamt ein der Zielsetzung des Anhang 1 Annex 4 zum GPA entsprechender Anwendungsbereich der Regulierung sichergestellt wird. Die Anwendung der Regeln betreffend gemischte Aufträge auf Fälle wie den vorliegenden würde indessen aufgrund des nur noch kleinen Monopolanteils gemessen am gesamten Tätigkeitsbereich der Post dazu führen, dass wohl regelmässig eine nichtmonopolisierte Tätigkeit überwiegen würde, also kaum mehr von der Post vergebene Aufträge, welche sowohl dem Monopolbereich als auch der dem Wettbewerb ausgesetzten Tätigkeit der Post dienen, dem BöB unterstellt wären. Dies aber stünde dem Sinn der in E. 2.1.4.1 hiervor erwähnten Fussnote 2 im Annex 1 des Anhangs I des GPA entgegen. Nach dieser ist "La Poste" nur insoweit ("pour autant que") unterstellt, als sie nicht im Wettbewerb steht zu Unternehmen, die dem Anwendungsbereich des GPA nicht unterstehen. Die Fussnote 2 hat subjektiv historisch dem Zweck gedient, die Unterstellung des Telekommunikationsbereichs zu vermeiden (BVGE 2008/61 E. 3.7.3 mit Hinweis auf die GATT-Botschaft 2; vgl. zum Ganzen auch MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zim-

merli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 461 ff., Rz. 61). Indessen verkleinert sich der Anwendungsbereich des BöB im Ergebnis dynamisch mit der Einschränkung der "reservierten Dienste" (vgl. dazu die entsprechende Terminologie in "Ziffer VI. Postdienste" nach dem neuen Anhang 1 Annex 3 zum revidierten GPA 2012; [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_app\\_agree\\_e.htm#revisedGPA](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm#revisedGPA), zuletzt besucht am 12. März 2015). Auf die "reservierten Dienste" ist – wie bereits in E. 2.1.4.1 hiervoor erwähnt – das BöB unbestrit- tennormen anwendbar. Die Tatsache, dass staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen, die Postdienste erbringen, auch nach dem GPA 2012 seitens der Schweiz ausdrücklich als GPA-unterstellte Auftraggeberinnen benannt werden, spricht indessen – und dies scheint im vorliegenden Zusammenhang entscheidend – dafür, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit des Gesetzes auf die reservierten Dienste nicht durch die Anwendung der Theorie der gemischten Verträge weitgehend ihres Gehalts beraubt werden sollte. Folglich ist im Ergebnis der Ansicht von STÖCKLI zu folgen, wonach auch die nur partielle Widmung einer Beschaffung den gesamten Vorgang "infiziert". Mithin fällt die vorliegend umstrittene Beschaffung unter das BöB.

**2.1.9** Am soeben Festgestellten ändert nichts, dass wahrscheinlich der grössere Teil des Stroms für Aufgaben verwendet wird, die nicht im Zusammenhang mit den reservierten Diensten stehen. Wird die Theorie der gemischten Aufträge nicht zur Anwendung gebracht, erübrigt sich auch die Prüfung, ob die Bündelung der Strombeschaffung für mehrere Einheiten der Post sachlich geboten war, auch wenn sie das Energiecontracting der Post mit Sicherheit vereinfacht. Laut Ziff. 6.2.3.6 des Pflichtenhefts ist gegenüber der Immobilien Post AG, der PostFinance AG und der Vergabestelle separat abzurechnen. Diese Tatsache spricht immerhin dagegen, dass das Energiecontracting zwingend zum Gegenstand einer einzigen Beschaffung gemacht werden muss. Demgegenüber lässt sich wohl jedenfalls nicht sagen, dass das Energiecontracting der Post CH AG selbst für die reservierten und die nicht reservierten Dienste mit zumutbaren Aufwand getrennt beschafft werden könnte.

## 2.2

## **2.2.1**

**2.2.1.1** In Bezug auf den objektiven Anwendungsbereich des Gesetzes macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei neben einer Dienstleistung auch die Lieferung von Energie selbst ausgeschrieben worden. Die Beschaffung müsse gemäss Ausschreibung über die Bilanzgruppe der Anbieterin abgewickelt werden, weshalb diese stromversorgungsrechtlich als Lieferantin auftrete. Deshalb handle es sich um eine gemischte Beschaffung, die Lieferungen und Dienstleistungen umfasse (Replik, S. 2 Rz. 4).

**2.2.1.2** Die Vergabestelle bestreitet, dass auch die Lieferung von Energie ausgeschrieben worden sei. Gegenstand der Beschaffung bilde die Dienstleistung der strukturierten Beschaffung von Strom und weitere Dienstleistungen. Die Lieferung von Energie sei nicht Gegenstand der Beschaffung. Eindeutig erscheine dieser Umstand insbesondere deshalb, weil die Anbieter die Preise für die zu beschaffende Energie nicht zu offerieren gehabt hätten (Duplik, S. 1 Rz. 3).

**2.2.1.3** Es stellt sich somit die Frage, ob im Rahmen der "strukturierten Strombeschaffung" nur Dienstleistungen oder im Sinne einer Leistung aus einer Hand auch der Strom selbst Vertragsgegenstand ist. Dahingehend könnte die Präzisierung der Vergabestelle verstanden werden, wonach der Strombeschaffungsdienstleister auch "eigenen" Strom anbieten darf (Antwort der Vergabestelle auf die Anbieterfrage 2; Beilage 3 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 15. August 2014). Indessen macht diese Aussage auch dann Sinn, wenn lediglich festgehalten werden soll, dass der Dienstleister später auch eigenen Strom anbieten darf, ohne dass dieser im Rahmen der vorliegenden Vergabe mitofferiert wäre. Für die Auffassung der Beschwerdeführerin spricht der Umstand, dass die Vergabestelle unter der Ziff. 2.3 des Zuschlags mit dem Titel "Gemeinschaftsvokabular" auch die Elektrizität aufführt mit der CPV-Nummer 09310000. Ob die Annahme, dass insbesondere der Strom selbst Beschaffungsgegenstand ist, in der Tat zutrifft, ist demnach im Folgenden namentlich aufgrund des Pflichtenhefts zu prüfen.

**2.2.1.4** Gegen die Annahme der Beschwerdeführerin spricht bereits der Projektbeschrieb, nach welchem "strukturierte Strombeschaffung" nachgefragt wird, mittels welcher Strom für mindestens 42 ausgewählte Verbrauchsstätten ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschafft werden soll (Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Die Vergabestelle sucht mit dem Projekt, betitelt als "Dienstleistung Strombeschaffung für die Post"

(Ziff. 2.2 der Ausschreibung), einen entsprechenden Dienstleister. Die Ausschreibung enthält folgende Leistungspakete: Energiebeschaffung, Rechnungsstellung und Energie (Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Das Leistungspaket 1 – Energiebeschaffung, Rechnungsstellung und Energiemanagement – beinhaltet insbesondere folgende Tätigkeiten: Strategie, Marktanalyse zur Strombeschaffung (Fachunterstützung); Beschaffung für marktberichtigte Standorte; Energievertragsmanagement (Fachunterstützung); Rechnungsstellung (vgl. Ziff. 6.2.1 des Pflichtenhefts). Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihrer Begründung vor allem auf den Umstand, dass die Lieferung über eine eigene Bilanzgruppe stattfinden könne beziehungsweise müsse. Gemäss "Beschaffung für marktberichtigte Standorte" soll der Leistungserbringer für die Post unter Berücksichtigung der vorgängig definierten Strategie die Energie im Markt (Börsengeschäft) zum tiefsten Preis beschaffen. Falls notwendig führt er Ausschreibungen unter Berücksichtigung mehrerer möglicher Beschaffungsmodelle (Vollversorgung pro Standort, strukturierte Beschaffung und/oder Tranchenbeschaffung, Lieferung über eigene Bilanz- oder Subbilanzgruppe) durch (Ziff. 6.2.1.2 des Pflichtenhefts). Als Tätigkeiten führt die Vergabestelle namentlich das Einladen potentieller Lieferanten zur Angebotsabgabe, das Analysieren und Vergleichen der Angebote, die Vorschlagserarbeitung des Beschaffungsmodells sowie die Ausarbeitung der Energielieferverträge auf. Zwar listet die Vergabestelle auch "Umsetzung des Beschaffungsmodells, führen einer Bilanz- oder Unterbilanzgruppe auf dem eigenen Energiedatenmanagement-System (EDM) mit Lastgangdaten pro Messpunkt" auf, doch kann im Rahmen einer Gesamtbetrachtung, welcher den Dienstleistungscharakter der Beschaffung eindeutig erscheinen lässt, nicht davon ausgegangen werden, die Vergabestelle habe auch die Lieferung von Energie ausgeschrieben. Insbesondere spricht die Höhe der Offertsummen und namentlich die Zuschlagssumme von Fr. 450'000.– bei einer Jahresbezugsmenge von 108 Mio. kWh klar gegen die Annahme, dass auch die Lieferung von Strom Beschaffungsgegenstand ist.

**2.2.2** Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Hierfür wiederum massgeblich ist die provisorische Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Einordnung in die CPC-Systematik muss grundsätzlich eindeutig ausfallen. Mit anderen Worten ist eine bestimmte Dienstleistung einer bestimmten Subklasse zuzuordnen.

Nur wenn die Geltung oder Nichtgeltung der Staatsverträge klar ist, da alle in Frage stehenden Subklassen entweder von der Positivliste (Annex 4 Anhang I GPA; Anhang 1a VöB) erfasst beziehungsweise nicht erfasst werden, spielt die genaue Zuordnung keine Rolle (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 1054).

**2.2.2.1** Vorliegend ordnet die Ausschreibung die Beschaffung unter anderem den CPV-Nummern 71314000 "Dienstleistungen im Energiebereich", 71314200 "Verwaltungsdienste für Stromversorgung" und 71314300 "Beratung im Bereich Energieeinsparung" zu, die den Referenznummern 86721, 86723bis, 86725 und 86726 gemäss CPCprov entsprechen. Damit wären diese Bestandteile der Beschaffung nach Ansicht der Vergabestelle der Kategorie "Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung" mit der Referenznummer 867 zuzuweisen, welche von Anhang 1 Annex 4 GPA erfasst wird.

**2.2.2.2** Mit Zwischenentscheid vom 25. September 2014 wurde erwägensweise die Frage aufgeworfen, ob die von der Vergabestelle im Ergebnis angeführte CPC-Gruppe 867 mit der strukturierten Beschaffung von Strom in Verbindung gebracht werden kann, weil unter der Gruppe 867 zwar Dienstleistungen im Bereich Energie- oder Energiesparplanung von grösseren Projekten erfasst werden, aber nicht ganz klar ist, ob damit auch Dienstleistungen gemeint sind, welche im Zusammenhang mit der strukturierten Beschaffung von Strom stehen. Aus der "explanatory note" betreffend "Advisory and consultative engineering services" (Referenznummer 86721) und "Other engineering services" (Referenznummer 86729) könnte man nämlich auch ableiten, dass es hier um Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erstellung eines Bauwerks in einem weiten Sinne geht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. September 2014 E. 3.6.2). Vorliegend kommt ebenfalls die Zuordnung in die Gruppe 865 "Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten" ("Services related to management consulting") beziehungsweise "Management consulting services" in Betracht. Die ausgeschriebene Dienstleistung enthält zu einem grossen Teil beratende Tätigkeiten, die unter die Subklasse "Other management consulting services" subsumiert werden können. Die Vergabestelle hat zusätzlich Tätigkeiten im Bereich Rechnungsstellung ausgeschrieben. Auch diese werden mit der CPC-Gruppe 862 "Buchführung, -haltung, -prüfung" beziehungsweise "Accounting, auditing and book-keeping services" von der Positivliste erfasst. In welche bestimmte CPC-Gruppe die ausgeschriebene Dienstleistung fällt, kann in

casu jedoch offen bleiben, weil ohnehin alle in Frage stehenden Gruppen von Anhang 1 Annex 4 GPA erfasst werden.

**2.2.2.3** Nach dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass die vorliegende Beschaffung in den objektiven Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Diesbezüglich würde im Übrigen wohl selbst dann nichts anderes gelten, wenn von einer gemischten Beschaffung auszugehen wäre, welche den Einkauf des Stroms mitumfasst. Die Post untersteht gemäss Annex 1 Anhang I GPA dem Vergaberecht (vgl. E. 2.1.4.1 vorstehend). Zwar nimmt die Note 1 zu Annex 1 Anhang I GPA den Einkauf von Trinkwasser, Energie, Transport- und Telekommunikationsleistungen vom Anwendungsbereich des GPA aus. Damit kann einerseits gemeint sein, dass der Einkauf von Energie dem GPA nicht untersteht, wenn ein Auftraggeber im Sinne von Annex 1 Anhang I oder Annex 2 Anhang I GPA diese beschaffen will (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 996). Andererseits kann darunter eine Ausnahme für Sektorenunternehmen gemeint sein, welche im Rahmen einer Sektorentätigkeit beschaffen, was eher dafür sprechen würde, dass das BöB auf von der Post CHAG – der vorliegenden Vergabestelle – beschaffte Energie anwendbar wäre (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 997 ff.). Unter Berücksichtigung der Ansicht BEYELERS führt demnach die Note 1 zu Annex 1 Anhang I GPA nicht ohne Weiteres dazu, dass der Einkauf von Strom vom Geltungsbereich des GPA ausgenommen ist. Dies umso mehr, als in Bezug auf Stromgrosskunden wie die Post entgegen der Ausgangslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GPA nicht mehr gesagt werden kann, dass die Beschaffung von Energie wegen einer Monopolsituation ohnehin nicht unter das Vergaberecht falle (Art. 6 Abs. 6 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [StromVG, SR 734.7] e contrario; MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 987).

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 vom 2. Dezember 2013 (AS 2013 4395) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrags (ohne MwSt) den Schwellenwert von Fr. 230'000.– erreicht.

Laut Publikation vom 10. Juli 2014 wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 450'000.– erteilt. Demnach übersteigt der Auftragswert den für die Anwendbarkeit des BöB massgeblichen Schwellenwert von Fr. 230'000.–.

**2.2.3** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass vorliegend eine dem BöB unterstellte Auftraggeberin eine dem BöB unterstehende Dienstleistung über dem einschlägigen Schwellenwert vergeben hat. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben, weshalb die Beschaffung in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt.

**2.3** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse ist ebenfalls zu bejahen: Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der am 10. Juli 2014 publizierte Zuschlag aufzuheben und ihr zu erteilen. Sie ist zwar an dritter Stelle rangiert, macht indessen Anspruch auf zusätzliche 2'000 Punkte geltend, womit die Beschwerdeführerin die höchste Punktzahl aller Anbieter erhalten würde. Demnach würde die Aufhebung der Zuschlagsverfügung der Beschwerdeführerin die Möglichkeit geben, selbst den Zuschlag zu erhalten. Aufgrund dessen hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist (vgl. zum Ganzen das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C\_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.4). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offerverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der bisherigen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht, um die Legitimation zu bejahen. Dieser Unterschied zwischen der ursprünglichen Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) wie auch des Bundesverwaltungsgerichts einerseits und des Bundesgerichts andererseits wirkt sich indessen in der Regel nur auf reine Bewertungsrügen aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 3.3; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBI 104 [2003], S. 11 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1302).

**2.4** Die Anfechtung der am 10. Juli 2014 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Zudem wurde der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**2.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist unter Vorbehalt der Prüfung der Rügeobliegenheit im Zusammenhang mit geltend gemachten Mängeln in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. hierzu E. 3 hiernach).

### **3.**

**3.1** In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2014 bringt die Vergabestelle vor, die Beschwerdeführerin sei der sie treffenden Rügeobliegenheit nicht nachgekommen. Die Ausschreibungsunterlagen seien gleichzeitig mit der Ausschreibung verfügbar und insofern direkt zu rügen gewesen, als der Beschwerdeführerin habe klar sein müssen, dass sie bei der Prüfung des Zuschlagskriteriums "Unabhängigkeit" keine Punkte erhalten könne, wenn sie Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern habe. Als die Vergabestelle der Beschwerdeführerin am 23. Mai 2014 mitgeteilt habe, dass sie unter dem Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" keine Benotung erwarten dürfe, hätte diese umgehend reagieren können und müssen. Das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2014 könne nicht als Rüge in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen gewertet werden, da sie lediglich behauptet habe, sie sei unabhängig (Beschwerdeantwort, S. 6).

**3.2** Dem entgegnet die Beschwerdeführerin mit Replik vom 2. Dezember 2014, dass eine Rügepflicht – falls überhaupt – nur in Ausnahmefällen bestehe, nämlich wenn die Bedeutung und Tragweite des Mangels leicht erkennbar gewesen wäre. Eine Rügepflicht bestünde höchstens bei besonders offensichtlichen Mängeln. Die vorliegend gerügten Mängel des Vergabeverfahrens, insbesondere das Verständnis der Vergabestelle betreffend das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit, seien vor der Erteilung des Zuschlags weder leicht erkennbar noch besonders offensichtlich gewesen (Replik, S. 3). Die Beschwerdeführerin habe keinerlei Anlass gehabt, das Kriterium der Unabhängigkeit aufgrund der Ausführungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen zu rügen (Replik, S. 5). Erst mit Schreiben vom 23. Mai 2014 habe die Vergabestelle das erste Mal die Frage aufgeworfen, ob die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren als unabhängig zu gelten habe. Sie sei in ihrem Schreiben vom 28. Mai 2014 in guten Treuen davon ausgegangen, dass sie mit ihren Ausführungen erfolgreich klargestellt gehabt habe, dass sie nach wie vor als unabhängig zu qualifizieren sei (Replik, S. 6).

**3.3** Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine spätere Verfügung grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014 E. 4.4 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweis; siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER, in: Baurecht 2014/1, S. 35 f.).

Dabei entspricht die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> Bst. a der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1255). Auch ergibt sich nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge – unabhängig von ihrer Art – offensichtlich verwirkt wäre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

**3.4** Gemäss Ziff. 3.1 der Ausschreibung wird die Unabhängigkeit als Vergabekriterium genannt, das mit 20 % in die Bewertung einfließt. Es fragt sich, wie der Begriff der Unabhängigkeit seitens der Anbieter beziehungsweise Anbieterinnen zu verstehen war.

**3.4.1** Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (Urteil des Bundesgerichts 2C\_380/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1 mit Hinweisen). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen).

**3.4.2** In casu wird der Begriff "Unabhängigkeit" in der Ausschreibung weder erklärt noch umschrieben. Aus dem Begriff allein lässt sich nicht erkennen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um das Zuschlagskriterium zu erfüllen. Indem die Vergabestelle das Zuschlagskriterium nicht deutlicher definiert hat und den Anbietern nicht bereits in der Ausschreibung transparent machte, welche Bedeutung dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit zukommt, kann der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht vorgeworfen werden, dass sie die Ausschreibung selbst nicht angefochten hat. Zumal eine Interpretation des Kriteriums etwa auch in dem Sinne vorstellbar wäre, dass die Anbieterin keinen "eigenen" Strom anbieten darf, was aber offenbar gerade nicht dem Willen der Vergabestelle entspricht (Antwort der Vergabestelle auf die Anbieterfrage 2; Beilage 3 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 15. August 2014; vgl. dazu auch E. 2.2.1.3 hiervor).

### **3.5**

**3.5.1** Es ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf Treu und Glauben eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen trifft und ob diese gegebenenfalls verletzt worden ist. Nach Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts wird die Unabhängigkeit wie folgt beschrieben:

"Das Zuschlagskriterium 'Unabhängigkeit' betrifft die organisatorische und finanzielle Unabhängigkeit des Anbieters zu Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern. Somit ist es auch für Energieversorgungsunternehmen möglich ein Angebot einzureichen. Die Post ist jedoch davon überzeugt, dass sich Interessenkonflikte vermeiden lassen, wenn der Leistungserbringer unabhängig von Verpflichtungen gegenüber Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern ist.

Der Anbieter gilt als unabhängig, wenn er keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern hat."

**3.5.2** Die Vorgabe, wonach der Anbieter keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern haben darf, um die Unabhängigkeitsdefinition zu erfüllen, ist aus der Sicht einer erstmals mit einem derartigen Zuschlagskriterium konfrontierten Anbieterin wohl so zu verstehen, dass Unternehmen, deren Aktionäre in diese Gruppe fallen, nicht als unabhängig zu qualifizieren sind. Inwieweit davon auch vertragliche Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren betroffen sind, kann an dieser Stelle offen bleiben. Immerhin wäre angesichts der besonderen Natur dieses letztlich anbieter- und nicht angebotsbezogenen Zuschlagskriteriums die Überlegung denkbar, ob sich eine hinreichende Unabhängigkeit im Sinne der Vermeidung von Interessenkonflikten nicht auch in anderer Weise ergeben könnte als aufgrund fehlender Kapitalverflechtungen. Unbestritten ist, dass es Kapitalbeteiligungen von Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern an der Beschwerdeführerin gibt. So erklärt die Beschwerdeführerin selbst, dass Städte und Gemeinde beziehungsweise deren Werke Beteiligungen an ihrem Unternehmen halten würden. Sie behauptet indessen, dass die Definition der Kapitalverflechtung nur dann erfüllt wäre, wenn sich Gesellschaften gegenseitig aneinander beteiligen, was vorliegend nicht der Fall sei, weil die Beschwerdeführerin keine Anteil an Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern halte (Replik, S. 5). Ob dieses Begriffsverständnis einer Interpretation nach Treu und Glauben entspricht, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben. Immerhin läge es im vorliegenden Fall dem Konzept der Vergabestelle gemäss wohl näher, von Beteiligungen als von Verflechtungen zu sprechen. Auch ist nicht offensichtlich, dass schon aufgrund unbedeutender Kapitalanteile von einer Verpflichtung der Beschwerdeführerin gegenüber den beteiligten Unternehmen ausgegangen werden kann.

**3.6** Zu überprüfen ist folglich, ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer früheren Erfahrungen mit der Vergabestelle auf eine durch sie erfüllbare Unabhängigkeitsdefinition vertrauen durfte und damit nicht zu einer Rückfrage im Sinne der Erfüllung einer allfälligen Rügeobliegenheit verpflichtet war.

### **3.6.1**

**3.6.1.1** Die Beschwerdeführerin beruft sich im Wesentlichen auf den Umstand, dass sie bereits in einem früheren Verfahren mit der Vergabestelle die von ihr verwendete Unabhängigkeitsdefinition erfüllt habe. Die Beschwerdeführerin sei deshalb davon ausgegangen, dass die Vergabestelle die "Unabhängigkeit" immer noch gleich verstehe wie im Verfahren "EDM & Billing". Die Beschwerdeführerin begründet dies in ihrer Replik vom 2. Dezember 2014 damit, dass in beiden Fällen die Unabhängigkeit von Energieversorgungsunternehmen entscheidend gewesen sei (S. 4). Im vorliegenden Vergabeverfahren sei das gleichbleibende Ziel verfolgt worden, Interessenskonflikte im bisherigen Sinn zu vermeiden. Sie sei nach wie vor der klaren Auffassung, dass der Begriff der Unabhängigkeit wieder derselbe sei wie im Verfahren "EDM & Billing" und sie diese Definition auch erfülle (Replik, S. 5).

**3.6.1.2** Demgegenüber macht die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2014 geltend, beim abgebrochenen Beschaffungsprojekt "EDM & Billing" aus dem Jahr 2012 sei "nur" das Billing ausgeschrieben worden. Im aktuellen Verfahren gehe es jedoch (umfassender) um die Beschaffung von Strom im Auftrag der Post. Dies bedinge ein hohes Vertrauensverhältnis. Die Anbieterin vertrete laut Ziff. 6 des Pflichtenhefts die Vergabestelle bei der operativen Führung und Steuerung des Energiemanagements. Die Vergabestelle müsse sich folglich blind auf die vertrauenswürdige Aufgabenerfüllung der Anbieterin verlassen können (S. 10).

In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2014 bringt die Vergabestelle ergänzend vor, aus dem Beschaffungsprojekt "EDM & Billing" könne nicht abgeleitet werden, dass das Kriterium der Unabhängigkeit im vorliegenden Verfahren identisch angewandt werde. Erstens unterschieden sich die Vergabeverfahren wesentlich, was den Beschaffungsgegenstand betreffe (S. 5). Zweitens unterschieden sich die beiden Pflichtenhefte dieser Vergabeverfahren wesentlich und entscheidend. Im Gegensatz zum Pflichtenheft "EDM & Billing" sehe das Pflichtenheft des strittigen Beschaffungsverfahrens vor, dass der Anbieter als unabhängig gelte, wenn er keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern habe. Wie bei dieser Abweichung behauptet werden könne, die Unabhängigkeit im Sinne der Kapitalverflechtungen sei gleich zu verstehen wie im früheren Verfahren, sei nicht nachvollziehbar (Beschwerdeantwort, S. 6).

**3.6.2** Beim Projekt "EDM & Billing", in einem Vergabeverfahren ausgeschrieben im Herbst 2012, wurde die Unabhängigkeit als Eignungskriterium 4 aufgeführt. Nach Ziff. 11.1.3 des Verfahrensbeschriebs vom

14. September 2012 (Beschwerdebeilage 12) wurde das Eignungskriterium 4 erfüllt, wenn die Unabhängigkeit zu Energieversorgungsunternehmen nachgewiesen werden konnte. Im Unterschied zum strittigen Vergabeverfahren wurde nicht ausdrücklich verlangt, dass die Anbieter über keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern verfügt. In ihrer Offerte vom 28. September 2012 (Beschwerdebeilage 13) wies die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium 4 denn auch nach, indem sie im Wesentlichen ausführte, dass sie eine unabhängige Aktiengesellschaft sei, die keine Produktionsanlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie besitze und auch keine Netze zum Verteilen von solcher Energie betreibe. Ihre Aktionäre seien 17 Städte oder Gemeinden beziehungsweise ihre Stadt- oder Gemeindewerke. Mit undatiertem, aber mit E-Mail vom 7. November 2012 versandtem Schreiben teilte die Schweizerische Post der Beschwerdeführerin mit, dass sie ihr den Zuschlag erteilt habe. Damit musste die Beschwerdeführerin zumindest nach ihrem Verständnis das Eignungskriterium 4 erfüllt haben. Dass die Vergabestelle behauptet, das Vergabeverfahren "EDM & Billing" sei abgebrochen worden, ändert nichts am Umstand, dass die Vergabestelle und die Beschwerdeführerin damals offenbar vom selben Unabhängigkeitsbegriff ausgegangen sind und die Beschwerdeführerin aufgrund des undatierten Schreibens annehmen durfte, die Eignungskriterien erfüllt zu haben. Von der Vergabestelle wird nicht bestritten, dass sie im vorliegenden Verfahren den Unabhängigkeitsbegriff tatsächlich anders definiert als bisher.

**3.7** Es ist nach dem Gesagten fraglich, ob die Beschwerdeführerin die Bedeutung und Tragweite des neu verwendeten Unabhängigkeitsbegriffs aufgrund ihrer Erfahrungen mit der Vergabestelle ohne Weiteres erkennen konnte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle im Vergabeverfahren "EDM & Billing" dem Unabhängigkeitsbegriff eine andere Bedeutung beigemessen haben.

**3.7.1** Der Begriff der Unabhängigkeit kann unterschiedliche Bedeutungen haben. Einerseits kann man ihn so verstehen, dass Interessenkonflikte vermieden werden sollen, indem für einzelne Aufgabengebiete wie zum Beispiel die Strombeschaffung, das Billing und Monitoring unterschiedliche Anbieter beziehungsweise Anbieterinnen beauftragt werden sollen (vgl. Vernehmlassung vom 15. August 2014, S. 12; siehe zum Ganzen auch E. 3.5.2 hiervor). Andererseits kann sich der Begriff auf die Beteiligungsverhältnisse, wie dies von der Vergabestelle im Schreiben vom 23. Mai 2014 unter anderem definiert wird, oder auf vertragliche Beziehungen wie Zu-

sammenarbeitsverträge beziehen. Unabhängigkeit könnte aber auch bedeuten, dass man – auch wenn man als Stromlieferant am Markt auftritt – keinen "eigenen" Strom liefert, um Selbstkontrahieren und vergaberechtliche Vorbefassung zu vermeiden (vgl. E. 3.4.2 hiervor). Vergleicht man die Definition des im Jahre 2012 verwendeten Unabhängigkeitsbegriffs, wonach die Unabhängigkeit zu Energieversorgungsunternehmen nachgewiesen werden musste, mit dem Unabhängigkeitsbegriff gemäss Pflichtenheft des hier strittigen Vergabeverfahrens, ist nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin weiterhin davon ausging, dass die Vergabestelle den Unabhängigkeitsbegriff zwar detaillierter beschrieben hat, sie jedoch immer noch das Ziel verfolgte, Interessenkonflikte im bisherigen Sinne zu vermeiden. Es war nicht eindeutig eine unzutreffende Annahme seitens der Beschwerdeführerin, dass der Begriff der Unabhängigkeit wie bisher verstanden werde und sie dieses Zuschlagskriterium wie im Vergabeverfahren "EDM & Billing" erfülle.

**3.7.2** Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung erscheint die Definition der Unabhängigkeit gemäss Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts demnach in einem anderen Licht als aus der Sicht eines erstmals mit einem derartigen Zuschlagskriterium konfrontierten Anbieters (vgl. E. 3.5.2 hiervor). Der ausserordentliche Umstand, dass die Beschwerdeführerin bereits an einem früheren Vergabeverfahren teilgenommen hat, wobei ebenfalls die Unabhängigkeit als Kriterium vorausgesetzt worden ist und sie annehmen durfte, dieses erfüllt zu haben, spricht dagegen, dass die Bedeutung und Tragweite des nun gerügten Mangels in Zusammenhang mit dem Kriterium der Unabhängigkeit für die Beschwerdeführerin ohne Weiteres erkennbar war. Angesichts dessen kann der Beschwerdeführerin auch für den Fall, dass eine entsprechende Rügepflicht angenommen wird, nicht vorgeworfen werden, sie hätte die Formulierung gemäss Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts umgehend beanstanden müssen.

**3.8** Die Vergabestelle macht weiter – nach wie vor mit Blick auf eine allfällige Rügeobliegenheit – geltend, das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2014 könne nicht als Rüge verstanden werden. Demgegenüber behauptet die Beschwerdeführerin, mit ihrem Schreiben ihren Standpunkt so vertreten zu haben, dass damit einer allfälligen Rügeobliegenheit jedenfalls Genüge getan sei.

**3.8.1** Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. Mai 2014 darauf aufmerksam gemacht, dass deren Selbstbeurteilung beim Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit von ihrer Beurteilung abweiche.

Erstens würden sich im Partnerkreis der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin sowohl Energielieferanten als auch Verteilnetzbetreiber befinden. Zweitens finde sich im Geschäftsbericht der Beschwerdeführerin der Hinweis, dass sie selbst Energielieferant sei. Drittens komme hinzu, dass zwischen der Schweizerischen Post und der Beschwerdeführerin im Oktober 2012 ein Energieliefervertrag abgeschlossen worden sei.

**3.8.2** Die Beschwerdeführerin reagierte am 28. Mai 2014 auf dieses Schreiben der Vergabestelle. Sie brachte vor, die Vergabestelle wolle mit dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit Interessenkonflikte vermeiden, was dann der Fall wäre, wenn der Leistungserbringer unabhängig von Verpflichtungen gegenüber Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern sei. Diese Voraussetzung erfülle die Beschwerdeführerin vollumfänglich. Sie sei unabhängig von ihren Partnern, die keinen bestimmenden Einfluss auf ihre Geschäftstätigkeit hätten und sie sei als faktisch reine Handels- und Vertriebsorganisation unabhängig von Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern. Namentlich treffe sie keine Pflicht, den Strom für ihre Kunden bei ihren Partnern zu beschaffen. Vielmehr beschaffe sie den Strom am Markt beim günstigsten Anbieter. Sie verfüge weder über ein Netz noch über Produktionsstätten. Aus diesen Gründen sei es auch unmassgeblich, dass die Beschwerdeführerin mit der Schweizerischen Post im Oktober 2012 einen Energieliefervertrag abgeschlossen habe und sich selber als Energielieferantin bezeichne.

**3.8.3** Die Vergabestelle wirft der Beschwerdeführerin vor, sie habe im Schreiben vom 28. Mai 2014 lediglich erklärt, die Unabhängigkeitsdefinition zu erfüllen; gegen den Unabhängigkeitsbegriff als solchen habe sie keine Rügen vorgebracht.

**3.8.4** Die Ausführungen der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 28. Mai 2014 sind allerdings (auch) so zu deuten, dass sie das Vorgehen der Vergabestelle dahingehend beanstandet, dass diese mit ihrer Definition der Unabhängigkeit nicht den von ihr beabsichtigten Zweck – die Vermeidung von Interessenkonflikten – erreichen könne und in diesem Sinne das Verständnis des Zuschlagskriteriums "Unabhängigkeit" nicht sachgerecht sei. Der Sinn des in Frage stehenden Kriteriums sei einzig die Vermeidung von Interessenkonflikten. Dazu sei der Nachweis fehlender Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern weder notwendig noch hinreichend.

**3.8.5** Mit ihren Ausführungen bestreitet die Beschwerdeführerin zumindest implizit, dass das von der Vergabestelle verfolgte Ziel, Interessenskonflikte zu vermeiden, mit dem Unabhängigkeitsbegriff gemäss Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts erreicht werden kann. Der Darstellung der Beschwerdeführerin nach hat sie die Vergabestelle auf den Umstand hinweisen wollen, dass ein zu enges Verständnis des Zuschlagskriteriums "Unabhängigkeit" nicht in ihrem Interesse liege. Mit anderen Worten bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Vermeidung von Interessenskonflikten nicht mit dem Nachweis fehlender Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern garantiert werden könne. Den Ausführungen der Beschwerdeführerin gemäss ist das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit, wie sie von der Vergabestelle verstanden wird, unverhältnismässig und nicht zielführend. Zur Vermeidung von Interessenkonflikten genüge es, wenn die Anbieterin "keine Verpflichtungen gegenüber Verteilnetzbetreibern oder Energielieferanten habe, die ihre Unabhängigkeit in Frage stellen würden" (Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2014, S. 2; vgl. E. 3.8.2 hiervor). In Bezug auf die Präzision der vorgetragenen Rüge sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Mithin ist der Beschwerdeführerin auch in Bezug auf das Schreiben vom 28. Mai 2014 nicht vorzuwerfen, sie sei einer allfälligen Rügeobliegenheit nicht nachgekommen. Dies gilt umso mehr, als die Vergabestelle auf die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2014 vor Erteilung des Zuschlags nicht mehr reagiert hat.

**3.9** Somit kann die Frage, inwieweit gegenüber der Vergabestelle eine Rügeobliegenheit in Bezug auf Ausschreibungsunterlagen besteht mit der Folge, dass bei deren Unterlassung die entsprechende Rüge im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verspätet beurteilt wird, auch im vorliegenden Fall offen gelassen werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob eine verspätete Rüge die Frage des Eintretens betrifft oder gegebenenfalls zur Abweisung der Beschwerde führt (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-369/2014 vom 10 Juli 2014 E. 6.5). Der ausserordentliche Umstand, dass die Beschwerdeführerin aufgrund eines früheren Verfahrens davon ausgehen durfte, das Kriterium der Unabhängigkeit bereits einmal erfüllt zu haben, lässt jedenfalls nicht den Schluss zu, dass sie die Bedeutung und Tragweite des nun gerügten Mangels in Bezug auf das Kriterium der Unabhängigkeit hätte erkennen können und somit hätte rügen müssen. Die Vergabestelle ist ausserdem nicht mit ihrem Vorwurf zu hören, die Beschwerdeführerin hätte im Schreiben vom 28. Mai 2014 keine Rügen betreffend das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit vorgebracht. Die Beschwerdeführerin hat zumindest sinngemäss geltend gemacht, dass mit

dem von der Vergabestelle definierten Unabhängigkeitsbegriff das verfolgte Ziel, Interessenskonflikte zu vermeiden, nicht erreicht werden kann und damit unverhältnismässig und nicht sachgerecht ist.

#### 4.

##### 4.1

**4.1.1** Materiell macht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 30. Juli 2014 geltend, dass das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit nach der Begriffsdefinition der Vergabestelle vergabefremd sei. Sie habe in ihrem Zuschlag eine sehr enge Definition des Begriffs "Unabhängigkeit" verwendet. Gemäss diesem Begriff gelte soweit ersichtlich nur als unabhängig, wer kumulativ (i) Energie weder physisch noch vertraglich an Kunden liefere, (ii) wer kein Netz betreibe, (iii) wer weder an Energielieferanten noch Netzbetreibern beteiligt sei und (iv) wer kein Kapital von Energielieferanten oder Netzbetreibern erhalten habe. Diese enge Definition ergebe sich nicht aus der Ausschreibung (Beschwerde, S. 12). Durch den Umkehrschluss der Vergabestelle hinsichtlich Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts – dass Anbieter mit Kapitalverflechtungen nicht unabhängig seien – werde unzulässigerweise der Begriff der Unabhängigkeit auf die Frage reduziert, ob Kapitalverflechtungen mit anderen Energielieferanten oder Netzbetreibern bestünden (Beschwerde, S. 12-13). Bestehe irgendeine finanzielle Beteiligung, so führe dies nach diesem Verständnis zur Verneinung der Unabhängigkeit, auch wenn diese Beteiligung keinerlei Einfluss auf die Unabhängigkeit der Anbieterin habe und zu keinen Interessenkonflikten führe. Eine solche enge Definition der Unabhängigkeit entspreche nicht deren Wortsinn. Diese enge Definition sei vergabefremd, weil sie ohne sachlichen Grund die meisten Anbieter zum Vornherein vom Zuschlag ausschliesse. Der Ausschluss betreffe neben Elektrizitätsversorgungsunternehmen sämtliche Händler, deren Aktionariat zumindest einen Energielieferanten oder Netzbetreiber enthalte. Dieser Ausschluss sei zur Vermeidung von Interessenkonflikten nicht erforderlich. Die enge Begriffsdefinition der Vergabestelle für das Zuschlagskriterium 2 verenge die Anbieter, die für den Zuschlag in Frage kämen, künstlich und unsachgerecht, ohne dass dies für die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Angebote erforderlich wäre. Im Gegenteil führe es vorliegend dazu, dass ausgerechnet das unwirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten habe. Das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit sei deshalb bei Verwendung der Begriffsdefinition der Vergabestelle für das Vergaberecht sachfremd (Beschwerde, S. 13). Die Beschwerdeführerin sei im Beschaffungsverfahren "EDM/Billing" von der

Vergabestelle als unabhängig qualifiziert worden, obwohl auch damals Energielieferanten und Verteilnetzbetreiber zu ihrem Aktionariat gehört hätten (Beschwerde, S. 17-18).

**4.1.2** Die Vergabestelle wendet hiergegen in ihrer Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin vom 15. August 2014 ein, das Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" sei vorliegend sachgerecht (S. 9). Der Begriff der Unabhängigkeit aus dem abgebrochenen Beschaffungsprojekt "EDM/Billing" aus dem Jahr 2012 sei nicht vergleichbar mit dem Begriff der Unabhängigkeit im vorliegenden Vergabeverfahren. Es sei von einem anderen Begriff der "Unabhängigkeit" auszugehen, weil andere Dienstleistungen zu erbringen seien. Die Anbieterin vertrete gegenüber den Energielieferanten die Interessen der Vergabestelle, handle Verträge aus und prüfe diese. Sie tue dies zwar aufgrund einer gemeinsam festgelegten Strategie, die Grundlagen dafür liefere jedoch die Anbieterin. Die weitere Aufgabe, bei Überschreitung von maximalen Preisen für Energie und Netz bei Standorten in der Grundversorgung Beschwerden einzuleiten und zu begleiten, zwingt die Anbieterin zu allfälligem Handeln direkt gegen die Netzbetreiber und Energielieferanten. Die Vergabestelle habe darauf verzichtet, das Kriterium der "Unabhängigkeit" als Eignungskriterium zu definieren, um den Kreis der Anbieterinnen nicht zu stark einzuengen (Vernehmlassung, S. 10). "Unabhängigkeit" bedeute im vorliegenden Beschaffungsprojekt, dass die Anbieterin, welche unter dem Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" die volle Punktzahl erhalte, über keine organisatorischen oder finanziellen Abhängigkeiten und Kapitalverflechtungen zu Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern verfüge (Vernehmlassung, S. 11). Der Vergabestelle sei das Thema der Unabhängigkeit der Leistungserbringung wichtig. Das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit sei korrekt angewandt worden (Vernehmlassung, S. 12).

In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2014 ergänzt die Vergabestelle, die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Diskussion über das Verständnis des Zuschlagskriteriums der Unabhängigkeit und über dessen Sachgerechtigkeit erweise sich als reines Ablenkungsmanöver, denn die Parteien seien sich über diese Fragen schon lange einig. Die Beschwerdeführerin habe offenbar das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit richtig verstanden und bis zum vorliegenden Verfahren nie vorgebracht, das Kriterium sei sachlich nicht gerechtfertigt (Beschwerdeantwort, S. 7).

**4.2** Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Spielraum, in welchen das

Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.6, und B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.2). Dies entspricht auch der Zielsetzung von Art. 31 BöB. Nach dieser Bestimmung kann mit der Beschwerde in Vergabesachen die Unangemessenheit nicht gerügt werden, wogegen Missbrauch und Überschreitung des der Vergabestelle zustehenden Ermessens eine Rechtsverletzung bedeuten (BGE 140 I 257 E. 6.3.1). Dieser Gedanke führt dazu, dass auch bei der Auslegung bewusst Spielraum öffnender unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen der Rechtskontrolle von einem zu respektierenden Beurteilungsspielraum auszugehen ist. Das "wirtschaftlich günstigste Angebot", welches gemäss Art. 21 Abs. 1 BöB den Zuschlag erhält, ist ein klassisches Beispiel für einen derartigen unbestimmten Rechtsbegriff (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, S. 55). Das bedeutet aber nicht, dass die Vergabestelle völlig frei ist. Sie ist vielmehr jedenfalls an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Ausserdem sind Sinn und Zweck der auszulegenden Begriffs und der Regulierung insgesamt zu beachten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 7.3 mit Hinweisen).

**4.3** Die Zuschlagskriterien konkretisieren den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses wird gemäss Art. 21 Abs. 1 BöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit sowie technischer Wert. Neben den im BöB genannten Zuschlagskriterien kann die Vergabestelle nach Art. 27 Abs. 2 VöB auch folgende Kriterien bei der Bewertung berücksichtigen: Nachhaltigkeit, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, Effizienz der Methodik und die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten. Dabei handelt es sich um eine nicht abschliessende Auflistung möglicher Zuschlagskriterien (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 556). Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VöB; 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 (Zwischenentscheid B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.1 mit Hinweis).

**4.4** Von vornherein unzulässig sind Zuschlagskriterien, die protektionistische Ziele verfolgen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 839).

Vergabefremd sind Zuschlagskriterien, die Allgemeininteressen berücksichtigen und nicht als qualitative – etwa ökologische – Anforderungen an Produkte beschrieben werden können. Die Berücksichtigung derartiger Kriterien ist nur bei ausdrücklicher Verankerung im anwendbaren Beschaffungsrecht zulässig (BGE 140 I 285 E. 7.2 mit Hinweisen; CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 851; MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insbesondere S. 170 f. mit Hinweisen). Vergabefremde Zuschlagskriterien eignen sich nicht, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, da sich damit weder die Qualität noch die Wirtschaftlichkeit des Angebots bewerten lässt. Sie stehen mithin in einem Spannungsverhältnis mit den Zielen des Vergaberechts, die den Wettbewerb unter den Anbietern stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern wollen (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c BöB). In Bezug auf vergabefremde Zuschlagskriterien muss daher zur Vermeidung von Missbrauch die sachliche Begründetheit des Kriteriums im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsgeschäft geprüft werden. Gerade bei der Statuierung und Anwendung vergabefremder Zuschlagskriterien sind die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz zu beachten (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 917; CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., S. 851). Ausserdem sind ihrer Gewichtung mit Blick auf den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots Grenzen gesetzt (MARKUS LANTER, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, in: ZBI 114 [2013] S. 601 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

**4.5** Das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit – ganz allgemein, aber auch gemäss der Definition der Vergabestelle (Vermeidung von Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern und Verpflichtungen gegenüber diesen) – lässt sich zwar nicht auf die Zielsetzung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB zurückführen, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt. Indessen ist der damit verfolgte Zweck der Vermeidung von Interessenkonflikten dem Vergaberecht keineswegs fremd. Dies zeigt etwa die Regelung betreffend die Vorbefassung gemäss Art. VI Ziff. 4 GPA beziehungsweise Art. 21a VöB. Ausserdem dient die Vermeidung von Interessenskonflikten

– jedenfalls was die Regeln zur Vorbefassung betrifft – der Gleichbehandlung der Anbietenden im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BöB (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.2.2). Damit ist ein derartiges Kriterium grundsätzlich nicht von vornherein vergabefremd. Dafür spricht auch die Zielsetzung der Vermeidung von Interessenskonflikten, wie sie neuerdings in der Präambel des revidierten GPA formuliert ist. Zugleich wird in Art. VI Abs. 4 Bst. b und c desselben unter dem Titel "Conduct of Procurement" namentlich verlangt, dass korrupte Praktiken und Interessenskonflikte vermeiden werden sollen (vgl. zum Ganzen HERMANN PÜNDER, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Malte Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013, S. 71 ff., insb. S. 78). Das revidierte GPA ist allerdings für die Schweiz noch nicht in Kraft getreten (vgl. [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm), zuletzt besucht am 12. Februar 2015). Würde eine Anbieterin verschiedene sich entgegenstehende Interessen wahrnehmen, besteht die Gefahr, dass dies unter Umständen zu Qualitätseinbussen oder zu Preismanipulationen führt. Es ist nachvollziehbar, dass die Vergabestelle dies verhindern will.

**4.6** Die Beschwerdeführerin wirft auch die Frage auf, ob dieses anbieterbezogene Kriterium im Sinne einer "Mehreignung" als Zuschlagskriterium taugt. Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, nicht auf sein Angebot (Urteil B-1480/2010 vom 29. September 2010 E. 2.1 f.; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 1 zu Art. 9 BöB). Das bestreitet die Vergabestelle denn auch nicht. Sie macht vielmehr geltend, dass sie deshalb darauf verzichtet habe, das Kriterium der "Unabhängigkeit" als Eignungskriterium zu definieren, um den Kreis der Anbieterinnen nicht zu stark einzuengen (Beschwerdeantwort, S. 9). Zunächst ist in Bezug auf die Mehreignung darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung derselben trotz Anbieterbezugs im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig ist (BGE 139 II 489). Im vorliegenden Zusammenhang ist indessen festzuhalten, dass solche Mehreignungsfaktoren – ganz vergleichbar mit den Eignungskriterien selbst – jedenfalls dann unzulässig sind, wenn durch diese ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart eingeschränkt wird, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2010/58 E. 6.1; in gleicher Weise in Bezug auf technische Spezifikationen der Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.2).

**4.7** Im vorliegenden Fall will die Vergabestelle zwar finanzielle Verflechtungen ausschliessen, aber den Einkauf "eigenen" Stroms durch die Auftragnehmerin ausdrücklich zulassen. So hat die Vergabestelle im Rahmen der Anbieterfragen die Frage 2, ob ein Dienstleister auch eigene Energie anbieten könne oder ob es in jedem Fall unabhängige Energie sein müsse und ob ein Dienstleister, der eine eigene Bilanzgruppe führe (unter Umständen auch für andere Kunden und die Vergabestelle) als unabhängig gelte, wie folgt beantwortet:

"Der Post ist es wichtig, dass sie den bestmöglichen und tiefsten Marktpreis erhält. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie vom zukünftigen Dienstleister "eigene" oder "fremdbeschaffte" Energie erhält. Jedoch muss der Post aufgezeigt werden können, dass der beschaffte Strom der günstigste ist. Die Unabhängigkeitsfrage bezieht sich nicht auf die Zusammensetzung der Bilanzgruppe. Die Unabhängigkeit ist in Bezug auf die organisatorische oder finanzielle Verflechtung zu selbstproduzierenden Energieversorgungsunternehmen zu verstehen"

(vgl. dazu auch E. 3.5.1 hiervor). Die Auftragnehmerin kann folglich ihren "eigenen" Strom stets dann für die Vergabestelle einkaufen, wenn er der günstigste ist. Von der Vergabestelle wird somit in der Sache Stromeinkauf trotz der bezweckten Vermeidung von Interessenskonflikten keine umfassende Unabhängigkeit der Auftragnehmerin gefordert. Vor diesem Hintergrund ist besonders darauf zu achten, dass durch ein Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" das Wettbewerbsfeld nicht über Gebühr verengt wird, zumal auch die Vergabestelle ausführt, dass selbst ohne Berücksichtigung der Unabhängigkeit nur wenige Anbieterinnen in der Lage sind, die ausgeschriebenen Dienstleistungen zu erbringen (Beschwerdeantwort, S. 9). Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich vor, dass wohl im schweizerischen Markt nur die Zuschlagsempfängerin – mit Ausnahme der ersten Voraussetzung – sämtliche von der Vergabestelle im Nachhinein aufgestellten Voraussetzungen der Unabhängigkeit erfüllen könne (Beschwerde vom 30. Juli 2014, S. 13).

**4.8** Es ist nach dem Gesagten fraglich, ob das gewählte Zuschlagskriterium den Wettbewerb gemessen an der verfolgten Zielsetzung und mit Blick auf den verbleibenden Restwettbewerb nicht zu stark einschränkt.

**4.8.1** Laut den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 30. Juli 2014 besteht der Zweck des Zuschlagskriteriums der Unabhängigkeit darin, Interessenkonflikten vorzubeugen. Dies ergebe sich aus Ziff. 6 und Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts (S. 9-10). Die Beschwerdeführerin habe keine Verpflichtungen gegenüber anderen Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern, die ihre Unabhängigkeit in Frage stellen würden.

Ein Interessenskonflikt sei ausgeschlossen. Im Übrigen verunmögliche die ausgeschriebene Leistung einen Interessenskonflikt zum Vornherein. Gemäss Ziff. 6.2.1.2 des Pflichtenhefts sei der Leistungserbringer vertraglich verpflichtet, den Strom im Markt im Rahmen von Börsengeschäften zum tiefsten Preis zu beschaffen. Die Beschwerdeführerin habe keinerlei Interessenskonflikte im Sinne des Zuschlagskriteriums 2. Bei dessen richtiger Anwendung sei sie genauso als unabhängig zu qualifizieren, wie dies bei der Zuschlagsempfängerin der Fall sei (Beschwerde, S. 11). Der einzige Unterschied zwischen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin bestehe soweit ersichtlich darin, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Aktionariat auch Energielieferanten und Netzbetreiber aufweise. Dies führe jedoch zu keinem Interessenskonflikt der Beschwerdeführerin (Beschwerde, S. 19).

**4.8.2** Demgegenüber kann die Unabhängigkeit nach Ansicht der Vergabestelle nur sichergestellt werden, wenn der Anbieter weder Verpflichtungen noch Kapitalverflechtungen gegenüber beziehungsweise mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern habe (E. 4.1.2 hiervor). Laut ihrer Vernehmlassung vom 15. August 2014 sieht die Vergabestelle im Aktionariat der Beschwerdeführerin, in welchem Energielieferanten und Verteilnetzbetreiber anzutreffen seien, berechtigterweise ein Konfliktpotential. Die fehlende Unabhängigkeit der Beschwerdeführerin von ihren Aktionären stehe potentiell im Konflikt mit den Aufgaben der Anbieterin, welche eine umfassende und vertrauenswürdige Auftrags Erfüllung im Namen der Vergabestelle bedingten. Die potentiellen Konflikte bezüglich der Interessen der Aktionäre führten dazu, dass die Beschwerdeführerin gegenüber ihren vollständig unabhängigen Mitbewerberinnen im vorliegenden Vergabeverfahren eine schlechtere Bewertung unter dem Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" zugekommen sei (S. 11). Die Beschwerdeführerin sei aufgrund der bestehenden Verflechtungen und potentiellen Konflikte in Bezug auf ihre Aktionäre korrekt als nicht unabhängig bewertet worden. Sie weise keinesfalls einen Grad an Unabhängigkeit auf, wie dies die Zuschlagsempfängerin und die zweitplatzierte Anbieterin täten (S. 12).

Im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2014 bekräftigt die Vergabestelle ihre vernehmlassungsweisen Ausführungen.

**4.8.3** Die Vergabestelle hat vorliegend eine sehr enge Definition des Unabhängigkeitsbegriffs gewählt beziehungsweise sind die Voraussetzungen für die Erfüllung des Zuschlagskriteriums sehr hoch. Nur zwei Anbieter

konnten es erfüllen. Es ist deshalb nicht auszuschliessen, dass die Vergabestelle damit übermässige Anforderungen stellte, welche von vornherein nur sehr wenige Anbieter zu erfüllen vermochten.

**4.8.4** So ist zunächst danach zu fragen, ob das Unabhängigkeitskriterium in seiner engen Interpretation durch die Vergabestelle mit 20 % vorliegend nicht zu hoch gewichtet worden ist. Rechtsprechung und Lehre räumen vergabefremden Kriterien ein Gewicht von höchstens 10 % ein (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 413 ff. mit Hinweisen). Solchen Kriterien darf kein grosses Gewicht zukommen (MARKUS LANTER, a.a.O., S. 601). Im vorliegenden Fall liegt zwar möglicherweise kein klassisch vergabefremdes Kriterium vor (vgl. E. 4.5 hiervoor), aber aufgrund der besonderen Marktgegebenheiten ist jedenfalls eine vergleichbare Vorsicht walten zu lassen. Die Beschwerdeführerin rügt denn auch ausdrücklich, dass der Hinweis der Vergabestelle, dass ebenfalls eine nicht unabhängige Anbieterin den Zuschlag hätte erhalten können, angesichts der Gewichtung der Zuschlagskriterien rein theoretisch sei (Replik, S. 8). Demnach erscheint schon die Zulässigkeit der Gewichtung als solche fraglich. Im Folgenden ist nun zu prüfen, wie sich die Gewichtung in Verbindung mit der angewandten Bewertungsmethode auswirkt.

Nach den Angaben der Vergabestelle haben zwei Anbieter das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit erfüllt. Eine Abstufung des Erfüllungsgrads hat die Vergabestelle nicht vorgenommen. Dadurch, dass unter diesem Kriterium nur entweder 2'000 von 10'000 möglichen Punkten oder aber bei Nichterfüllung 0 Punkte erreicht werden konnten, wirkt sich das Unabhängigkeitskriterium noch einschneidender aus. Berücksichtigt man zudem, dass die Wirtschaftlichkeit nur mit 25 Prozent gewichtet ist, so sind an die Erforderlichkeit dieses Kriteriums im Rahmen der Rechtskontrolle umso höhere Anforderungen zu stellen. Die Vergabestelle führt dazu aus, sie stehe "in einem hohen Vertrauensverhältnis zum ausgewählten Anbieter". Sie habe zwar die Möglichkeit, in alle Dokumente Einsicht zu nehmen, sei jedoch nicht in der Lage, die in ihrem Auftrag erledigten Aufgaben inhaltlich zu prüfen. Die Aussage der Beschwerdeführerin, wonach es für die Vergabestelle ein Leichtes sei, zu prüfen, ob jeweils zum besten Preis eingekauft worden sei, sei unzutreffend. Einerseits handle es sich um eine Vielzahl von Verträgen und Belegen, welche die Post aufgrund ihrer Menge nicht alle prüfen könne (und aus Ressourcengründen auch nicht prüfen möchte), andererseits seien für die Prüfung der Frage, ob jeweils der bestmögliche Preis erreicht worden sei, umfangreiche Abklärungen und eine sehr gute

Kenntnis des Marktes erforderlich (Beschwerdeantwort, S. 8). Die Beschwerdeführerin führt dazu wiederum aus, die Vergabestelle bestreite nicht, jederzeit über alle Belege zu verfügen, um die vertragskonforme Erbringung der Leistung zu überprüfen. Sie trage nur vor, sie wolle sich darum nicht kümmern. Aus den Tabellen, die von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschaffung und Rapportierung verwendet werden, sei auf den ersten Blick ersichtlich, ob die Beschwerdeführerin Angebote bei Aktionären eingeholt habe. Bei der Überprüfung könne die Vergabestelle im Rahmen von Stichproben auf mögliche Anfragen bei Aktionären der Beschwerdeführerin fokussieren. Diese seien leicht identifizierbar. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Beschwerdeführerin ihre Aktionäre wie erwartet auch in Zukunft nicht um Offerten anfragen werde, weil diese gar nicht kompetitive Preise anbieten würden. Der Überprüfungsaufwand der Vergabestelle zur Vermeidung des angeblichen Interessenkonflikts sei deshalb gering (Replik, S. 8). Darauf hat die Vergabestelle im Rahmen der Duplik nicht mehr reagiert. Plausibel erscheint aufgrund des Gesagten jedenfalls, dass es nicht ausgeschlossen scheint, mit vernünftigen Aufwand ein begrenztes spezifische Reporting vorzusehen, welches der Vergabestelle darüber Auskunft gibt, ob die Beschwerdeführerin bei Aktionären Angebote eingeholt oder gar Strom bezogen hat. Die Vergabestelle setzt sich auch nicht mit dem Argument der Beschwerdeführerin auseinander, wonach die Wahrscheinlichkeit, dass das geschieht, aufgrund nicht kompetitiver Preise (ihrer Aktionäre) denkbar gering ist. Unter diesen Bedingungen kann das Kriterium "Unabhängigkeit" in der gewählten engen Definition, der gewählten Gewichtung und angesichts der Tatsache, dass nur 2000 oder 0 Punkte erreichbar sind, jedenfalls mit Blick auf die besonderen Marktgegebenheiten nicht als sachgerecht bezeichnet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind bei der Festsetzung von Submissionsbedingungen und Eignungskriterien die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. E. 4.6 hiervor); dies kann durch das seitens der Vergabestelle gewählte Vorgehen nicht gewährleistet werden.

## 5.

**5.1** Zusammenfassend hat die Vergabestelle mit dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit unter Gefährdung eines hinreichenden Restwettbewerbs in wettbewerbsverzerrender Weise zu grosse Bedeutung zugemessen, indem sie diesem ein Gewicht von 20 % und eine Bewertung von entweder 0 oder 2'000 Punkten zuordnete, während das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit mit 25 % gewichtet worden ist. Ob die Komplexität

der Vergabe die Gewichtung der Wirtschaftlichkeit mit 25 % rechtfertigt, kann dabei offen bleiben (vgl. dazu grundlegend das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 16. Dezember 2011, E. 2.2.3.3 mit Hinweisen). Im Ergebnis hat die Vergabestelle grundlegende Zwecke des Vergaberechts – die Stärkung des Wettbewerbs und die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel – missachtet und damit den ihr zustehenden Spielraum überschritten. Die Beschwerdeführerin fiel infolge des Unabhängigkeitskriteriums für den Zuschlag faktisch ausser Betracht. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Zuschlag aufzuheben.

**5.2** Auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin braucht unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden.

## **6.**

Gemäss Art. 32 Abs. 1 BöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an den Auftraggeber oder die Auftraggeberin zurück. Ersteres wäre vorliegend nur dann am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erschiene (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 6.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1396). Dies ist jedoch zu verneinen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verbleibt der Vergabestelle in dieser Situation nicht als einzige Möglichkeit, das Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" im Sinne der Vorschläge der Beschwerdeführerin zu definieren und dieser im Rahmen der bereits erfolgten Evaluation den Zuschlag zu erteilen. Es steht ihr auch frei, das Vergabeverfahren abubrechen und eine neue Ausschreibung mit neuen Zuschlagskriterien zu publizieren. Ohnehin kann aber die Wirkung der Aufhebung des Zuschlags nicht auf die Beschwerdeführerin beschränkt werden. Unter Verweis auf das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C\_380/2014 vom 15. September 2014 (E. 4.7) hat das Bundesverwaltungsgericht seine Praxis derjenigen des Bundesgerichts angepasst (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 9 mit Hinweisen).

Vor diesem Hintergrund ist die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.

## **7.**

**7.1** 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]). Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Sowohl beim Entscheid in der Hauptsache als auch beim Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Ihr sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, und der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

**7.2** Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat trotz Obsiegens keinen Anspruch auf Kostenersatz, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 9 Abs. 2 VGKE). Die Vergabestelle hat zufolge Unterliegens ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. auch Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Der am 10. Juli 2014 publizierte Zuschlag vom 9. Juli 2014 in der Ausschreibung "Dienstleistung Strombeschaffung für die Post" wird aufgehoben und die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

**3.**

**3.1** Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.2** Der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 108536; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Andrea Giorgia Röllin

**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 nach den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) erfüllt sind. 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 26. März 2015