



## Urteil vom 1. April 2011

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Gesundheit BAG,**  
3003 Bern,  
Vergabestelle,

**Y. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Fürsprecher A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin,

---

Gegenstand

öffentliches Beschaffungswesen - Kurierdienst BAG.

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

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG, Vergabestelle) schrieb am 12. November 2008 unter dem Projekttitel "Kurierdienst BAG" im offenen Verfahren Dienstleistungen der Kategorie "Landverkehr einschliesslich Geldtransport und Kurierdienste ohne Postverkehr" im Raum Bern aus (Schweizerisches Handelsamtsblatt, SHAB, Nr. 220/2008). Bis anhin waren diese zum einen Teil durch die Y.\_\_\_\_\_ AG (Beschwerdegegnerin und Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren B-4717/2010), zum anderen durch die X.\_\_\_\_\_ GmbH (Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren) erbracht worden.

**B.**

Neben drei weiteren Anbieterinnen reichten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin Offerten ein. Am 2. Februar 2009 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die Beschwerdeführerin, worauf ihn die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 9. Februar 2009 beim Bundesverwaltungsgericht anfocht. Dieses erwog in seinem Urteil B-891/2009 vom 5. November 2009 namentlich, die Vergabestelle habe das Transparenzgebot verletzt, indem sie bei der Offertevaluation zum Teil nicht vorgängig bekanntgegebene Zuschlagskriterien verwendet und das Gewicht der in der Ausschreibung bekanntgegebenen Zuschlagskriterien nachträglich geändert habe. Ihre Auswertung der Angebote mit Hilfe eines vorgefertigten, standardisierten Beurteilungsrasters sei überdies nur schwer nachvollziehbar, zumal sich dieses Raster nicht an den publizierten Vergabekriterien orientiere. Auch darin liege ein Verstoss gegen das Transparenzgebot. Als Verletzung des Transparenzgebotes zu werten sei ausserdem die vorgängig nicht angekündigte Einbeziehung eines Qualitätssicherungsnachweises in Form eines ISO-Zertifikates bei der Evaluation der eingereichten Angebote.

Entsprechend hob das Bundesverwaltungsgericht den Zuschlag vom 2. Februar 2009 auf und wies die Sache zur Neuevaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im Sinne seiner Erwägungen an die Vergabestelle zurück. Dabei stellte es das Gericht der Vergabestelle frei, ob sie gestützt auf die vorhandenen Akten direkt zu neuer, gesetzeskonformer Evaluation und Zuschlagserteilung schreiten oder die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin vorab auffordern wolle, ihre Offerten in Kenntnis sämtlicher (allenfalls noch

bekanntzugebender) Vergabekriterien sowie ihrer Gewichtung nachzubessern. Gegen dieses Urteil wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

### **C.**

Am 12. März 2010 lud die Vergabestelle die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin ein, bis am 23. April 2010 "auf der Basis der Ausschreibung vom 29. Oktober 2008 [recte: 12. November 2008] und der vorliegenden, präzisierten Informationen eine detaillierte Offerte zu unterbreiten". Beide reichten daraufhin erneut ein Angebot ein; dasjenige der Beschwerdeführerin datiert vom 20. April 2010, dasjenige der Zuschlagsempfängerin vom 22. April 2010.

Ihrem Schreiben "Einladung zur Angebotsabgabe" vom 12. März 2010 hatte die Vergabestelle eine Übersicht über die Zuschlagskriterien sowie die entsprechenden Gewichtungen, eine Tabelle "Taxonomie/Bewertung" sowie ein "Beispiel einer Bewertung" beigefügt. Sie hatte auch festgehalten, Fragen zur Ausschreibung seien bis am 22. März 2010 schriftlich bei der Vergabestelle einzureichen; für die Beantwortung offener Fragen finde am 26. März 2010 eine gemeinsame Sitzung der Anbieter und der Vergabestelle statt.

### **D.**

In einem Schreiben vom 8. Juni 2010 ("Bekanntmachung des Zuschlages im offenen Verfahren") teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, das von ihr unterbreitete Angebot habe aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und im Vergleich zu der anderen eingereichten Offerte nicht berücksichtigt werden können. Am 9. Juni 2010 veröffentlichte sie den Zuschlag auf simap.ch, wobei sie als Begründung Folgendes festhielt: "wirtschaftlich günstigstes Angebot gemäss Zuschlagskriterien in der Ausschreibung vom 12. November 2008 sowie die Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010".

### **E.**

Mit Eingabe vom 29. Juni 2010 focht die Beschwerdeführerin den Zuschlagsentscheid vom 9. Juni 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. In der Hauptsache: Es sei der Entscheid vom 9. Juni 2010 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

2. Vorsorgliche Massnahmen: Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen sei die Vergabestelle sofort aufzufordern, alle Vollzugsvorkehrungen zu unterlassen, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

3. Aktenedition: Es seien die entscheiderelevanten Akten der Beschwerdeführerin zur Prüfung herauszugeben, soweit dies nicht durch den legitimen Schutz der Geheimniswahrung ausgeschlossen ist. Der Beschwerdeführerin sei darauf eine Frist zu setzen, um die Beschwerde allenfalls zu vervollständigen."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin zusammenfassend vor, sie sei der Auffassung, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der Kriterien ihr Ermessen zu weit zurückgebunden und damit eine Rechtsverletzung begangen habe (Ermessensunterschreitung). Die Vergabestelle sei der Meinung gewesen, sie dürfe nur die Punkte 0, 20 und 40 verteilen, während ihr eigenes Punkteschema auch eine differenzierte Beurteilung mit Punkten zwischen 0 und 40 erlaubt, ja sogar präjudiziert habe. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss komme, die Vergabestelle habe aufgrund ihres eigenen Bewertungsschemas tatsächlich nur 0, 20 oder 40 Punkte vergeben dürfen, sei die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass ein solches Punkteschema willkürliche Ergebnisse produziere. Es sei zu grob und erlaube deshalb keine ernsthafte, differenzierte Beurteilung in einem Verfahren, das der Transparenz zu dienen habe. Der Entscheid sei schon deshalb an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen, weil er Grundsätze formeller Natur verletze. Die Beschwerdeführerin habe aber auch Grund zur Annahme, dass eine korrekte, skalenoffene Bewertung in der Sache auch einen anderen Entscheid – nicht zugunsten der Zuschlagsempfängerin – präjudizieren würde.

#### **F.**

Durch Verfügung vom 30. Juni 2010 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, dass bis zu seinem Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

#### **G.**

Mit Verfügung vom 1. Juli 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabebehörde, bis zum 14. Juli 2010 zum Antrag der

Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen. Gleichzeitig räumte es der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit ein, sich bis zum 14. Juli 2010 ebenfalls zu diesem Antrag vernehmen zu lassen. Dabei hielt es fest, die Zuschlagsempfängerin werde – insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko – als eigentliche Gegenpartei behandelt, sofern sie in diesem Verfahren formelle Anträge stelle. Aufgrund eines Gesuchs der Zuschlagsempfängerin vom 2. Juli 2010 erstreckte das Bundesverwaltungsgericht die Frist zur Stellungnahme durch Verfügung vom 5. Juli 2010 bis zum 28. Juli 2010.

Die Vergabestelle äusserte sich mit Vernehmlassung vom 13. Juli 2010 zum prozessualen Begehren der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei sie dessen Abweisung unter Kostenfolge beantragte.

In ihrer Eingabe vom 28. Juli 2010 stellte die Zuschlagsempfängerin das Rechtsbegehren, der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Vergabeverfahrens eingereichten Unterlagen seien von der Akteneinsicht auszunehmen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

#### **H.**

Mit Zwischenentscheid vom 23. September 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut; als Folge davon teilen sich die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin den zu vergebenden Kurierdienstauftrag weiterhin. Gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

#### **I.**

Durch Zwischenverfügung vom 30. September 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin gut, soweit sich dieses nicht auf die Offerte der Zuschlagsempfängerin erstreckte; es gewährte der Gesuchstellerin Einsicht in die vorinstanzlichen act. 1 – 5 sowie 8 – 11 (Beilagen zur Vernehmlassung vom 13. Juli 2010). Gleichzeitig gab es ihr Gelegenheit, eine Beschwerdeergänzung einzureichen, was die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Oktober 2010 tat, wobei sie vollumfänglich an den Anträgen gemäss ihrer Beschwerdeschrift vom 29. Juni 2010 festhielt.

Am 27. Oktober 2010 ersuchte die Beschwerdegegnerin um Akteneinsicht. Diese wurde ihr gleichentags verfügungsweise bewilligt, davon ausgenommen die Beilage 6 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 13. Juli 2010 (Offerte der Beschwerdeführerin vom 20. April 2010).

Mit Datum vom 22. November 2010 liess sich die Vergabestelle innerhalb erstreckter Frist in der Hauptsache vernehmen. Sie beantragt weiterhin, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin und Zuschlagsempfängerin nahm – ebenfalls nach Fristerstreckung – mit Eingabe vom 23. November 2010 in der Hauptsache Stellung, wobei sie beantragte, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge vollumfänglich abzuweisen.

#### **J.**

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

#### **1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1, mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

**1.1** Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

**1.2** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem ÜöB unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig bei Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB

fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

**1.3** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB). Gegenstand der Beschaffung "Kurierdienst BAG" ist ein Dienstleistungsauftrag (Landverkehr) im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB. Eine Ausnahme nach Art. 3 BöB liegt nicht vor. Der gemäss Art. 6 BöB i.V.m. Art. 1 lit. b der zum Zeitpunkt des angefochtenen Zuschlagsentscheides in Kraft stehenden (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 30. Juli 2010 E. 3.1.4) Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das erste Semester des Jahres 2010 vom 11. Dezember 2009 (AS 2009 6573) für Dienstleistungsaufträge massgebliche Schwellenwert von Fr. 248'950.- wird im vorliegenden Fall überschritten (Preisspanne laut Ziff. 3.2 der (ursprünglichen) Zuschlagspublikation vom 3. Februar 2009, veröffentlicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 22/2009 vom 3. Februar 2009: Fr. 276'094.- bis 777'544.-). Demnach sind die Regeln des BöB auf den hier zu beurteilenden Auftrag anzuwenden.

**1.4** Als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Offerentin ist die Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Frist und Form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten, sofern und soweit sich die Rügen der Beschwerdeführerin nicht als verspätet erweisen sollten (siehe dazu unten E. 4 und 5).

## 2.

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen eine Ermessensunterschreitung bei der Bewertung der Zuschlagskriterien sowie Verstösse gegen das Transparenzgebot und das Willkürverbot.

## 3.

In ihrer Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010 nannte die Vergabestelle folgende Zuschlagskriterien:

<u>Kriterium</u>	<u>Gewichtung</u> (Faktor)
<i>Preis</i>	3
<i>Qualität</i>	3
• Fachkompetenz und Referenzen im Sachgebiet (ist	

<p>vollständig erfüllt bei mindestens vier Referenzen)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• abgeschlossene Prozesszertifizierung (ist vollständig erfüllt bei Vorlage eines Zertifikats)</li> <li>• Vollständigkeit des Angebots</li> <li>• Organisation und Infrastruktur des Anbieters</li> </ul>	
<p><i>regionale Verankerung</i></p> <p>(ist vollständig erfüllt bei Sitz oder Filiale in Bern)</p>	2
<p><i>Termintreue</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• zeitliche Kapazität für den Auftrag vorhanden? (ist vollständig erfüllt bei Bestätigung der vergebenen Zeiten)</li> <li>• Können die Startzeiten eingehalten werden?</li> <li>• Einhaltung der Einreichungsfrist für die Offerte</li> </ul>	3
<p><i>Flexibilität</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• zeitliche Flexibilität für Sonderkuriere (ist vollständig erfüllt innerhalb einer halben Stunde vor Ort, teilweise erfüllt innerhalb einer Stunde vor Ort)</li> <li>• einsatzmässige Flexibilität der Ausführenden bei Wartezeiten für dringende Geschäfte (ist vollständig erfüllt bei 20 Minuten und teilweise erfüllt bei 10 Minuten Wartezeit)</li> </ul>	3
<p><i>Ausführung</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Beurteilung der Machbarkeit</li> <li>• Wahrscheinlichkeit der Zielerreichung</li> <li>• Servicebereitschaft</li> </ul>	3
<p><i>Verwaltungserfahrung</i></p> <p>(ist vollständig erfüllt bei mindestens drei Mandaten bei der Bundesverwaltung)</p>	1

Unter dem Titel "Taxonomie/Bewertung" führte sie in ihrer Einladung folgende Tabelle an:

<u>Erfüllungsgrad</u>	<u>Punkte</u>	<u>Total</u>	<u>Beschreibung</u>
-----------------------	---------------	--------------	---------------------

vollständig erfüllt	maximale Punkte	40	Die Anforderung wird durch das Angebot vollständig erfüllt.
teilweise erfüllt	½ der Punkte	20	Die Anforderung wird durch das Angebot teilweise erfüllt.
nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben	keine Punkte	0	Die Anforderung wird durch das Angebot nicht erfüllt.

Ergänzend hielt sie fest:

"Sind Unterkriterien aufgeführt, werden für jedes einzelne dieser Unterkriterien gemäss obenstehendem Bewertungssystem Punkte von 0 bis 40 verteilt und anschliessend die Gesamtpunktzahl durch die Anzahl Unterkriterien dividiert. Das Ergebnis wird mit dem Gewichtungsfaktor multipliziert und somit die Endpunktzahl für das jeweilige Kriterium ermittelt (vgl. nachfolgendes Beispiel). Die Summe dieser Endpunktzahlen ergibt das für den Zuschlag entscheidende Resultat."

Das im Zitat erwähnte Beispiel einer Bewertung für das Kriterium "Qualität" sieht wie folgt aus:

<u>Unterkriterien</u>	<u>Punkte</u>
Fachkompetenz und Referenzen im Sachgebiet	40
abgeschlossene Prozesszertifizierung	20
Vollständigkeit des Angebots	40
Organisation und Infrastruktur des Anbieters	20

Total Punkte	120
--------------	-----

#### *Berechnung der Punktzahl pro Kriterium*

120 (Total Punkte) : 4 (Anzahl Unterkriterien) = 30 Punkte x 3 (Faktor) = 90 Punkte.

#### 4.

**4.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vergabestelle habe bei ihrem Entscheid ein Punktesystem verwendet, bei dem für jedes Kriterium jeweils nur die Punkte 0, 20 und 40 zugeteilt worden seien. Die Vergabestelle sei der Auffassung, dieses Schema ergebe sich aus der Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010. Dem sei entgegenzuhalten, dass sich ein so starres Punktesystem keineswegs aus der Einladung zur Angebotsabgabe ergebe. Es sei dort festgehalten, dass bei vollständiger Erfüllung eines Kriteriums 40, bei teilweiser Erfüllung 20 sowie bei Nichterfüllung 0 Punkte vergeben werden sollten. Daraus ergebe sich aber nicht, dass etwa bei recht guter, aber nicht vollständiger Erfüllung keine z.B. 31 Punkte vergeben werden könnten. Auch das Beispiel einer Bewertung, das auf Seite 3 der "Einladung" abgedruckt sei, ergebe dieses Bild nicht. Das Beispiel erscheine zufällig gewählt. Dass mit ihm dem Bewerber mitgeteilt werden sollte, es würden jeweils allein nur 20 oder 40 Punkte verteilt, könne nicht angenommen werden. Klar für ein differenziertes Punkteschema spreche dagegen der sich auf die Unterkriterien beziehende Satz unterhalb der Tabelle zur Taxonomie. Könnten Punkte von 0 bis 40 verteilt werden, so schliesse dies nach allgemeinem Sprachgebrauch etwa auch die Zuteilung von z.B. 17 Punkten mit ein.

**4.2** Das BAG erwidert, die Anbieterinnen seien ausführlich und detailliert über die Zuschlagskriterien und über die Taxonomie informiert worden. Insbesondere sei aus der Taxonomie/Bewertung klarerweise ersichtlich, dass lediglich zwischen drei Erfüllungsgraden (vollständig erfüllt; teilweise erfüllt; nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben) unterschieden worden sei und dementsprechend entweder 0, 20 oder 40 Punkte verteilt worden seien. Weitere Kategorien, wie z.B. der von der Beschwerdeführerin angegebene Erfüllungsgrad "recht gute, aber nicht vollständige Erfüllung", ergäben sich aus diesem Schema nicht und seien auch nie vorgesehen gewesen. Um das Bewertungssystem für die Anbieterinnen zu veranschaulichen, sei die Einladung zur Angebotsabgabe zusätzlich mit einem Beispiel versehen worden, woraus ebenfalls unmissverständlich hervorgehe, dass lediglich 0, 20 oder 40 Punkte verteilt würden. Ferner sei in Bezug auf die Unterkriterien mit dem unterhalb der Tabelle "Taxonomie" eingefügten Satz präzisiert worden, dass "[...] für jedes einzelne dieser Unterkriterien *gemäss obenstehendem Bewertungssystem* Punkte von 0 bis 40 verteilt und anschliessend durch die Anzahl Unterkriterien dividiert" würden. Zum einen werde damit verdeutlicht, dass auch bei den Unterkriterien nur zwischen drei Erfüllungsgraden unterschieden werde und somit auch nur Punkte von 0, 20 oder 40 verteilt würden. Zum anderen werde ersichtlich, dass ein einzelnes Unterkriterium aufgrund der anschliessenden Division der

Gesamtpunktzahl durch die Anzahl Unterkriterien weniger ins Gewicht falle als ein Zuschlagskriterium, welches über keine Unterkriterien verfüge.

Aus dem Gesagten ergebe sich, dass Bedeutung und Tragweite des Bewertungssystems für die Beschwerdeführerin bereits aus der Einladung zur Angebotsabgabe ersichtlich gewesen seien. Die Angaben zu den Zuschlagskriterien und zur Taxonomie seien somit hinreichend bestimmt gewesen; allfällige Rügen zum Bewertungssystem hätten bereits nach Erhalt der Einladung zur Angebotsabgabe geltend gemacht werden müssen. Da die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, schriftlich oder anlässlich der Sitzung vom 26. März 2010 mündlich Fragen zur Taxonomie zu stellen, sei davon auszugehen, dass das Bewertungssystem für sie verständlich gewesen sei. Wenn sie die Taxonomie nun erst nach Erteilung des Zuschlags bemängle, so verstosse dies gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, da sie bis zum Entscheid der Vergabestelle genügend Gelegenheiten gehabt habe, ihre Rügen vorzutragen. Die vorgebrachten Rügen seien somit verspätet.

**4.3** Ganz ähnlich wie die Vergabestelle äussert sich auch die Beschwerdegegnerin zum Inhalt der Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010 und zur Sitzung vom 26. März 2010. Sie stellt zusammenfassend fest, die massgebenden Zuschlagskriterien, deren Gewichtung sowie das Bewertungssystem seien klar und unmissverständlich offengelegt worden, weshalb das Transparenzgebot gar nicht verletzt worden sein könne. Hätten Unklarheiten bestanden – was ausdrücklich bestritten werde –, hätte die Beschwerdeführerin entsprechend nachfragen können und müssen. Gemäss Einladung zur Angebotsabgabe hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, allfällige Fragen bis am 22. März 2010 bei der Vergabestelle schriftlich einzureichen oder aber das Bewertungssystem anlässlich der Sitzung vom 26. März 2010 zur Sprache zu bringen und angebliche Unklarheiten auszuräumen. Nachdem die Beschwerdeführerin von all diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht habe, dürfe aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass offensichtlich auch ihr das Bewertungssystem klar gewesen sei.

## **5.**

Entsprechend der Argumentation der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin muss vorab geprüft werden, ob die Beschwerdeführerin ihre Rügen gegen das Punkte- bzw. Bewertungssystem bereits im März 2010 im Rahmen von schriftlichen Fragen an die Vergabestelle oder anlässlich der Sitzung mit dieser hätte einbringen können und müssen.

**5.1** Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (lit. b) und der Zuschlag (lit. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (BGE 130 I 241 E. 4.3; vgl. (betreffend Eignungskriterien)

Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.3 mit Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen); dies gilt jedenfalls in dem Masse, wie Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar sind (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 mit Hinweisen; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in VPB 66.38, E. 3c/cc). Wie es sich verhält, wenn die Ausschreibungsunterlagen mit der Ausschreibung zur Verfügung stehen, kann hier offenbleiben (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011, insbesondere E. 4.2.3).

**5.2** Laut "Einladung zur Angebotsabgabe" des BAG vom 12. März 2010, welche unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 (siehe insbesondere dessen E. 6.3 betreffend Rückweisung zur Neuevaluation) erging, konnten die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin bis am 23. April 2010 neue, detaillierte Offerten "auf der Basis der erfolgten Ausschreibung vom 29. Oktober 2008 [recte: 12. November 2008] und der vorliegenden, präzisierten Informationen" einreichen. Letztere finden sich in E. 3 oben. Sie beinhalten insbesondere die für die Neuvergabe massgebenden Zuschlagskriterien (inklusive Gewichtungsfaktoren) und die Bewertungstabelle. Gemäss Einladungsschreiben des BAG präzisieren sie die (ursprüngliche) Ausschreibung des hier zur Diskussion stehenden Beschaffungsauftrages. Sofern und soweit die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Mängel die Ausschreibung als solche betreffen, stellt sich die Frage, ob sie bereits nach Erhalt der Einladung vom 12. März 2010, allenfalls im Rahmen der Besprechung mit der Vergabestelle vom 26. März 2010, in dem Umfang hätten gerügt werden müssen, in welchem Bedeutung und Tragweite der Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren. Dabei kann angesichts der nachfolgenden Ausführungen offenbleiben, ob die Einladung vom 12. März 2010 in diesem Sinne einer Ausschreibung gleichkommt.

**5.3** Untersucht werden muss demnach, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Bedeutung und Tragweite des vom BAG angekündigten Bewertungssystems zur Zeit der Bekanntgabe desselben ohne Weiteres erkennbar waren.

Bedeutung und Tragweite des Bewertungssystems ("Taxonomie/Bewertung") waren bei erster Betrachtung durch die Anbietenden zunächst einmal insofern nicht ohne Weiteres erkennbar, als gewisse in der Tabelle sowie im daran anschliessenden Begleittext verwendete Ausdrücke wie "maximale Punkte", "Total" und "Punkte von 0 bis 40" den Eindruck erwecken können, es würden auch Punktzahlen

verteilt, welche nicht exakt 0, 20 oder 40 betragen, sondern irgendwo dazwischen liegen. Was etwa die von den Verfahrensbeteiligten unterschiedlich interpretierte Formel "Punkte von 0 bis 40" anbelangt, wäre es sicherlich präziser gewesen, "0, 20 oder 40 Punkte" zu schreiben. Die gewählte Formulierung als solche deutet nach allgemeinem Sprachgebrauch (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3 ff. mit Hinweisen) nämlich eher auf eine fließende, nicht nur aus einzelnen (hier drei) Stufen bestehende Punkteskala hin. Auch wenn man die Passage "gemäss obenstehendem Bewertungssystem" im Begleittext mitberücksichtigt, blieb, nicht zuletzt angesichts der weiter oben in diesem Abschnitt festgestellten sprachlichen Unschärfen, aus der Perspektive der Anbietenden bei einer ersten Durchsicht der "Taxonomie" immer noch ein gewisser Interpretationsspielraum.

Das Beispiel einer Bewertung für das Kriterium "Qualität" lässt sich, wie die Vergabestelle argumentiert, zwar so interpretieren, dass nur Punkte von 0, 20 oder 40 vergeben werden. Diese Lesart erscheint allerdings – mindestens bei cursorischer Betrachtung im Rahmen einer ersten Kenntnisnahme durch die Anbieterinnen – nicht zwingend, zumal sich das Beispiel auf ein einzelnes Zuschlagskriterium und dessen Unterkriterien beschränkt. Gerade hinsichtlich des Hauptkriteriums "Preis" ist seine Aussagekraft zudem begrenzt. Überhaupt war bei diesem Kriterium kaum vorhersehbar, welche Punktzahl das BAG der zweitplatzierten Anbieterin zuteilen würde (0 oder 20?) oder dass gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung eine prozentual wesentlich höhere Differenz zwischen den beiden Offerten resultieren könnte. Insofern war besonders die *Tragweite* des Bewertungssystems jedenfalls nicht leicht erkennbar.

Erst durch genaues, unter Umständen mehrfaches Studieren der Darstellung des Bewertungssystems in der Einladung zur Angebotsabgabe, insbesondere durch Vergleichen des Textes über die Subkriterien mit der Bewertungstabelle unter Hinzuziehung des Beispiels einer Bewertung, mussten die Anbieterinnen zum Schluss gelangen, dass die Vergabestelle effektiv nur die Punktzahlen 0, 20 oder 40 zu verteilen beabsichtigte. Für dieses Verständnis der "Taxonomie" spricht namentlich die Bewertung des Erfüllungsgrades "teilweise erfüllt" mit "½ der Punkte" bzw. 20 Punkten, woraus sich ableiten lässt, dass jegliche nur unvollständige Erfüllung eines Zuschlagskriteriums, die über eine eigentliche Nichterfüllung hinausgeht, ohne weitere Differenzierung mit der Hälfte der maximal möglichen Punktzahl von 40 bewertet werden

sollte. Gestützt wird diese Interpretation durch die Formulierung "*gemäss obenstehendem Bewertungssystem*" im Begleittext zur Tabelle mit den Erfüllungsgraden sowie durch die Tatsache, dass den Unterkriterien im Bewertungsmuster für das Kriterium "Qualität" ausschliesslich die Punktzahlen 20 oder 40 zugeordnet waren.

**5.4** Einerseits lässt sich also nicht sagen, Bedeutung und Tragweite der behördlichen Anordnungen über die Evaluation der Vergabekriterien seien im Zeitpunkt ihrer Mitteilung an die Offerentinnen ohne Weiteres erkennbar gewesen (vgl. unten E. 6.7). Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen sind folglich nicht verspätet bzw. verwirkt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten (siehe auch oben E. 1.5).

Andererseits ergibt eine nähere Betrachtung der "Taxonomie/Bewertung" sowie des Beispiels in der Einladung zur Angebotsabgabe aus dem Blickwinkel der Offerentinnen, dass das dort bekanntgegebene Bewertungsschema im Sinne einer Beschränkung auf drei mögliche Punktzahlen ohne Zwischenstufen verstanden werden musste. Mit anderen Worten durfte die Beschwerdeführerin nicht von der Annahme ausgehen, die Vergabestelle würde bei der Evaluation der Offerten neben den Punktzahlen 0, 20 und 40 zwecks verfeinerter Bewertung auch noch Zwischenstufen benützen.

## 6.

Zunächst ist auf die Rüge, die Vergabestelle habe durch Anwendung eines starren, zu wenig differenzierten Punktesystems bei der Bewertung der Zuschlagskriterien ihr Ermessen unterschritten und damit eine Rechtsverletzung – insbesondere einen Verstoss gegen das Willkürverbot – begangen, einzutreten.

**6.1** Laut dem "Raster zur Beurteilung von Angeboten" des BAG vom 7. Mai 2010 präsentiert sich die Zusammenfassung der Bewertung der beiden Angebote folgendermassen:

	<u>Zuschlagskriterium</u>	Offerte Beschwerde- führerin	Offerte Zuschlags- empfängerin
1	Preis	60	120

2	Qualität	120	105
3	regionale Verankerung	80	80
4	Termintreue	120	120
5	Flexibilität	120	120
6	Ausführung	120	120
7	Verwaltungserfahrung	40	40
	Gesamttotal	660	705

**6.2** Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, ein Punkteschema, welches nur drei Zustände (0, 20, 40) kenne, verzerre die Unterschiede zwischen den Offerten. Dies lasse sich leicht anhand der Punktevergabe beim Kriterium "Preis" zeigen, wo die Beschwerdeführerin 50 % der möglichen Punkte (20 von maximal 40) erhalten habe. Im Zusammenhang mit der Erstbeurteilung habe die Beschwerdeführerin dagegen noch 80 % der Maximalpunktzahl erhalten (zweimal 4 von 5 bzw. total, unter Berücksichtigung der Gewichtung, 24 von 30 Punkten). Die Zuschlagsempfängerin habe damals die volle Punktzahl erhalten. In ihrer Eingabe vom 11. August 2009 habe die Vergabestelle sogar noch ausgeführt, der relevante Preisunterschied liege lediglich bei 15 %. Die Preisdifferenz zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin sei im Gesamtkontext als gering zu betrachten. Dies lasse eine Punkteverteilung, welche der Beschwerdeführerin gerade einmal 50 % der Punkte der Zuschlagsempfängerin zuweise, als nicht mehr vertretbar erscheinen.

Man könne sich im vorliegenden Zusammenhang auch fragen, wie denn die Punktevergabe beim Kriterium "Preis" hätte ausfallen müssen, wenn das BAG Preisofferten nicht nur von zwei, sondern von fünf oder gar zehn Offerenten hätte beurteilen müssen. Wie solle man etwa Preisvorstellungen von Fr. 75'000.-, 90'000.-, 125'000.-, 250'000.- und 300'000.- bewerten, ohne das Gebot der Fairness zu verletzen und in Willkür zu verfallen, wenn das Punkteschema nur drei Zustände kenne (40, 20, 0)? Weil das Punkteschema zu wenig differenziert sei, hätten auch grosse Diskrepanzen zwischen den offerierten Preisen offensichtlich zu gleicher Punktzahl zwischen den Konkurrenten führen müssen.

Während die heutige Zuschlagsempfängerin durch das Vorgehen des BAG nur eine Verbesserung ihrer Position erfahren habe (beim Kriterium "Qualität" eine Steigerung der Punktzahl von 60 % auf 87 %), sei

die Position der Beschwerdeführerin nur verschlechtert worden. Wo diese einen Rückstand gehabt habe, sei er vergrössert worden, wo zuvor ein Vorsprung bestanden habe, sei er eingedampft worden. So sei beim Preis die verteilte Punktzahl von 80 % auf 50 % gesunken.

Sinn dieser Beschwerde sei es, der Behörde ihren Ermessensspielraum wieder zuzuweisen und eine korrekte, differenzierte Bewertung zu erfahren; dies zunächst bei den Kriterien "Preis" und "abgeschlossene Prozesszertifizierung". Die Beschwerdeführerin sehe aber auch einen von der Behörde ungenutzten Freiraum bei der Festlegung der Punktzahl für die offeneren Kriterien "Termintreue", "Flexibilität" und "Ausführung", bei letzterem insbesondere hinsichtlich des Unterkriteriums "Servicebereitschaft".

**6.3** Die Vergabestelle erwidert, mit dem verwendeten Beurteilungsschema habe sie keineswegs auf die Ausübung ihres Ermessens verzichtet. Die Differenzierung zwischen drei Erfüllungsgraden lasse genügend Spielraum, um sachliche Unterscheidungen zu treffen und den Abweichungen zwischen den beiden Angeboten Rechnung zu tragen. Willkür liege nicht schon dann vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheine, sondern erst, wenn der Entscheid offensichtlich unhaltbar sei. Die beiden Offerten seien bereits nach der ersten Evaluation sehr nahe beieinander gelegen. An dieser Situation habe sich auch in der neuerlichen Angebotsprüfung nichts geändert, nur, dass diesmal die Offerte der Zuschlagsempfängerin leicht höher bewertet worden sei. Allein aufgrund des knappen Resultats lasse sich aber nicht auf eine Rechtsverletzung bei der Ermessensausübung schliessen. Die Behörde habe den ihr zustehenden Ermessensspielraum ausgeschöpft, indem sie dort, wo die Offerten stark voneinander abwichen, entsprechend unterschiedliche Punktzahlen verteilt habe. Von einer offensichtlichen Unhaltbarkeit des Zuschlagsentscheids könne deshalb keineswegs gesprochen werden, womit auch keine Verletzung des Willkürverbots vorliege.

Ab welcher Qualitätsstufe eine bestimmte Leistung die Höchst- oder Tiefstnote verdiene und mit welcher Abstufung mindere Qualitäten jeweils schlechtere Noten erhielten, gehöre zu den von den Vergabejustizbehörden nicht überprüfbareren Ermessensfragen. Die Behörde habe ihr Ermessen also sehr wohl ausgeübt, indem sie die Offerten objektiv beurteilt und aufgrund dieser Beurteilung Punkte von 0, 20 oder 40 verteilt habe. Ein differenziertes Punktesystem, wie es die Beschwerdeführerin vorschlage (z.B. mit 1, 2, 3, 4 oder 5 Punkten), würde nicht zu einem anderen Resultat führen, da die beiden Anbieterinnen bis auf zwei Kriterien ("Preis" sowie "Qualität") gleichwertige Offerten hätten.

**6.4** Die Zuschlagsempfängerin führt aus, mit dem verwendeten Beurteilungssystem habe die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss und regelkonform ausgeübt. Die Beschränkung auf drei Kategorien sei – gerade im vorliegenden Fall, in welchem sich nur noch zwei Konkurrenten gegenüberstünden – keineswegs eine unzulässige Limitierung (und damit eine Rechtsverletzung durch Ermessensunterschreitung). Die Verwendung von drei Erfüllungsgraden lasse genügend Spielraum, um sachliche Unterscheidungen zu treffen und den verschiedenen Kriterien in der Bewertung gerecht zu werden. Das Bewertungssystem bzw. der Entscheid der Vergabestelle sei auch nicht willkürlich. Willkür

liege nicht schon dann vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheine, sondern erst, wenn der Entscheid offensichtlich unhaltbar sei.

**6.5** Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.2 mit Hinweisen). Was etwa das Kriterium "Preis" anbetrifft, kommt ihr ein weites Ermessen nicht nur in Bezug auf die Gewichtung des Preises, sondern auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Bewertungsmodells zu (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Unzulässig wäre das Vorgehen einer Vergabestelle beispielsweise dann, wenn der Preis durch die verwendete Bewertungsskala gar nicht die bekanntgegebene Gewichtung erhalte (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4, 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4 und 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3, je mit Verweis unter anderem auf BGE 129 I 313 E. 9.2 f. und 130 I 241 E. 6.2).

Notenunterschiede müssen die tatsächlichen Preisdifferenzen möglichst wahrheitsgetreu abbilden (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 187 und 220 mit Hinweisen auf die Praxis der BRK; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 3.2).

Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung ist gegeben, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehenes Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (OLIVER ZIBUNG/ ELIAS HOFSTETTER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 49 N. 30 f. mit Hinweisen; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.185 f. mit Hinweisen; BVGE 2007/17 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7367/2006 vom 8. August 2007 E. 6).

Willkürliche Rechtsanwendung liegt unter anderem bei groben Ermessensfehlern vor. Für die Annahme von Willkür genügt es nicht, dass eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint. Vielmehr muss der betreffende Entscheid offensichtlich unhaltbar sein (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N. 524 f. mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts).

**6.6** Das BAG beschränkte sich bei der Bewertung der Zuschlagskriterien im Rahmen der Offertevaluation auf drei "Erfüllungsgrade", wie es sie in seiner Einladung zur Angebotsabgabe bekanntgegeben hatte, nämlich "nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben", "teilweise erfüllt" und "vollständig erfüllt". Entsprechend verteilte es die Punktzahlen 0, 20 oder 40. Zwischenstufen, welche eine stärkere Differenzierung bei der Punktvergabe erlaubt hätten, verwendete es nicht.

Mit den drei Erfüllungsgraden konnte die Vergabestelle zwar rudimentäre Differenzierungen bei der Evaluation der Zuschlagskriterien vornehmen. Eine stärker abgestufte Skala, insbesondere eine solche mit

geringeren Abständen zwischen den einzelnen Werten, wie sie etwa das "Raster zur Beurteilung von Angeboten" des BAG mit Punktzahlen von 1 bis 5 (wobei 1 = "schlecht", 3 = "mittel/nicht beurteilbar" und 5 = "sehr gut") selbst vorsieht, hätte die tatsächlichen Unterschiede zwischen den beiden Offerten aber genauer widerspiegeln können. Ob die Vergabestelle ihren Ermessensspielraum gewahrt hat, braucht in diesem Zusammenhang jedoch nicht entschieden zu werden, da jedenfalls die Preisbewertung als rechtsverletzend zu qualifizieren ist (siehe sogleich E. 6.7).

**6.7** Wie sich aus der Bewertung der Offerten im "Raster zur Beurteilung von Angeboten" vom 7. Mai 2010 ergibt, erhielt die Beschwerdeführerin für das Zuschlagskriterium "Preis" mit einem Angebot (inkl. MWST) von Fr. [...] 20 bzw. – gewichtet – 60 Punkte ("teilweise erfüllt"), die Zuschlagsempfängerin mit einem solchen von Fr. [...] 40 bzw. – gewichtet – 120 Punkte ("vollständig erfüllt").

Zunächst einmal erscheint es inadäquat, beim Kriterium "Preis" mit der Kategorie des "Erfüllungsgrades" zu operieren, denn wesentlich für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist nicht die Tatsache, dass die Offerte überhaupt einen Preis beinhaltet, sondern vielmehr dessen Höhe. Liegen wie hier zwei Offerten vor, muss die günstigere bei der gewählten Taxonomie hinsichtlich des Preises als Massstab für den Erfüllungsgrad dienen, sofern die Vergabestelle nicht selbst einen entsprechenden Wert definiert hat, was hier offensichtlich nicht der Fall war. Bei der zweitplazierten, teureren Offerte kann das Zuschlagskriterium "Preis" in diesem System zwar, wie es die Vergabestelle tat, mit "teilweise erfüllt" benotet werden. Ebenso gut liesse es sich aber in die Kategorie "nicht erfüllt" einreihen und entsprechend mit 0 Punkten benoten. Schon deshalb haftet der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" etwas Willkürliches an.

Noch gravierender ist aber, dass die effektive preisliche Differenz zwischen den beiden Offerten durch das Bewertungssystem in beträchtlichem Masse verzerrt wird. Angesichts des auf drei feste Erfüllungsgrade beschränkten Bewertungsschemas resultiert bei der Evaluation der Offertpreise nämlich eine prozentuale Punktedifferenz (50 %), welche den tatsächlichen Preisunterschied der Angebote von Fr. [...] bzw. rund 23 % erheblich übersteigt.

Mit Blick auf das Zuschlagskriterium "Preis" kann das aus den drei Punktzahlen 0, 20 und 40 bestehende Bewertungsschema demnach nicht als sachgerecht bezeichnet werden. Für die Evaluation dieses Kriteriums hätte die Vergabestelle eine Bewertungsmethode wählen müssen, welche den tatsächlichen Preisunterschied realistisch wiedergibt. Das von ihr angewandte Punktesystem evaluiert die Offerte der Zuschlagsempfängerin in preislicher Hinsicht zwar richtigerweise als die günstigere, stuft das Angebot der Beschwerdeführerin im Vergleich dazu aber ungebührlich herab und bewirkt insofern eine rechtsungleiche Behandlung der beiden verbliebenen Angebote. Damit ist der Vergabestelle ein qualifizierter und entscheidender Ermessensfehler unterlaufen (vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 3.2, wo das Bundesgericht präzisiert, bezüglich der Festsetzung der Preiskurve bestehe zwar regelmässig eine grosse Gestaltungsfreiheit, bei der es sich indessen nicht um ein eigentliches Ermessen, das der Vergabebehörde zustehe, handle, sondern vielmehr um einen Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung grundsätzlich der Rechtskontrolle der kantonalen Verwaltungsgerichte unterliege).

Beim Kriterium "Preis" erhielt die Beschwerdeführerin 60 Punkte weniger als die Zuschlagsempfängerin. Umgekehrt erzielte das Angebot der Beschwerdeführerin beim Kriterium "Qualität" 15 Punkte mehr als dasjenige der Zuschlagsempfängerin. Eine die effektive Preisdifferenz wahrheitsgetreu abbildende Neuevaluation der Offerten könnte möglicherweise bewirken, dass das Angebot der Beschwerdeführerin als das wirtschaftlich günstigste im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BöB bewertet werden und dementsprechend den Zuschlag erhalten müsste.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet im Besonderen die Benotung des Unterkriteriums "abgeschlossene Prozesszertifizierung" (Zuschlagskriterium "Qualität") bei der Zuschlagsempfängerin. Diese erhielt dafür 20, die Beschwerdeführerin 40 Punkte. Nach Meinung der Beschwerdeführerin fällt "der Abzug angesichts eines längst versprochenen und weiterhin nicht vorliegenden Zertifikats mit 50 % viel zu gering" aus. In diesem Zusammenhang weist sie darauf hin, dass die beiden Bewerberinnen nur bei den Zuschlagskriterien "Preis" und "Qualität" unterschiedliche Punktzahlen erhielten. Ein Gleichstand sei allein deshalb ausgeschlossen gewesen, weil das Kriterium "abgeschlossene Prozesszertifizierung" lediglich ein Unterkriterium von vieren gewesen sei. Beim ersten Prozess sei das Kriterium vom BAG in das publizierte Kriterium "Qualität" hineininterpretiert worden, was möglicherweise heikel gewesen sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe das BAG dann mit dem Entscheid vom 5. November 2009 aufgefordert, seinen Kriterienkatalog zu präzisieren (E. 6.3). Dies habe das BAG gemacht, und die heutige Zuschlagsempfängerin habe Gelegenheit gehabt, das Zertifikat nachzureichen.

**7.2** Die Zuschlagsempfängerin erklärte in ihrer Eingabe vom 23. November 2010, es sei richtig, dass sie noch nicht über ein Qualitätszertifikat verfüge; der Zertifizierungsprozess sei aber im Gange. Über die Gründe, die zu dieser Verzögerung geführt hätten, sei die Vergabebehörde offen und transparent informiert worden. Die Vergabebehörde habe diesen Umständen gehörig Rechnung getragen und das entsprechende Unterkriterium (zu Recht) mit "teilweise erfüllt" bewertet.

**7.3** Das BAG argumentiert, mit ihrer Rüge, dass der Abzug von 50 % ihrer Meinung nach viel zu gering ausfalle, bestätige die Beschwerdeführerin implizit, dass die Vergabestelle durchaus über ein Ermessen bei der Zuteilung der Punkte verfüge und dieses auch ausgeübt habe.

**7.4** In seinem Urteil B-891/2009 vom 5. November 2009 erwog das Bundesverwaltungsgericht, ohne vorherige Bekanntgabe dürfe für ein fehlendes Zertifikat über das Vorliegen eines Qualitätsmanagementsystems jedenfalls kein Abzug gemacht werden, selbst soweit die Berücksichtigung der Mehreignung zulässig sein sollte, was im zu beurteilenden Fall aber ohnehin fraglich erscheine (E. 5.6 mit Hinweis auf den Entscheid der BRK vom 30. Juni 2004, CRM 2004-004, E. 4; vgl. MARC STEINER, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht – ein Beitrag aus der Schweiz, in: European Law Reporter 2010, S. 189 ff., insbesondere S. 191 mit Hinweisen).

**7.5** Soweit die Berücksichtigung der Mehreignung in Form einer abgeschlossenen Prozesszertifizierung im vorliegenden Fall überhaupt zulässig ist (wobei die Beschwerdeführerin – unabhängig davon, ob die

Zuschlagsempfängerin hierfür 0 oder 20 Punkte erhält – von der Zulässigkeit besonders profitiert), fällt die Bewertung der Offerten hinsichtlich dieses Subkriteriums in das Ermessen der Vergabestelle. Das Kriterium heisst zwar "*abgeschlossene* Prozesszertifizierung". Die Tabelle mit den Zuschlagskriterien in der Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010 ergänzt aber, es sei "*vollständig* erfüllt bei Vorlage eines Zertifikats". Damit hat sich die Vergabestelle die Möglichkeit offengehalten, (20) Punkte zuzuteilen, wenn die Zertifizierung noch nicht vollendet ist. Dieses Vorgehen lässt sich nicht als geradezu sachfremd oder willkürlich bezeichnen, weshalb auch nicht von einer (qualifizierten) Verletzung des Ermessensspielraums der Vergabestelle gesprochen werden kann.

## 8.

**8.1** Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin Differenzierungspotential insbesondere bei den Hauptkriterien "Termintreue", "Flexibilität" und "Ausführung". Die Tatsache, dass hier beide Unternehmen die gleiche Punktzahl erhalten hätten, sei für die Beschwerdeführerin angesichts dessen, was die Vergabestelle im vorangegangenen Verwaltungsgerichtsverfahren vertreten habe, unverständlich. Dort habe das BAG noch erklärt, es habe signifikante Beanstandungen zur Leistungserbringung der heutigen Zuschlagsempfängerin gegeben. Wessen Leistungserbringung signifikant beanstandet werde, werde nicht mit der gleichen Wahrscheinlichkeit das Ziel erreichen wie jener, mit dem man bereits zur vollen Zufriedenheit zusammengearbeitet habe.

In diesem Zusammenhang sei auch auf einen Umstand hinzuweisen, der sich im Laufe des Vergabeverfahrens ergeben habe. Das BAG habe in der Einladung zur Angebotsabgabe festgehalten, die Abhol- und Lieferzeiten hätten sich geändert, was im Angebot zu berücksichtigen sei. Tatsächlich sei im ursprünglichen Verfahren die Auslieferung der Morgenpost bis 11 Uhr vorgesehen gewesen, während laut Einladung zur Angebotsabgabe neu der Morgenkurier seine Tour bereits um 10.45 Uhr abgeschlossen haben sollte. Die zu beliefernden Stationen und die Komplexität des Auftrags seien dabei unverändert geblieben.

Der Verkäufer der Beschwerdeführerin habe deshalb nach Erhalt der Einladung zur Angebotsabgabe bei der Vergabestelle nachgefragt. Diese habe erklärt, die festgelegten Zeiten beruhten auf Erfahrungswerten, die sie mit dem bisherigen Lieferanten, der Zuschlagsempfängerin, gewonnen habe. Zufällig habe die Vergabestelle aber herausgefunden, dass die Zuschlagsempfängerin die ursprünglich vorgesehene Zeit gar nicht benötigt habe. Bei einem Rundgang habe sich nämlich gezeigt, dass der Kurier der Zuschlagsempfängerin jeweils auf dem Gelände der Vergabestelle noch eine, durch die Vergabestelle letztlich bezahlte, Pause von einer Viertelstunde im Fahrzeug einlege, bevor er zur letzten Abgabestation schreite. Um dies zu unterbinden, habe die Vergabestelle die Zeit dann gekürzt.

Die Beschwerdeführerin müsse also davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin die Vergabestelle bei der Festlegung und Überprüfung der für die Auftragsausführung benötigten Zeit zumindest nicht optimal beraten habe. Es möge sein, dass sich dieser Umstand bei einem festen Punkteschema mit nur drei

Zuständen (0, 20, 40) nicht auswirke. Bei einem skalenoffenen Punkteschema wäre dies aber, etwa beim Kriterium "Servicebereitschaft", zu berücksichtigen.

Das neue Raster sei so angelegt, dass es von den gewählten Kriterien her gar keine grossen Möglichkeiten zur Differenzierung gebe. Als offensichtliches Beispiel solle man das Kriterium "Einhaltung der Einreichungsfrist der Offerte" beachten. Entweder habe man die Offerte rechtzeitig eingereicht oder das Bundesamt dürfte sie nach Art. 19 BöB gar nicht berücksichtigen.

**8.2** Die Bewertung der Zuschlagskriterien "Termintreue", "Flexibilität" und "Ausführung" hätte wohl – entsprechend der Argumentation der Beschwerdeführerin – auch anders ausfallen können. Dies genügt aber nicht, um von einer (qualifizierten) Ermessenverletzung durch die Vergabestelle zu sprechen. Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, im neuen Evaluationsraster gebe es angesichts der gewählten Kriterien gar keine grossen Möglichkeiten zur Differenzierung, widerspricht sie sich mindestens insofern, als sie bei einzelnen Kriterien doch Differenzierungspotential erkennt. Als Beispiel für mangelnde Differenzierungsmöglichkeiten nennt sie denn auch lediglich das Subkriterium "Einhaltung der Einreichungsfrist für die Offerte" unter dem Hauptkriterium "Termintreue". Diesbezüglich kann ihr allerdings beigeprägt werden, zumal die fristgerechte Einreichung des Angebotes einem Formerfordernis entspricht, bei dessen Missachtung die betreffende Offerte grundsätzlich vom weiteren Verfahren auszuschliessen ist (Art. 19 BöB). Davon abgesehen ist jedoch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Vergabestelle Zuschlagskriterien wählte, welche keine Differenzierungen erlaubten und dass sie so ihren Ermessensspielraum verletzt hätte.

## **9.**

Sodann ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin, das BAG habe gegen das Transparenzgebot verstossen, einzugehen.

**9.1** Die Beschwerdeführerin erklärt, der Punktevergabe im Raster könne, wenn überhaupt, nur dann ein Sinn entlockt werden, wenn gleichzeitig auf die Ausführungen in der Einladung zur Angebotsabgabe geschaut werde. Auf welchen Tatsachen die Punktezuweisung jeweils beruhe, werde im Raster nur an einer Stelle ausgeführt, nämlich beim Kriterium "Preis". Während hier der entscheidende Preis konkret angeführt sei, sei bei den anderen Kriterien nur die gewählte Punktzahl niedergeschrieben worden. Überhaupt nicht erkennbar sei, wie das Kriterium "Verwaltungserfahrung" beurteilt worden sei. Es sei nicht in der Bewertung, sondern nur in der Bewertungszusammenfassung genannt worden. Wenn die Tatsachen der Punktezuweisung aber gar nicht erwähnt würden, könne auch der Entscheid nicht nachvollzogen werden.

**9.2** Die Vergabestelle erwidert, das Raster sei für den internen Gebrauch bestimmt und werde für verschiedene Bewertungen von Offerten verwendet. Wie die Beschwerdeführerin aber korrekt feststelle, sei die Bewertung aufgrund der in der Einladung zur Angebotsabgabe aufgeführten Taxonomie erfolgt. Wie darin angekündigt, seien für die einzelnen Kriterien bzw. Unterkriterien die Punkte 0, 20 oder 40 vergeben worden, und anschliessend sei die Gesamtpunktzahl durch die Anzahl Unterkriterien dividiert worden. Das

Ergebnis sei mit dem aufgeführten Gewichtungsfaktor multipliziert worden, was das Subtotal des jeweiligen Kriteriums ergebe. Somit stimme die im Raster angewendete Beurteilung mit der in der Einladung aufgeführten Taxonomie überein und verletze das Transparenzgebot in keiner Weise.

Beim Transparenzprinzip gehe es nicht um die inhaltliche Richtigkeit der im Laufe eines Vergabeverfahrens zu fällenden Entscheidungen und weiteren Handlungen, sondern darum, deren Voraussehbarkeit und Nachvollziehbarkeit sicherzustellen. Die eingegangenen Offerten seien strikte gemäss den angekündigten Zuschlagskriterien und der Taxonomie bewertet worden. Dies sei auch für die Beschwerdeführerin voraussehbar gewesen, womit keine Verletzung des Transparenzgebots vorliege.

**9.3** Die Zuschlagsempfängerin führt aus, die massgebenden Zuschlagskriterien, deren Gewichtung sowie auch das Bewertungssystem seien klar und unmissverständlich offengelegt worden. Wenn aber alles Zuschlagsrelevante offengelegt worden sei, könne das Transparenzgebot gar nicht verletzt sein. Die eingegangenen Offerten seien strikte gemäss dem offengelegten Bewertungssystem beurteilt worden; die Entscheidungen der Vergabestelle seien voraussehbar gewesen, und sie seien insbesondere auch nachvollziehbar.

**9.4** Mit dem BöB bezweckt der Bund unter anderem, das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten (Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB). Entsprechend dem Grundsatz der Transparenz muss die Prüfung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien (Art. 25 VöB) durch die Vergabestelle dokumentiert werden und nachvollziehbar sein (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.5 sowie B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.4; Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 3b mit Hinweisen).

**9.5** Im vorliegenden Fall stimmen die tatsächlich vergebenen Punktzahlen (0, 20 und 40) nicht mit denjenigen überein, welche das "Raster zur Beurteilung von Angeboten" vorsieht (1-5). Ein Vergleich des ausgefüllten Evaluationsrasters mit der Einladung zur Angebotsabgabe lässt jedoch bei näherem Hinsehen erkennen, wie die bei der Auswertung effektiv vergebenen Punktzahlen als solche zustande kamen. Insofern erscheint die Auswertung nachvollziehbar. Nicht nachvollziehen lässt sich jedoch anhand des Evaluationsrasters, welche Überlegungen die Vergabestelle dazu führten, die einzelnen Kriterien gerade in der vorgenommenen Art und Weise zu bewerten. Diesbezügliche, in Worten abgefasste Erläuterungen fehlen. Ob deshalb gegen das Transparenzgebot verstossen wurde, kann jedoch offenbleiben, weil der Zuschlag bereits aus anderen Gründen aufzuheben ist (siehe dazu oben E. 6.7).

## **10.**

**10.1** Zusammenfassend ergibt sich, dass der Zuschlag des BAG vom 9. Juni 2010 aufzuheben ist, weil die Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote einen qualifizierten Ermessensfehler beging.

**10.2** Gemäss Art. 32 Abs. 1 BöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück.

**10.3** In ihrer Vernehmlassung vom 22. November 2010 hielt die Vergabestelle fest, der Auftrag "Kurierdienst BAG" sei am 12. November 2008 im SHAB ausgeschrieben worden. Aufgrund des vorliegenden Beschwerdeverfahrens könne die damals ausgeschriebene Leistung noch immer nicht bezogen werden. Im März 2011 würden voraussichtlich die Arbeiten für den Neubau des BAG im Areal Liebefeld beginnen. Nach Fertigstellung des neuen Gebäudes (Ende 2013) würden sämtliche Mitarbeitenden des BAG ihren Arbeitsplatz auf dem Areal Liebefeld haben, womit kein Kurierdienst mehr erforderlich sein werde. Der in der Ausschreibung vorgesehene Ausführungszeitraum von 48 Monaten sei somit schon jetzt nicht mehr realistisch. Selbst wenn das vorliegende Verfahren rasch entschieden werde, würde sich die ausgeschriebene Vertragsdauer von vier Jahren auf weniger als drei Jahre reduzieren. Vor diesem Hintergrund sähe sich die Vergabestelle bei einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde gezwungen, aufgrund der geänderten Verhältnisse ihre Bedürfnisse in Sachen Kurierdienst neu zu formulieren und allenfalls neu auszuschreiben. Nur so könne der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gewährleistet werden.

**10.4** Unter diesen Umständen verbietet es sich für das Bundesverwaltungsgericht, in der Sache selbst zu entscheiden, weshalb sie zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen ist.

## **11.**

Abschliessend ist noch über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen zu befinden.

**11.1** Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglementes vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Praxismässig beläuft sich dieser bei Beschwerdeverfahren über den Zuschlag in der Regel auf 10 % des Auftragsvolumens. Im vorliegenden Fall beträgt er rund Fr. 30'000.-, was nach Art. 4 VGKE zu einer Gerichtsgebühr zwischen Fr. 1'000.- und Fr. 5'000.- führt. Unter Berücksichtigung der mit diesem Urteil zu verlegenden Kosten für den Zwischenentscheid vom 23. September 2010 (betreffend aufschiebende Wirkung) und für die Zwischenverfügung vom 30. September 2010 (betreffend Akteneinsicht) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. VGKE); der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2

VwVG). In der Hauptsache sowie beim Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt, während die Zuschlagsempfängerin unterlegen ist. Da aber die Gründe, die zur Gutheissung in der Hauptsache geführt haben, in erster Linie bei der Vergabestelle zu suchen sind, werden die der Zuschlagsempfängerin aufzuerlegenden Verfahrenskosten für die Hauptsache auf Fr. 800.- reduziert (Art. 6 lit. b VGKE). Mit Bezug auf die Zwischenverfügung über die Akteneinsicht ist weder die Beschwerdeführerin noch die Zuschlagsempfängerin als unterliegend anzusehen, weshalb keiner von beiden diesbezügliche Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

**11.2** Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 ff. VGKE kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen.

Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung, denn ihr Vertreter steht in einem Arbeitsverhältnis zu ihr (Art. 9 Abs. 2 VGKE).

Da der Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die Zwischenverfügung über die Akteneinsicht kein nennenswerter (Zusatz-) Aufwand erwuchs, sich ihre diesbezügliche Stellungnahme vielmehr auf zwei kurze Sätze beschränkte, rechtfertigt es sich nicht, ihr dafür eine Parteientschädigung zuzusprechen.

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

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen; der Zuschlag vom 9. Juni 2010 in der Ausschreibung "Kurierdienst BAG" wird aufgehoben. Die Sache wird zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 800.- der Zuschlagsempfängerin auferlegt. Ein Einzahlungsschein wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit separater Post zugestellt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'800.- wird dieser nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; [...]);
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde);
- die Vergabestelle ([...]; Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Urs Küpfer

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 6. April 2011