

2023 IV/5

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW) gegen
Bundesamt für Energie (BFE)
B-2457/2020 vom 23. August 2021

Öffentliches Beschaffungswesen. Qualifikation als dem BöB unterstellte Beschaffung (objektiver Anwendungsbereich). Gesetzliche Grundlage für Auslagerung. Eignungskriterien bei normalen Beschaffungen und anbieterbezogene Anforderungen im Rahmen der Auslagerung.

Art. 5 Abs. 2, Art. 8, Art. 16, Art. 27, Art. 178 Abs. 3 BV. Art. 8, Art. 9, Art. 11 Bst. b BöB. Art. 9, Art. 31 aBöB.

1. Eine Auslagerung öffentlicher Aufgaben ist, unabhängig davon, ob sie von Privaten oder vom Gemeinwesen finanziert wird, dem aBöB unterstellt. Selbst wenn das infrage stehende Projekt allenfalls Begriffsmerkmale einer Konzession erfüllt, spricht dies nicht gegen die Anwendung des Beschaffungsrechts (E. 2.4.4.1).
2. Eine Auslagerung muss sich unabhängig von der Frage, ob in Grundrechte eingegriffen wird, auf eine gesetzliche Grundlage stützen, was sich bereits aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht ergibt (E. 4.3.1). Die Befugnis zu (sachgerechten) Auflagen ist der gesetzlichen Grundlage für die Auslagerung inhärent (E. 4.3.3).
3. Anforderungen an Anbieterinnen im Rahmen einer Auslagerung, die über klassische Eignungskriterien hinausgehen, stellen sicher, dass die Erfüllung der Aufgabe trotz der Übertragung auf Private gewährleistet werden kann. Dies führt zu einer spürbaren Einschränkung des unternehmerischen Spielraums der privaten Anbieterinnen. Wie in Bezug auf Eignungskriterien ist von einem Ermessensspielraum der Vergabestelle auszugehen (E. 5.3.2 f.).
4. Ein System, mit welchem eine Wettbewerbssituation zwischen drei Beraterpools geschaffen wird, beinhaltet zwingend auch eine vernünftige Kündbarkeit der Beraterverträge im Interesse der beratenen Unternehmen (E. 6.1.4.1).

5. Eine Anforderung, wonach die Anbieterinnen auf die direkte oder indirekte politische Einflussnahme auf den vom Auftrag beschlagenen Politikbereich zu verzichten haben, wirkt sich in Kombination mit einer Auslagerung an drei zueinander in Wettbewerb stehende Anbieterinnen in unverhältnismässiger Weise aus (E. 6.2.6).
6. Nach neuem Recht ist die Auftraggeberin explizit gehalten, Massnahmen gegen Interessenkonflikte zu treffen. Auch nach altem Recht sind entsprechende Anforderungen im Rahmen von Auslagerungen im öffentlichen Interesse zu stellen (E. 6.3.4.1).

Marchés publics. Qualification en tant que marché soumis à la LMP (champ d'application objectif). Base légale pour les externalisations. Critères d'aptitude pour les marchés ordinaires et exigences imposées aux soumissionnaires dans le cas de l'externalisation.

Art. 5 al. 2, art. 8, art. 16, art. 27, art. 178 al. 3 Cst. Art. 8, art. 9, art. 11 let. b LMP. Art. 9, art. 31 aLMP.

1. Qu'elle soit financée par des particuliers ou par la collectivité, l'externalisation de tâches publiques est soumise à l'aLMP. Le fait que le projet en question puisse répondre aux caractéristiques d'une concession n'exclut pas d'emblée l'application du droit des marchés publics (consid. 2.4.4.1).
2. Indépendamment de la question d'une éventuelle atteinte aux droits fondamentaux, toute externalisation doit se fonder sur une base légale, ce qui découle déjà du droit administratif général (consid. 4.3.1). Le pouvoir d'imposer des conditions (appropriées) est inhérent à la base légale sur laquelle se fonde l'externalisation (consid. 4.3.3).
3. Dans le cadre d'une externalisation, poser des exigences aux soumissionnaires allant au-delà des critères d'aptitude classiques permet de garantir l'exécution de la tâche malgré le transfert au privé. Il en résulte une limitation sensible de la marge de manœuvre entrepreneuriale des soumissionnaires privés. Comme pour les critères d'aptitude, l'on admet que l'adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation (consid. 5.3.2 s.).

4. Un système qui crée une situation de concurrence entre trois pools de conseillers comporte nécessairement une possibilité raisonnable de résilier les contrats concernés dans l'intérêt des entreprises conseillées (consid. 6.1.4.1).
5. L'exigence selon laquelle les soumissionnaires doivent renoncer à exercer une influence politique directe ou indirecte sur le domaine politique couvert par le mandat, combinée à une externalisation à trois soumissionnaires concurrents, se révèle disproportionnée (consid. 6.2.6).
6. Selon le nouveau droit, l'adjudicateur est explicitement tenu de prendre des mesures afin d'éviter des conflits d'intérêts. Selon l'ancien droit également, des exigences correspondantes dans le cadre d'externalisations relèvent de l'intérêt public (consid. 6.3.4.1).

Appalti pubblici. Qualificazione come appalto assoggettato alla LAPub (campo di applicazione oggettivo). Base legale per l'esternalizzazione. Criteri d'idoneità per gli appalti ordinari e requisiti relativi agli offerenti in caso di esternalizzazione.

Art. 5 cpv. 2, art. 8, art. 16, art. 27, art. 178 cpv. 3 Cost. Art. 8, art. 9, art. 11 lett. b LAPub. Art. 9, art. 31 vLAPub.

1. A prescindere dal fatto che sia finanziata con fondi privati o pubblici, l'esternalizzazione di compiti pubblici è assoggettata alla vLAPub. Anche se il progetto in questione potrebbe rientrare nella definizione di concessione, ciò non impedisce l'applicazione del diritto degli appalti (consid. 2.4.4.1).
2. Un'esternalizzazione, indipendentemente dalla questione dell'eventuale ingerenza nei diritti fondamentali, deve sempre fondarsi su una base legale, ciò che deriva già dal diritto amministrativo generale (consid. 4.3.1). La facoltà di imporre condizioni (oggettivamente giustificate) trova fondamento nella base legale su cui poggia l'esternalizzazione (consid. 4.3.3).
3. I requisiti posti agli offerenti nell'ambito di un'esternalizzazione e che vanno oltre i classici criteri d'idoneità assicurano che il compito possa essere adempiuto nonostante la delega a privati. Ciò comporta una sensibile limitazione del margine di manovra imprenditoriale per gli offerenti privati. Come per la definizione dei

criteri d'idoneità, occorre riconoscere un margine discrezionale all'ente aggiudicatore (consid. 5.3.2 seg.).

- 4. Un sistema, con il quale viene creata una situazione di concorrenza tra tre pool di consulenti implica necessariamente anche una ragionevole possibilità di disdetta dei contratti di consulenza, nell'interesse delle imprese che usufruiscono di tali servizi (consid. 6.1.4.1).**
- 5. Un requisito che impone alle offerenti di rinunciare a esercitare direttamente o indirettamente un'influenza politica sul settore della politica toccato dal mandato risulta sproporzionato, se, combinato con l'esternalizzazione a tre offerenti in concorrenza tra loro (consid. 6.2.6).**
- 6. Secondo il nuovo diritto, la committente è espressamente tenuto ad adottare misure per evitare conflitti d'interesse. Anche secondo il diritto previgente, rientra nell'interesse pubblico adottare simili requisiti in caso di esternalizzazione (consid. 6.3.4.1).**

Am 21. April 2020 schrieb das Bundesamt für Energie (BFE, nachfolgend auch: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel « (20125) 805 Zielvereinbarungen post 2020 – Beraterpool – [Los 1] » einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Melldungsnummer: 1130725; Projekt-ID 203150). Dabei wurde einerseits als Termin für schriftliche Fragen der 5. Mai 2020 angegeben; andererseits wurde die Frist für die Einreichung der Angebote auf den 3. Juni 2020 festgesetzt. Nicht nur Bedarfsstelle, sondern auch Vergabestelle für das streitgegenständliche Los 1 ist das BFE, welches sich unter anderem für die Senkung der CO₂-Emissionen einsetzt. Ein zentrales Instrument zur Senkung der CO₂-Emissionen sind Zielvereinbarungen, welche zwischen dem Bund oder den Kantonen und den Unternehmen getroffen werden.

Insgesamt werden dafür sechs Lose ausgeschrieben. Gegenstand der Ausschreibung für das streitgegenständliche Los 1 ist die Konzeptionierung eines Beraterpools für die Abwicklung der Zielvereinbarungen.

Mit Los 1 werden drei Beraterpools beschafft. Beraterpools vereinigen unter ihrem Dach Energieberater, die als Fachspezialisten die Beratungsdienstleistungen zur Steigerung der Energieeffizienz und Verminderung

von CO₂-Emissionen bei den Unternehmen in der ganzen Schweiz erbringen. Die drei gültigen Angebote mit der höchsten Punktzahl erhalten den Zuschlag für die Konzeptionierung je eines Beraterpools. Der Zuschlag gewährleistet nicht, Aufträge für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen zu erhalten. Vielmehr stehen die Beraterpools untereinander im Wettbewerb.

Am 11. Mai 2020 erhob die Energie-Agentur der Wirtschaft (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die streitgegenständliche Ausschreibung für das Los 1 Beschwerde. Sie beantragt, die Ausschreibung vom 21. April 2020 sei aufzuheben und inklusive Ausschreibungsunterlagen zur Verbesserung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die verbesserte Ausschreibung und die verbesserten Ausschreibungsunterlagen seien anschliessend erneut zu publizieren.

Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere, dass die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen zahlreiche unzulässige Auflagen enthalten würden. Für Auflagen bedürfe es einer gesetzlichen Grundlage und der Verhältnismässigkeit. Insbesondere handle es sich beim eingeforderten vorgängigen Verzicht auf politische Einflussnahme unter EK15 weder um ein auftrags- noch um ein leistungsspezifisches Eignungskriterium. Ausserdem werde durch eine derartige Anforderung die Meinungsäusserungsfreiheit verletzt.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme machte die Vergabestelle dazu geltend, dass ihr bei der Definition des Leistungsgegenstands, der Festlegung der Eignungskriterien, der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie der Ausgestaltung der Bewertungsmethode ein grosser Spielraum zukomme.

Die Neutralität und Unabhängigkeit der zum Vollzug der CO₂-Gesetzgebung beigezogenen Dritten müsse vollumfänglich gewährleistet werden, weshalb die Vergabestelle unter anderem das EK15 (Politische Einflussnahme) vorgegeben habe.

Sämtliche vorgesehenen Kriterien hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe, stünden nicht im Widerspruch zu dem zu vergebenden Auftrag und schränkten den Wettbewerb nicht ein, womit die Grundsätze des Beschaffungsrechts mit der vorliegenden Ausschreibung vollständig eingehalten seien.

Ausserdem sei nicht ersichtlich, inwiefern vorliegend ein Eingriff in Grundrechte vorliegen sollte. Selbst wenn ein solcher vorliegen würde, wären die Eingriffe gesetzlich vorgesehen (Art. 39 ff. Energiegesetz vom

30. September 2016 [EnG, SR 730.0]; Art. 31 ff. CO₂-Gesetz vom 23. Dezember 2011 [SR 641.71]; aBöB [AS 1996 508]). Sie seien durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt, zum Beispiel zur hinreichenden Wahrnehmung der Kontrollfunktion, und gingen nur so weit wie nötig. Namentlich werde nur der Verzicht auf politische Einflussnahme mit Interferenz zum vorliegenden Auftrag verlangt.

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

Das Bundesverwaltungsgericht entschied mit Zwischenverfügung vom 3. Juli 2020, dass der Offerteingabetermin vom 10. Juli 2020 widerrufen wird. Ausserdem untersagte es der Vergabestelle einstweilen, allenfalls vor Offerteingabetermin eingegangene Offerten zu öffnen.

Das Bundesverwaltungsgericht führte zur Begründung seiner Zwischenverfügung vom 3. Juli 2020 aus, die Verfahrensökonomie gebiete, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gleichzeitig Rügen betreffend allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich seien, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen würden. Bei den Rügen, durch die Eignungskriterien werde in die Grundrechte der Anbieterinnen eingegriffen beziehungsweise durch die fehlende Festlegung beziehungsweise Gewichtung gegen das Transparenzgebot verstossen, handle es sich zweifelsfrei um zentrale Punkte des Vergabeverfahrens, weshalb die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen prima facie zu hören seien. Materiell erweise sich die Beschwerde namentlich in Bezug auf die gegen die Bewertungsmethode gerichteten Rügen als nicht offensichtlich unbegründet.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut, hebt die angefochtene Ausschreibung auf und weist diese zur Verbesserung und erneuten Publikation im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück.

[Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil 2C_759/2021 vom 28. Oktober 2021 nicht eingetreten.]

Aus den Erwägungen:

2.4.4

2.4.4.1 Die Qualifikation als Beschaffungsgeschäft ist Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2011/17 E. 2 « Personalverleih »). Im Unterschied zu Art. 8 BöB (SR 172.056.1) kennt das alte Recht keine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung (BGE 145 II 252 E. 4.1 « hôtel et restaurant »). Das Bundesgericht hat in Bezug auf den Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) festgehalten, es sei nach Lehre und Rechtsprechung für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren und Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um seine Aufgaben wahrzunehmen. Keine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn der Staat eine private Tätigkeit lediglich erlaubt, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern lediglich eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert (BGE 145 II 252 E. 4.1 « hôtel et restaurant »; 144 II 177 E. 1.3.1 f. « Veloverleih Bern »; 144 II 184 E. 2.2 « Veloverleih Genf »; Urteil des BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.2 f. m.w.H. « Spitex Aarburg »). Die öffentliche Hand ist Nachfragerin der (vertragstypischen) Leistung (im Unterschied etwa zur Sondernutzungskonzession; vgl. zum Ganzen TRÜEB/CLAUSEN, in: Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 BöB N. 10 f.). Es kann selbst dann von einem auszuschreibenden öffentlichen Auftrag ausgegangen werden, wenn die Anbieterin die anzubietende Tätigkeit nicht gegenüber dem auftraggebenden Gemeinwesen, sondern in dessen Auftrag gegenüber Privaten entfaltet (Urteil 2C_861/2017 E. 3.5 « Spitex Aarburg ») und die Gegenleistung für die Erfüllung in anderer Form als durch Geldzahlung des Gemeinwesens beglichen wird (BGE 144 II 177 E. 1.3.5 « Veloverleih Bern »; MARTIN BEYELER, Veloverleih: Kein öffentlicher Auftrag?, BR 2016 S. 25). Damit spricht die Tatsache, dass das infrage stehende Projekt allenfalls die Begriffsmerkmale einer Konzession erfüllt, auch nach altem Recht als solche nicht gegen die Anwendung des Beschaffungsrechts (BGE 145 II 252 E. 4.1 « hôtel et restaurant »). Vielmehr ist auf eine funktionale Betrachtungsweise abzustellen (Urteil 2C_861/2017 E. 3.3 « Spitex Aarburg »). Ein besonderer Fall der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private ist in der Lehre mit Blick auf die Rechtsprechung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) als « eigentliche Auslagerung » beschrieben worden. Die Rekurskommission

hat erkannt, dass ein Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr (VEG) entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin dem aBöB untersteht (Entscheidung der BRK 1999-006 vom 3. September 1999, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.30 E. 1 « Batterien und Akkumulatoren »; vgl. auch Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1900 f. [nachfolgend: Botschaft BÖB]). Für eine eigentliche Auslagerung von Verwaltungsaufgaben spricht etwa die Befugnis, bei den Betroffenen die VEG zu erheben, die Befugnis zum Erlass von Verfügungen sowie die Tatsache, dass die staatliche Aufgabe unter Aufsicht des Bundes auszuüben ist (vgl. zum Ganzen FETZ/STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR Bd. XI, 3. Aufl. 2020, S. 600 Rz. 74 m.H.; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 837 f., wonach der Begriff des öffentlichen Auftrags Geschäfte mit spezieller Vergütungsregelung erfasst; s. auch Art. 9 des revidierten BÖB 2019 und Botschaft BÖB, BBl 2017 1851, 1899). Nicht beschaffungsrechtlicher Natur ist dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen es einer gesetzlichen Grundlage für eine derartige Auslagerung bedarf (FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 74 in fine; vgl. dazu E. 4.3 hiernach).

2.4.4.2 Die mit dem vorliegend strittigen Los 1 auszulagernde öffentliche Aufgabe liegt in der Abwicklung von Zielvereinbarungen (Ausschreibung Projekt-ID 203150 per 21. April 2020, Ziff. 2.6). Zielvereinbarungen werden zwischen Bund oder Kantonen und Unternehmen getroffen und dienen der Senkung von CO₂-Emissionen. Auf ihrer Grundlage wird der Netzzuschlag gemäss EnG (Art. 39 ff. EnG) zurückerstattet ([...]). Das BFE ist für die « Erarbeitung von Zielvereinbarungen » (Art. 46 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 Bst. a Energieverordnung vom 1. November 2017 [EnV, SR 730.01]; Art. 62 Abs. 1 EnG) und für die « Prüfung der Zielvereinbarungen » (Art. 41 Abs. 4 EnG; Art. 39 Abs. 1 EnV; Art. 62 Abs. 1 EnG) zuständig. Das BFE kann seinerseits Aufgaben im Zusammenhang mit der « Erarbeitung von Zielvereinbarungen » und der « Rückerstattung des Netzzuschlages » an Dritte delegieren (Art. 67 Abs. 1 Bst. b und d EnG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 EnV). Art. 67 EnG regelt demnach – typisch für eine eigentliche Auslagerung – den Beizug Dritter zum Vollzug des Energiegesetzes.

Mit Zielvereinbarungen wird auch die Rückerstattung der CO₂-Abgabe (Art. 31 ff. CO₂-Gesetz) durch Verminderungsverpflichtung gemäss CO₂-

Gesetz bewerkstelligt (Art. 31 Abs. 1 CO₂-Gesetz). Das BFE sowie vom BFE oder vom Bundesamt für Umwelt (BAFU) beauftragte private Organisationen unterstützen aber das BAFU beim Vollzug der Bestimmungen über die Verpflichtung zur Verminderung der Treibhausgasemissionen (Art. 39 Abs. 2 CO₂-Gesetz i.V.m. Art. 130 Abs. 6 CO₂-Verordnung vom 30. November 2012 [SR 641.711]).

Das BFE hat gestützt auf diese Kompetenzen die im Los 1 vorgesehenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Erarbeitung von Zielvereinbarungen zur Rückerstattung des Netzzuschlags und der CO₂-Abgabe ausgeschrieben ([...]). Es werden damit Aufgaben aus dem Zuständigkeitsbereich des BFE auf Private übertragen beziehungsweise ausgelagert, wobei die Vergütung für die Grundleistung und die Optionen 3 und 6 von der Vergabestelle und diejenige bei der Ausübung der Optionen 1, 2, 4 und 5 von den beratenen Unternehmen geleistet wird. Eine solche Ausschreibung mit einer Auslagerung öffentlicher Aufgaben ist, wie erwähnt (E. 2.4.4.1), unabhängig davon, ob sie von Privaten oder vom Gemeinwesen finanziert wird, dem aBöB unterstellt. Daran ändert nichts, dass die beigezogenen Dritten im Rahmen von Art. 67 EnG keine Verfügungskompetenz erhalten (Botschaft vom 4. September 2013 zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 und zur Volksinitiative « Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie », BBl 2013 7561, 7693). Energieberater dürfen nur im vorliegenden Zusammenhang einschlägige Beratungsdienstleistungen erbringen, wenn sie einem der mit der strittigen Ausschreibung zu beschaffenden Beraterpools angehören (vgl. mutatis mutandis Urteil des EuGH vom 1. März 2018 C-9/17 Maria Tirkkonen/Maaseutuvirasto, veröffentlicht in der digitalen Sammlung, Rn. 17 ff., 24 und 35). Aus der Sicht der beratenen Unternehmen bieten die drei gemäss der Ausschreibung zu berücksichtigenden und in Konkurrenz zueinander stehenden Anbieterinnen, welche die Beratungsleistungen konzeptionieren und die Beraterpools betreiben, ein staatlich organisiertes Oligopol (vgl. zum Ganzen insb. E. 6.1.4.1 hiernach). Es ist für eine Auslagerung im hier zu beschreibenden Sinne nicht notwendig, dass ein Monopol geschaffen wird.

2.5–4.2 (...)

4.3

4.3.1 Zur Rüge betreffend die fehlende gesetzliche Grundlage ist vorab festzuhalten, dass sich eine Auslagerung generell und unabhängig von der Frage, ob in Grundrechte eingegriffen wird, auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss, die die Auslagerung als solche regelt (vgl. Botschaft BöB,

BBl 2017 1851, 1901 f.). Diese Vorgabe ergibt sich nicht aus dem Beschaffungsrecht, sondern dem allgemeinen Verwaltungsrecht (FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 74 in fine). Art. 178 Abs. 3 BV, wonach Verwaltungsaufgaben (meint: nur) durch Gesetz unter anderem Organisationen des privaten Rechts übertragen werden können, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, ist somit Ausdruck eines allgemeinen Prinzips des öffentlichen Rechts, welches auf allen föderalen Ebenen Geltung beansprucht (BGE 138 I 196 E. 4.4.3). Die allgemein verwaltungsrechtliche Natur dieser Vorgabe ändert aber nichts daran, dass das Fehlen einer formell-gesetzlichen Grundlage mit der spezialgesetzlichen Beschwerde nach aBöB gerügt werden kann (vgl. mutatis mutandis BVGE 2009/17 E. 6.2.3 i.V.m. E. 7.4 « Hörgeräte »). Des Weiteren erscheint von vornherein klar, dass eine Norm im aBöB selbst die fehlende gesetzliche Grundlage in der einschlägigen Fachgesetzgebung nicht ersetzen kann. Vielmehr setzt auch nach dem seit 1. Januar 2021 geltenden Recht Art. 9 BöB eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus.

4.3.2 Das BFE wird gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b EnG ermächtigt, für Aufgaben in seinem Zuständigkeitsbereich im Zusammenhang mit der « Rückerstattung des Netzzuschlages » (Art. 39–43 EnG und Art. 37–49 EnV) und gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. d EnG im Zusammenhang mit der « Erarbeitung von Zielvereinbarungen » (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnG) « Dritte zum Vollzug beizuziehen ». Gemäss Art. 67 Abs. 3 EnG schliesst der Bund mit beigezogenen Dritten einen Leistungsauftrag ab. Die Dritten unterstehen sodann gemäss Art. 67 Abs. 4 EnG der Aufsicht des Bundes. Art. 67 EnG definiert demnach die auszulagernde Aufgabe, das Vorgehen bei einer Aufgabenübertragung und die Aufsicht durch den Bund. Aufgrund dieser umfassenden Regelung der Auslagerung ist von einer Ermächtigung des BFE auszugehen, weitgehende Befugnisse an private Dritte zu vergeben. Ausserdem kann der Bundesrat auch gestützt auf Art. 39 Abs. 2 CO₂-Gesetz für bestimmte Aufgaben des Vollzugs des CO₂-Gesetzes private Organisationen beiziehen. Das BFE sowie von diesem oder vom BAFU beauftragte private Organisationen unterstützen das BAFU namentlich beim Vollzug der Bestimmungen über die Verpflichtung zur Verminderung der Treibhausgasemissionen (Art. 39 Abs. 2 CO₂-Gesetz und Art. 130 Abs. 6 CO₂-Verordnung). Damit können auch im Hinblick auf die Rückerstattung der CO₂-Abgabe gemäss CO₂-Gesetz eindeutige Auslagerungen vorgenommen werden. Die Normen von Art. 67 EnG und Art. 39 Abs. 2 CO₂-Gesetz stellen somit eine genügende gesetzliche Grundlage für die Auslagerung an sich dar.

4.3.3 Zu prüfen ist weiter, ob die gesetzliche Grundlage für die Auslagerung auch die Grundlage für die Vorgaben beinhaltet, die bei einer Auslagerung zur Gewährleistung der Aufgabenerfüllung aufgestellt werden. Zunächst ist hierzu die Art des Verwaltungshandelns zu bestimmen. Dies vor dem Hintergrund, dass einerseits die Anforderungen an Bestimmtheit und Stufe im Allgemeinen bei der Leistungsverwaltung weniger streng sind als bei der Eingriffsverwaltung (BGE 138 I 378 E. 7.2 « Glarnersach »; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 381). Andererseits ist jedenfalls für die Bedarfsverwaltung ohne Aussenwirkung grundsätzlich keine spezifische gesetzliche Grundlage erforderlich. Diese ergibt sich aus den Normen, welche die primären Verwaltungsaufgaben regeln, deren Erfüllung die Bedarfsverwaltung dient (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 388; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 Rz. 28 f.). Beschaffungen der Verwaltung werden der Bedarfsverwaltung zugerechnet (BVGE 2009/17 E. 6.2.2 « Hörgeräte »). Eine Auslagerung ist eine Bedarfsdeckung der Verwaltung, welche Aussenwirkung zeitigt (vgl. zum Begriff der Aussenwirkung das Gutachten des Bundesamtes für Justiz betreffend das Legalitätsprinzip in Bezug auf die Schaffung einer Kinderkrippe, in: VPB 60.1 Ziff. 4). Die Leistungserbringerin übernimmt im Rahmen der Beschaffung durch Auslagerung der öffentlichen Aufgabe teilweise die Rolle des Staates. Auch bei der vorliegend strittigen Beschaffung mittels Auslagerung handelt die Anbieterin anstelle des Staates, soweit sie Zielvereinbarungen abwickelt. Aus der Sicht der beratenen Unternehmen liegt ein in ein Anreizsystem eingebettetes Angebot im Sinne von Leistungsverwaltung vor. Aus der Sicht der Anbieterinnen im vorliegenden Beschaffungsverfahren ist die Beschaffung als Akt der Bedarfsdeckung zu qualifizieren (vgl. dazu etwa TOBIAS JAAG, Bedarfsverwaltung, in: Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber [...], S. 543 ff., insb. S. 546 f. m.H. u.a. auf BVGE 2009/17 « Hörgeräte »). Zusammenfassend ergibt sich aus der Qualifikation als Bedarfsverwaltung keine andere und jedenfalls keine weitergehende Vorgabe als durch die Qualifikation als Auslagerung. Dies führt namentlich dazu, dass die Befugnis zu (sachgerechten) Auflagen der formell-gesetzlichen Grundlage für die Auslagerung inhärent ist. In Art. 67 Abs. 3 EnG werden für den Fall des Bezugs von Dritten die Mindestinhalte des Leistungsauftrags festgelegt. In Art. 68 EnG wird ergänzend statuiert, dass alle Personen, die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraut sind, dem Amtsgeheimnis unterliegen. Die gesetzliche Grundlage der Bedarfsverwaltung in Form der Auslagerung gemäss Art. 67 EnG und Art. 39 Abs. 2 CO₂-Gesetz

(und Art. 130 Abs. 6 CO₂-Verordnung) deckt damit auch die mit der Auslagerung verbundenen Auflagen ab. Diese Deckung geht allerdings nur so weit, wie die zur Bewerksstellung der Auslagerung gewählte Lösung und damit verbundenen Auflagen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind (Art. 5 Abs. 2 BV), um das verfolgte Ziel beziehungsweise das die Auslagerung rechtfertigende öffentliche Interesse zu verwirklichen (STÖCKLI/MARXER, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. III, 2020, Art. 67 N. 5, nachfolgend: Energie Kommentar).

4.3.4 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, der Auslagerung fehle die genügende gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff ([...]). Soweit sich die Beschwerdeführerin selbst als Grundrechtsträgerin sieht, ist ihr dahingehend zuzustimmen, dass dies in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV jedenfalls so weit zutreffen kann, als Auflagen infrage stehen, die darauf abzielen, sich über ihre Rolle als Anbieterin im vorliegenden Beschaffungsverfahren hinaus einschränkend auf ihre wirtschaftliche Betätigung auszuwirken. Andererseits hat sie nicht einen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Anspruch darauf, staatliche Aufträge zu erhalten (Urteil des BGer 2D_29/2012 vom 21. November 2012 E. 5 « Wasserfassung Kraftwerk ») beziehungsweise auf einen Zuschlag beziehungsweise eine Ausschreibung des Auftrags, die mit möglichst wenig Vorgaben der Auftraggeberseite in Bezug auf die Ausführung des infrage stehenden Auftrags selbst verbunden ist. Immerhin wird die Möglichkeit garantiert, an öffentlichen Submissionen nach sachgerechten und wettbewerbsneutral ausgestalteten Zulassungsbedingungen teilnehmen zu können (Urteil des BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 « Betriebshaftpflichtversicherung »). Dies gilt als Ausfluss des in der Wirtschaftsfreiheit mitenthaltene[n] Anspruchs auf Gleichbehandlung der Konkurrenten (Urteil des BGer 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.3 « Flughafenpiste 28 »).

4.3.5 Die Beschwerdeführerin beruft sich in Bezug auf sämtliche angefochtenen Eignungskriterien beziehungsweise Auflagen auf das energierechtliche Kooperationsprinzip als spezialgesetzliche Rahmenbedingung für die infrage stehende Auslagerung ([...]). Dies schliesse die Anwendung des Subordinationsprinzips aus. Gleichwohl wolle die Vergabestelle die privaten Leistungserbringerinnen wie subordinierte Verwaltungseinheiten behandeln ([...]). Tatsächlich koordinieren nach dem Energiegesetz Bund und Kantone ihre Energiepolitik und berücksichtigen die Anstrengungen der Wirtschaft und der Gemeinden (Art. 4 Abs. 1 EnG). Das Verhältnis zu Wirtschaftsakteuren, soweit diese mit dem Vollzug des Gesetzes

betrachtet werden, ist dagegen im Speziellen in Art. 4 Abs. 2 EnG geregelt. Nach dieser Bestimmung arbeiten der Bund, und im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Kantone und Gemeinden, « für den Vollzug dieses Gesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusammen ». Mit der Regelung der Zusammenarbeit im Vollzug soll privates Fachwissen mobilisiert und die Akzeptanz der getroffenen Regelungen erhöht werden. Die Regelung nach Art. 4 Abs. 2 EnG wird wiederum in Art. 67 EnG konkretisiert, wonach Dritte zum Vollzug des EnG beigezogen werden können (SIMONE WALTHER, in: Energie Kommentar, a.a.O., Art. 4 EnG N. 10 f.). Selbst wenn Dritte nach Massgabe der Kooperation nach Art. 4 Abs. 2 EnG zum Vollzug beigezogen werden, ist die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zu gewährleisten. Dabei besteht gestützt auf Art. 4 EnG kein Anspruch auf einen Auftrag, denn der Begriff der Zusammenarbeit ist für sich zu vage und erhält erst im Lichte der folgenden Bestimmungen seine spezifische Bedeutung (WALTHER, in: Energie Kommentar, a.a.O., Art. 4 N. 4; EHRENZELLER/SAHLFELD, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 61a N. 17, nachfolgend: SGK-BV). Gleichermassen besteht auch kein aus dem Energiegesetz ableitbarer Anspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung der Auslagerung. Vielmehr hat der Bund sowohl die Interessen der beratenen Unternehmen als auch die aufgrund der Energiegesetzgebung zu verfolgenden öffentlichen Interessen gegenüber den Anbieterinnen des vorliegenden Beschaffungsverfahrens zu wahren. Er soll zwar nach Art. 4 Abs. 2 EnG mit den Organisationen der Wirtschaft zusammenarbeiten. Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinausgehend geltend macht, dass der Wirtschaft eine mitgestaltende, tragende Rolle zukommen soll, verwechselt sie das Verhältnis der öffentlichen Hand mit den Unternehmen, die im Rahmen ihrer Bemühungen um haushälterischen Umgang mit Energie die Beratungsleistungen beziehen, mit dem Gesetzesvollzug (bzw. dem Organisieren und Erbringen der Beratungsleistungen). Das lässt sich exemplarisch an den von der Beschwerdeführerin zitierten Materialien zeigen. Die Beschwerdeführerin beruft sich insbesondere auf das Amtliche Bulletin der Beratung im Ständerat (Beratung vom 21. September 2015, Votum Bischofberger, AB 2015 S 935). Ständerat Ivo Bischofberger erklärte namens der vorberatenden Kommission, dass sich das Subsidiaritätsprinzip – meint: entgegen der in der Botschaft vertretenen Ansicht des Bundesrates – bewährt habe und dadurch ein Bestandteil des wirtschaftlichen Erfolgsmodells Schweiz sei. Ausserdem sei auch in Artikel 6 der Einbezug der Wirtschaft – Stichwort: Grundsatz zur Prüfung freiwilliger Massnahmen – in den Entwurf aufgenommen worden. Dieses Votum hat folgerichtig nicht Art. 4 Abs. 2

EnG, sondern Art. 4 Abs. 3 EnG und damit das Verhältnis des Bundes (u.a.) zu den beratenen Unternehmen zum Gegenstand. Weder Art. 4 Abs. 2 EnG noch Art. 4 Abs. 3 EnG sind so zu verstehen, dass der Bund in besonderer Weise auf die Akzeptanz durch die Wirtschaftsorganisationen, die mit dem Vollzug betraut sind, zu achten hat. Vielmehr soll durch den Beizug der Wirtschaftsorganisationen dank deren Wirtschaftsnähe die Akzeptanz durch die beratenen Unternehmen erhöht werden. Folgerichtig sieht die Gesetzgebung (Art. 67 Abs. 1 Bst. b und d EnG sowie Art. 39 Abs. 2 CO₂-Gesetz) auch keine Verpflichtung zur Auslagerung vor, sondern stellt eine solche in das Ermessen der Vergabestelle, worauf diese zu Recht hinweist ([...]). Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, mit den Eignungskriterien EK08, EK15, EK16, EK17, EK18, EK22, EK23 und EK25 stelle die Vergabestelle keine Eignungskriterien, sondern sachfremde und unverhältnismässig weitgehende Auflagen auf ([...]). Sie rügt sodann qualifizierte Ermessensfehler bei der Festlegung der aufgezählten und als Auflagen bezeichneten Eignungskriterien ([...]).

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

5.3

5.3.1 Vorab ist auf die Ermessensausübung bei Auslagerungen, namentlich bei der Aufstellung von spezifischen Vorgaben, einzugehen (zur konkreten Prüfung der einzelnen Eignungskriterien vgl. E. 6 hiernach). Ausgangspunkt der Klärung dieses Ermessens bildet die Eignungsprü-

fung. Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags mit Eignungskriterien zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 aBöB). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 aBöB). Fehlende Eignung beziehungsweise das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a aBöB). Nach Art. 9 Abs. 2 aVöB (AS 1996 518) trägt die Auftraggeberin bei der Bezeichnung der für die Eignung notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (Zwischenentscheid des BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020 E. 6.1 und 6.2; Urteil des BVGer B-4860/2010 vom 13. Juli 2011 E. 3 m.H.; PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 237 Rz. 555 m.H.). Zum Beispiel ist im vorliegenden Vergabeverfahren betreffend das Los 1 offensichtlich nicht zu beanstanden, dass die Anbieterinnen gemäss EK11 « Qualitätsmanagementsystem » nachweisen müssen, dass sie zur Gewährleistung der Qualität über ein Qualitätsmanagementsystem verfügen, denn zwischen der Gewährleistung qualitativ hochstehender Auftragserfüllung und einem bei der Anbieterin vorhandenen Qualitätsmanagementsystem besteht durchaus ein Zusammenhang.

5.3.2 Die beanstandeten Eignungskriterien EK08, EK15, EK16, EK17, EK18, EK22, EK23 und EK25 unterscheiden sich von den soeben beschriebenen Eignungskriterien (vgl. E. 5.3.1) insofern, als sie nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin über die Anforderungen hinausgehen, die üblicherweise im Rahmen der Eignungsprüfung aufgestellt werden. Es handelt sich vielmehr um im Hinblick auf die Übernahme der öffentlichen Aufgabe gestellte Anforderungen, die die Beschwerdeführerin als Auflagen bezeichnet. Eine derartige Anforderung enthält aber auch etwa das seitens der Beschwerdeführerin nicht beanstandete EK19 « Kommunikationssystem ». Nach diesem soll sich die Anbieterin verpflichten, sämtliche Kommunikationsmassnahmen, wie zum Beispiel den Internetauftritt, Prospekte und Flyer, Mailings, Präsentationen, Geschäftsberichte und Kennzahlen, die einen Bezug zum vorliegenden Auftrag haben, mit der Auftraggeberin abzustimmen und abzusprechen. Die Auftraggeberin

verlangt in diesem Zusammenhang, dass nur durch sie freigegebene Kommunikationsmassnahmen durchgeführt werden dürfen.

Auch in Bezug auf die Aufstellung von solchen sich aus der Auslagerung ergebenden Anforderungen muss der Auftraggeberin ein Ermessensspielraum zukommen. Die Auslagerung einer öffentlichen Aufgabe an Private erfordert namentlich, dass die Erfüllung der Aufgabe trotz der Übertragung gewährleistet ist. Dem trägt die Vergabestelle Rechnung, indem sie entsprechende Anforderungen definiert. Mit einer Auslagerung ist naturgemäss eine über normale Aufträge hinausgehende Beschränkung des unternehmerischen Spielraums der mit der Aufgabe betrauten Privaten verbunden. Die Vergabestelle verfügt demnach bei einer Auslagerung über ein gewisses Ermessen beim Entscheid, ob und welche Auflagen sie vorsieht, um die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sicherzustellen. Das führt entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin dazu, dass die Anbieterinnen, welche sich um einen öffentlichen Auftrag im Rahmen einer Auslagerung bemühen, sich im Vergleich zu gewöhnlichen Vergaben eine spürbarere Einschränkung ihres unternehmerischen Spielraums gefallen lassen müssen. Aufgrund der Bindung der Vergabestelle an die Verfassung besteht indes der Vorbehalt, dass gemäss Art. 8 BV das Rechtsgleichheitsgebot gewahrt bleibt und die Anforderungen gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind (GIOVANNI BIAGINI, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 178 N. 34; s. zum Vergleich das Prüfraster bei einer Baukonzession im Luftfahrtrecht, BGE 126 II 522 E. 39; vgl. auch E. 4.3 hiervor). Ausserdem müssen Auflagen die Grundsätze des Vergaberechts wahren (vgl. mutatis mutandis das Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 23. September 2005 E. 4b/aa, in: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 2005 II Nr. 5).

5.3.3 Im Rahmen einer Beschwerde können die Verletzung des Bundesrechts einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 26 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 49 VwVG). Unangemessenheit kann im Vergaberecht grundsätzlich und damit auch im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung gemäss Art. 31 aBöB in Verbindung mit Art. 29 Bst. b aBöB allerdings nicht gerügt werden (Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 2.4 i.V.m. E. 7.3 «Produkte zur Aussenreinigung II»; FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 193 i.V.m. Rz. 207). Die Überprüfung der Ausübung des Ermessens im Rahmen der Definition von mit der Auslagerung verbundenen Vorga-

ben im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht folgt dementsprechend derjenigen bei der Überprüfung von Eignungskriterien. Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat. Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 aBöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 141 II 14 E. 7.1 « Monte Ceneri »; Zwischenentscheid des BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020 E. 6.3 « Kameras Nordtangente BS »; Urteil des BVGer B-4904/2013 vom 14. März 2014 E. 4.4 « Monte Ceneri »; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.1.3 und 3.2.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Kommentar Wettbewerbsrecht II, 1. Aufl. 2011, Art. 9 aBöB N. 5 S. 269). Dementsprechend kann auch die Rüge, eine im Rahmen einer Auslagerung definierte besondere Anforderung an Anbietende sei nicht angemessen, nicht gehört werden (Art. 31 aBöB).

6.

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

6.1.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet vorab die Laufzeit des Grundauftrags und der Optionen gemäss Ziffer 2.9 der Ausschreibung. Die Ziffer 2.9 (Auszug) der Ausschreibung lautet wie folgt ([...]):

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

Aus dem Pflichtenheft ([...]) ergibt sich, dass im Rahmen der Option 1 vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2024 Leistungen bezogen werden sollen. In diesem Zusammenhang bemängelt die Beschwerdeführerin auch die Kündigungsfrist insbesondere in Bezug auf die bereits nach dem bisher zur Anwendung kommenden Beratungssystem geschlossenen Verträge der Unternehmen mit den Beraterpools. Im Pflichtenheft wird diesbezüglich (...) das Folgende vorgegeben ([...]):

Den (meint: zu beratenden) Unternehmen steht es frei, bei den Beraterpools Offerten einzuholen und den von ihnen gewünschten Berater-

pool bzw. Energieberater mit den gewünschten Beratungsdienstleistungen zu beauftragen. Zudem müssen Unternehmen, welche eine Zielvereinbarung abgeschlossen haben, den Energieberater bzw. den Beraterpool innerhalb einer angemessenen Kündigungsfrist wechseln können.

6.1.2

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

6.1.2.2 Zugleich rügt die Beschwerdeführerin, mit den vorgeschriebenen Möglichkeiten der Unternehmen, den Energieberater innert angemessener Frist wechseln zu können, werde in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) der Beschwerdeführerin als bisherige Anbieterin eingegriffen ([...]).

6.1.3

6.1.3.1 Die Vergabestelle führt zum gerügten Eingriff in die Eigentumsgarantie, der daraus resultiere, dass mit der Neuausschreibung in bestehende Rechtsverhältnisse der Beschwerdeführerin als bisheriger Leistungserbringerin eingegriffen werde, aus, dass die Beschwerdeführerin vom Bund bis Ende Jahr 2022 mit Arbeiten im Zusammenhang mit Zielvereinbarungen beauftragt worden sei und es nicht ersichtlich sei, inwiefern

die Neuausschreibung in die Eigentumsgarantie der bisherigen Auftragnehmerin eingreife ([...]). Im Zusammenhang mit dem gerügten Eingriff in die Umweltwirkung aufgrund der Laufzeiten des Grundauftrags und der Optionen bringt sie vor, gemäss Art. 21 aBöB erhalte das wirtschaftlich günstigste Angebot den Auftrag und gemäss Art. 1 aBöB müssten die Gleichbehandlung sowie wirksamer Wettbewerb gewährleistet werden, weshalb öffentliche Aufträge, die über längere Zeit erbracht würden, in regelmässigen Abständen auf den Markt gebracht werden müssten. Die Dauer von vier beziehungsweise sechs Jahren entspreche zudem den Vorgaben gemäss Art. 15a aVöB « Vertragsdauer bei wiederkehrenden Leistungen ». Solange es sich bei Mehrkosten nicht um unverhältnismässige oder substantielle Mehrkosten handle (Art. 36 Abs. 2 Bst. d aVöB), seien diese hinzunehmen. Ein allfälliger Anbieterwechsel hätte mit der vorliegend strittigen Ausschreibung keine übermässigen Kosten zur Folge. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Mehrkosten seien denn auch im Wesentlichen durch von der Vergabestelle vorgenommene grundsätzliche Umstrukturierungen im Zielvereinbarungssystem (z.B. IT-Lösung) und nicht durch einen allfälligen Anbieterwechsel begründet ([...]).

Die Vergabestelle vertritt schliesslich die Auffassung, die mit der Zielvereinbarung einhergehenden finanziellen Anreize und nicht die Modalitäten, wie eine solche erarbeitet werde, seien für den Abschluss der Vereinbarung ausschlaggebend. Der Grossteil der Zielvereinbarungen werde nach Stand heute im Hinblick auf die Rückerstattung des Netzzuschlags und/oder der CO₂-Abgabe oder aber für die Erfüllung des Grossverbraucherartikels der Kantone abgeschlossen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend eine angebliche Verminderung der Umweltwirkung sei demgegenüber eine reine Mutmassung ([...]).

6.1.3.2 Zu den gerügten Eingriffen in die Eigentumsgarantie durch die vorgegebene Laufzeit des Grundauftrags und der Optionen sowie durch die vorgesehene Möglichkeit, den Beraterpool innert angemessener Frist wechseln zu können, legt die Vergabestelle dar, es liege kein Grundrechtseingriff vor. Es werde auch die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit nicht eingeschränkt, denn es handle sich um einen staatlichen Auftrag ([...]).

6.1.4

6.1.4.1 Mit der vorliegend strittigen Ausschreibung zu Los 1 wird eine öffentliche Aufgabe mit der Anforderung eines Wettbewerbssystems an

Private ausgelagert, indem drei Zuschläge für parallel funktionierende Beraterpools vergeben werden. Der entsprechende Passus im Pflichtenheft ([...]) lautet wie folgt:

Die Bedarfsstelle beschafft [...] drei Beraterpools. [...] Der Zuschlag für die Konzeptionierung des Beraterpools gewährleistet nicht den Erhalt von Aufträgen für die Erarbeitung von Zielvereinbarungen. Die Beraterpools stehen untereinander im Wettbewerb und es ist nicht vorgesehen, die Anzahl Zielvereinbarungen gleichmässig auf die einzelnen Beraterpools aufzuteilen.

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

Auf das vorliegend seitens der Auftraggeberin gewählte System sind also einerseits die Regeln des Beschaffungsrechts in Bezug auf die Laufzeit von Verträgen zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Anbieterin anwendbar. Andererseits ergibt sich aus dem gewählten Wettbewerbsmodell, dass die Laufzeit auch im Verhältnis zwischen Beraterpool und Beratern sowie zwischen Beratern und beratenen Unternehmen begrenzt sein muss, wenn der Wettbewerb effektiv spielen soll. Das setzt wiederum voraus, dass die entsprechenden Verträge gekündigt werden können. Die damit einhergehende Beschränkung der Vertragsautonomie liegt damit jedenfalls im öffentlichen Interesse. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass es im Ermessen der Auftraggeberin liegt, die Auslagerung zu bewerkstelligen, indem eine Wettbewerbssituation zwischen drei Beraterpools geschaffen wird. Das als solches zulässige Konzept der Vergabestelle beinhaltet zwingend auch eine vernünftige Kündbarkeit der Beraterverträge im Interesse der beratenen Unternehmen. Deren Interessen stehen für die Vergabestelle richtigerweise im Vordergrund.

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus die Umweltwirkung rügt, ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle bereits in der Ausschreibung

selbst durch die Definition der Eignungs- und Zuschlagskriterien angekündigt hat, dass die optimale Umweltwirkung nicht belohnt werden soll (vgl. auch Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.2.2). Dies liegt im Ermessen der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin kann eine ihren Begehren entsprechende Formulierung des infrage stehenden Eignungskriteriums (oder ein entsprechendes Zuschlagskriterium) auch nicht gestützt auf Art. 1 in Verbindung mit Art. 46 EnG erstreiten.

6.1.4.2 Die Themenkreise wohlerworbene Rechte und Investitionsschutz lassen sich sowohl mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Vertrauensschutz (Art. 9 BV) als auch die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV beleuchten (BGE 139 II 28 E. 2.7.2 in fine). Besonders illustrativ erscheint diesbezüglich die Frage, ob sich aus dem Vertrauensschutz gewisse Vorgaben in Bezug auf die Ausgestaltung von übergangsrechtlichen Regeln ergeben (BGE 139 II 263 E. 5 f.). Die Beschwerdeführerin rügt den Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse. Diesbezüglich ist zunächst zu vermerken, dass die Auftraggeberseite in Bezug auf die Festlegung der Vertragsdauer nach dem Konzept sowohl von Art. 15a aVöB als auch nach demjenigen von Art. 15 BöB über einen Ermessensspielraum verfügt; nach den Materialien soll dieser Bereich sogar « nicht justizierbar » sein (THOMAS M. FISCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 15 BöB N. 17). Aber auch soweit in vorbestehende Vertragsverhältnisse eingegriffen wird, muss sich die Anbieterin aufgrund des vorliegend gewählten Wettbewerbskonzepts Eingriffe in die Vertragsautonomie gefallen lassen. Dies gilt umso eher, als die Auftraggeberseite keinen bestimmten Zeitpunkt für die Kündigung vorgibt, sondern eine solche innert angemessener Frist erwartet, was es den Anbieterinnen und auch den Beratern erlaubt, dem Verhältnismässigkeitsgebot Rechnung tragende Lösungen zu finden. In diesem bewusst eröffneten Spielraum kann nach dem Gesagten auch keine unzulässige Unklarheit erblickt werden. Dies, zumal es auch nicht das Ziel des Wettbewerbssystems ist, die Verträge flächendeckend infrage zu stellen, sondern einzelfallweise die Möglichkeit zu schaffen, Verträge zu kündigen. Damit ist auch für den Fall, dass mit der zu beurteilenden Auflage in die Eigentumsgarantie eingegriffen wird, jedenfalls kein unverhältnismässiger Eingriff festzustellen. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

6.2

6.2.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt das Eignungskriterium EK15 « Politische Einflussnahme ». Die Ausschreibung sieht mit EK15 das Folgende vor ([...]):

EK15 Politische Einflussnahme

Der Anbieter vertritt die Interessen der Kantone und des Bundes und ist im Zusammenhang mit dem vorliegenden Auftrag mitverantwortlich für die korrekte und einheitliche Umsetzung der Vorgaben aus der Energie- und CO₂-Gesetzgebung. Er bestätigt im Rahmen des vorliegenden Auftrages seine Bereitschaft, die Leistungen als Vollzugsaufgabe auszuführen und im Gegenzug auf die direkte oder indirekte politische Einflussnahme auf die Energie- und CO₂-Gesetzgebung zu verzichten, die einen Zusammenhang oder eine Interferenz mit dem vorliegenden Auftrag hat.

6.2.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe mit EK15 « Politische Einflussnahme » eine Auflage ohne gesetzliche Grundlage aufgenommen ([...]). Die Vergabestelle habe ferner vergaberechtliche Vorgaben bei der Festlegung von Eignungskriterien verletzt, indem sie mit EK15 vorgegeben habe, dass sich Anbieter der politischen Meinungsäusserung enthalten und eine entsprechende schriftliche Erklärung unterzeichnen müssten, was weder auftrags- noch leistungsspezifisch sei. Die Vergabestelle habe damit ihr Ermessen in rechtsfehlerhafter Weise überschritten ([...]). Überdies würde mit der Auflage gemäss EK15 in ungerechtfertigter Weise in die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) eingegriffen ([...]).

6.2.3 Die Vergabestelle entgegnet, die Eignungskriterien, und damit auch EK15 « Politische Einflussnahme », hätten einen sachlichen Bezug zur Vergabe und würden weder im Widerspruch zum zu vergebenden Auftrag stehen noch den Wettbewerb beschränken. Es liege überdies keine unzulässige Ermessensüberschreitung vor ([...]). Sie habe EK15 « Politische Einflussnahme », EK16 « Interessenkonflikt » und EK22 « Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten » verfasst, um die Neutralität und Unabhängigkeit der zum Vollzug der CO₂-Gesetzgebung beigezogenen Dritten vollumfänglich zu gewährleisten ([...]). Mit der Ausschreibung und den Unterlagen werde überdies nicht in Grundrechte eingegriffen. So werde die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit nicht beschränkt, denn es handle sich um einen staatlichen Auftrag ([...]). Selbst wenn von einem Eingriff ausgegangen würde, sei dieser gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt: Der Eingriff sei gesetzlich vorgesehen (Art. 39 ff. EnG; Art. 31 ff. CO₂-Gesetz; aBöB), durch ein überwiegendes

öffentliches Interesse legitimiert und verhältnismässig. Mit EK15 würde namentlich der Verzicht auf politische Einflussnahme nur im Zusammenhang mit dem Auftrag verlangt ([...]).

6.2.4 Gemäss Art. 16 BV ist die Meinungs- und Informationsfreiheit gewährleistet (Art. 16 Abs. 1 BV). Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 2 BV) sowie Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 3 BV). Die Meinungsfreiheit umfasst demnach das Recht auf freie Bildung und Äusserung der eigenen Meinung. Die Garantie der freien Meinungsäusserung verleiht dem Einzelnen das Recht, der Öffentlichkeit und Privaten Meinungen und Informationen mitzuteilen, ohne von Behörden behindert zu werden (KLEY/TOPHINKE, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 16 N. 12). Schutz bietet die Meinungsfreiheit auch vor präventiv wirkenden Eingriffen in das Grundrecht der Meinungsfreiheit (BGE 138 I 274 E. 2.2.1 und 3.2). Überdies ist der Staat verpflichtet, Massnahmen zur Verwirklichung der Freiheit vorzusehen, sofern der Austausch der Meinung durch gesellschaftliche oder wirtschaftliche Verhältnisse beschränkt wird oder sich die Grundrechtsträger (wie Gefängnisinsassen) in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat befinden (MAYA HERTIG, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015, Art. 16 N. 16). Andererseits haben Amtsträger und Staatsangestellte aufgrund ihrer besonderen Stellung beziehungsweise Treuepflicht bestimmte (verhältnismässige) Einschränkungen hinzunehmen, die sich unter Umständen auch auf das ausserdienstliche Verhalten erstrecken können (BGE 136 I 332 E. 3.2; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 16 N. 5).

6.2.5 Die Beschwerdeführerin ist eine Organisation der Wirtschaft, deren Zweck darin liegt, mit dem Bund wirtschaftsnahe Aufgaben im Energiebereich zu vereinbaren und durchzuführen ([...]). Wenn ein Wirtschaftsverband oder eine Lobbyorganisation kommerziell politische Einflussnahme betreibt, ist die infrage stehende Organisation für den Fall, dass ihr die politische Beeinflussung untersagt wird, nicht nur in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV), sondern auch in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) betroffen (vgl. E. 4.3.4 hiervor). Die Vergabestelle geht diesbezüglich fehl in der Annahme, dass die Eingriffsqualität mit der Begründung zu verneinen ist, die Anbieterin könne im Rahmen einer Auslagerung nicht in ihren Grundrechten betroffen sein. Die Beschwerdeführerin stört sich gerade daran, dass sie durch das EK15 in Bezug auf ihre ganze wirtschaftliche Tätigkeit betroffen ist. Bei der

Beurteilung der Einschränkung ist die Schrankendogmatik zur Meinungsäusserungsfreiheit massgebend, da diesbezüglich höhere Anforderungen gelten (KLEY/TOPHINKE, SGK-BV, a.a.O., Art. 16 BV N. 7). Zuzustimmen ist der Vergabestelle dahingehend, dass die Grundrechte im Rahmen der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand im Unterschied zur Eingriffsverwaltung nicht in ihrer klassischen Ausprägung als Abwehrrechte angesprochen sind. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen kann indessen offenbleiben, ob der strittigen Auflage Eingriffsqualität zukommt.

6.2.6 Die Rüge, die Auflage gemäss EK15 « Politische Einflussnahme » sei nicht sachgerecht, bezieht sich auf den zweiten Satz des EK15, der wie folgt lautet ([...]):

[Der Anbieter] bestätigt im Rahmen des vorliegenden Auftrages seine Bereitschaft, die Leistungen als Vollzugsaufgabe auszuführen und im Gegenzug auf die direkte oder indirekte politische Einflussnahme auf die Energie- und CO₂-Gesetzgebung zu verzichten, die einen Zusammenhang oder eine Interferenz mit dem vorliegenden Auftrag hat.

Unabhängig davon, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt, muss die Auflage, sich der politischen Einflussnahme zu enthalten, im öffentlichen Interesse liegen und im Hinblick auf das mit der Auslagerung verfolgte Ziel, die Abwicklung der Zielvereinbarungen an Private auszulagern, verhältnismässig sein (vgl. oben E. 5.3.2). Grundsätzlich kann im Rahmen einer Auslagerung in gewisser Weise vergleichbar mit der Situation von Staatspersonal ein öffentliches Interesse an « erhöhten Loyalitätsanforderungen » bestehen (vgl. zur Begrifflichkeit KLEY/TOPHINKE, SGK-BV, a.a.O., Art. 16 BV N. 21 f.; vgl. zum Ganzen auch das in E. 5.3.2 hiervoor dargestellte EK19 « Kommunikationsmassnahmen »). Ob hierzu eine Zurückhaltungsobliegenheit genügt oder ob ein gänzlicher Verzicht auf Meinungsäusserung als Anforderung begründet werden kann, braucht mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen nicht vertieft zu werden. Die vorliegende Auslagerung ist nämlich von folgender Besonderheit geprägt: Mit der strittigen Ausschreibung von Los 1 soll die Aufgabe « Abwicklung von Zielvereinbarungen » nicht nur an eine, sondern an drei Anbieterinnen ausgelagert und unter diesen eine Wettbewerbssituation geschaffen werden (vgl. E. 6.1.4.1 hiervoor). Aus der Wahl eines Wettbewerbsmodells ergibt sich, dass die Vergabestelle der unternehmerischen Entfaltung der Anbieterinnen genügend Freiräume belassen will und muss, damit diese im Konkurrenzkampf untereinander bestehen können. Mit der Schaffung einer Wettbewerbssituation nimmt die Auftraggeberin in Kauf, dass sie nicht dieselben Auflagen vorsehen kann, wie wenn sie nur eine Anbieterin

mit dem Vollzug betrauen würde. Namentlich die Anforderung, wonach die Anbieterinnen in ihrem Handlungsspielraum in Bezug auf die politische Meinungsäußerung beschränkt werden sollen, ist eine Auflage, die sich kombiniert mit dem vorgesehenen Wettbewerbsmodell in unverhältnismässiger Weise auswirkt. So würde die Auflage den unternehmerischen Handlungsspielraum der im Wettbewerb auftretenden Anbieterin übermässig beeinträchtigen, indem den Anbieterinnen grundsätzlich versagt wird, im fraglichen Bereich die politische Meinungsbildung zu beeinflussen. Je bedeutender diese gebundenen Akteure sind, desto grösser sind auch die mit einer solchen Vorgabe verbundenen systemischen Effekte. In der vorliegenden zu beurteilenden Konstellation erweist sich die von der Beschwerdeführerin beanstandete Auflage – auch ohne Berücksichtigung der grundrechtsdogmatischen Aspekte – damit bereits mit Blick auf die allgemeinen Regeln des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. E. 5.3.2 hiervor) als unverhältnismässig. Soweit die Vergabestelle die Auflage als ohne Weiteres zumutbar bezeichnet, indem nur der Verzicht auf eine politische Einflussnahme mit Interferenz zum vorliegenden Auftrag verlangt werde ([...]), trägt sie auch der Bedeutung des infrage stehenden Politikbereichs, den sie in anderem Zusammenhang richtigerweise hervorhebt, nicht hinreichend Rechnung.

6.3

6.3.1 Von der Beschwerdeführerin beanstandet werden ferner die Eignungskriterien EK16 « Interessenkonflikt » und EK22 « Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten ». Die Ausschreibung sieht mit den Eignungskriterien EK16 (Auszug) und EK22 das Folgende vor ([...]):

EK16 Interessenkonflikt

Der Anbieter und seine bereits mandatierten sowie künftigen Energieberater akzeptieren und bestätigen, dass sie nach der Zuschlagserteilung keine Tätigkeiten ausüben dürfen, die zu einem Interessenkonflikt mit dem vorliegenden Auftrag führen oder ihre Unabhängigkeit bei der Durchführung der übertragenen Vollzugsaufgaben aufgrund der Energie- und CO₂-Gesetzgebung ([...]) beeinträchtigen könnten.

EK22 Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten

Der Anbieter bestätigt seine Bereitschaft, Aufträge und Arbeiten, die nicht im Zusammenhang mit dem vorliegenden Auftrag anfallen, jedoch einen Zusammenhang mit der Energie- und CO₂-Gesetzgebung haben, im Tätigkeitsbericht aufzuführen und sofern zutreffend deren Interferenz mit dem vorliegen[den] Auftrag zu beschreiben.

6.3.2

6.3.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorgabe gemäss EK16 « Interessenkonflikte » würde eine Auflage ohne gesetzliche Grundlage darstellen und vergaberechtliche Vorgaben bei der Aufstellung von Eignungskriterien verletzen ([...]). Zudem sei das Eignungskriterium sachfremd und unverhältnismässig. Problematisch sei namentlich das Verständnis der Vergabestelle von Interessenkonflikten, wonach keine früheren oder in Aussicht stehenden Aufträge zwischen dem Beraterpool und den betreuten Unternehmen oder Käufern und Verkäufern von Bescheinigungen bestehen dürften ([...]). Dieses Verständnis führe dazu, dass besonders geeignete Beratungsunternehmen nicht als Energieberater tätig werden könnten ([...]). Die Ausschreibung und ihre Unterlagen seien ferner in Bezug auf die « Unabhängigkeit beziehungsweise weitere Tätigkeit der Berater » unklar ([...]).

6.3.2.2 Die Beschwerdeführerin rügt zugleich, mit EK22 « Transparenz bei Aufträgen und Angeboten » habe die Vergabestelle eine Auflage aufgenommen, die sich auf keine gesetzliche Grundlage stütze und sachfremde sowie unverhältnismässige Auflagen enthalte ([...]). Ferner verletze die Transparenzaufgabe vergaberechtliche Vorgaben bei der Aufstellung von Eignungskriterien, weil sie Geschäftsgeheimnisse betreffe und den Beraterpool im Hinblick auf die Entwicklung neuer klimarelevanter Dienstleistungen in unverhältnismässiger Weise einschränke ([...]). Mit der Transparenzaufgabe nach EK22 werde überdies ohne Rechtfertigung in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27, Art. 94 BV) eingegriffen, wobei Art. 67 Abs. 3 EnG keine Ermächtigung für unverhältnismässig weitgehende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der zum Vollzug beigezogenen privaten Dritten enthalte ([...]). Die Auflage verletze schliesslich den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), weil mit ihr die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen gefordert werde, ohne dass sich dies gemäss Art. 36 BV rechtfertigen liesse ([...]).

6.3.3 Die Vergabestelle führt aus, die aufgestellten Eignungskriterien seien nicht sachfremd. EK16 « Interessenkonflikt » und EK22 « Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten » seien aufgestellt worden, um die Neutralität und Unabhängigkeit der zum Vollzug beigezogenen Privaten zu wahren (vgl. oben E. 6.2.3). Soweit Unklarheiten bestanden hätten, hätten diese geklärt werden können. Unklarheiten seien je nach Komplexität des Beschaffungsgegenstands schwer zu vermeiden. Konkret seien bis zum 5. Mai 2020 103 Fragen für die komplexe und finanziell bedeutsame Ausschreibung zum Los 1 bei ihr eingegangen, womit die Anfragen nicht

besonders zahlreich ausgefallen seien. Sie habe die im Frageforum gestellten Fragen beantwortet und am 12. Mai 2020 auf simap.ch publiziert. Es hätten sämtliche Unklarheiten gelöst werden können und sämtliche potenziellen Anbieter hätten Zugriff auf Fragen und Antworten erhalten ([...]). Schliesslich liege bei der Ausschreibung des öffentlichen Auftrags kein Grundrechtseingriff vor. Sollte von einem Grundrechtseingriff ausgegangen werden, sei dieser verhältnismässig. So würde betreffend EK22 namentlich nur die Offenlegung von Aufträgen im Zusammenhang mit der Energie- und CO₂-Gesetzgebung verlangt werden ([...]).

6.3.4

6.3.4.1 Für die Auslagerung samt den damit verbundenen Anforderungen besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin eine gesetzliche Grundlage. Ausserdem verfügt die Vergabestelle über Ermessen, wenn sie im Hinblick auf die Auslagerung Auflagen aufstellt, mit denen sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gewährleistet (vgl. oben E. 5.3.2). Selbst im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung ohne Auslagerungscharakter kann es geboten sein, mit einer entsprechenden Vorgabe zur Vermeidung von Interessenkonflikten Anbieterinnen auszuschliessen, die bei der Auftragerfüllung sich entgegenstehende Interessen wahrnehmen könnten (Urteile des BVGer B-2421/2020 vom 24. August 2020 E. 4.1.4 « N13 – Nuovo collegamento Locarno – Bellinzona » und B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.5 « Strombeschaffung für die Post »). So kann sie namentlich mit Blick auf mögliche unerwünschte Auswirkungen einer Vorbefassung ein Konzept durchsetzen, das empfindlich in die Sphäre der Anbieter eingreift (Urteil des BVGer B-4602/2019 vom 4. März 2020 E. 3.1.4 « jonction du Grand-Saconnex »). Am Rande sei erwähnt, dass dies noch ausgeprägter für das neue Recht gilt, wonach die Auftraggeberin explizit gehalten ist, Massnahmen gegen Interessenkonflikte zu treffen (Art. 2 Bst. b i.V.m. Bst. d und Art. 11 Bst. b BöB 2019; Präambel und Art. IV Abs. 4 revidiertes Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [SR 0.632.231.422, sog. GPA 2012]; FETZ/STEINER, a.a.O., S. 582 Rz. 46a). Aber bereits nach bis Ende des letzten Jahres geltendem Recht ist in der Zielsetzung der Vermeidung von Interessenkonflikten jedenfalls kein vergabefremder Aspekt zu sehen (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.5 « Strombeschaffung für die Post »). Das gilt umso mehr für eigentliche Auslagerungen.

Aus der Formulierung des EK16 « Interessenkonflikt » ergibt sich, dass die infrage stehenden Auflagen sowohl für die Anbieterinnen im vorliegenden Beschaffungsverfahren als auch für die von diesen mandatierten

Energieberater gelten. Die Vergabestelle hat die Anforderung ausserdem erläutert, indem sie in der Ausschreibung mehrere Beispiele angebracht hat, worin Interessenkonflikte liegen, und solche Konflikte auch im Pflichtenheft konkretisiert hat. Sie hält im Pflichtenheft fest ([...]): « Interessenkonflikte können beispielsweise wirtschaftliche Verbundenheit zu den betreuten Unternehmen oder Käufern und Verkäufern von Bescheinigungen sein sowie frühere oder in Aussicht stehende Aufträge, Verwandtschaften, enge Freundschaften etc. ». Diese Umschreibung entspricht einer standardmässigen Beschreibung möglicher Interessenkonflikte. Es ist durchaus denkbar, dass frühere oder zukünftige Aufträge zu einem Interessenkonflikt mit aktuellen Aufträgen führen. Zudem wird in der Ausschreibung mit EK16 im zweiten Abschnitt etwa spezifisch festgehalten, dass die Anbieterinnen und die Energieberater als nicht unabhängig angesehen werden würden, wenn sie in ihrer Unternehmung oder Organisation Mitarbeitende beschäftigen würden, die im Auftrag des Bundes Energieberater oder Auditoren zertifizieren (Los 4). Wie im Rahmen der Gesetzgebung betreffend Ausstandsgründe gemäss Art. 10 VwVG, die in Abs. 1 Bst. d im Sinne eines Auffangtatbestands « andere Gründe » mitumfassen (vgl. dazu etwa FELLER/KUNZ-NOTTER, in: VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 10 VwVG N. 23), kann von der Auftraggeberin nicht erwartet werden, dass sie abschliessend alle möglichen Interessenkonflikte beschreibt. Soweit die Beschwerdeführerin also die Unklarheit des Eignungskriteriums rügt, kann ihr nicht gefolgt werden. Soweit sich aus diesen Vorgaben de facto eine Spezialisierung beziehungsweise Beschränkungen des Tätigkeitsbereichs der Anbieterinnen und Berater ergeben, sind diese in Übereinstimmung mit der Beurteilung der Vergabestelle zumutbar. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, dass der Anbieterkreis in diesem Bereich so eng ist, dass durch die zu beurteilenden Auflagen der Wettbewerb zu stark beschränkt wird.

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

6.3.4.2 In engem Zusammenhang mit EK16 « Interessenkonflikt » steht EK22 « Transparenz betreffend Aufträgen und Angeboten ». So wird die Überprüfung von Interessenkonflikten überhaupt erst ermöglicht, wenn der Vergabestelle bekannt gegeben wird, welche Aufträge die Anbieterin wahrnimmt. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle mit der Transparenzaufgabe gemäss EK22 von der Anbieterin verlangt, ihre

Bereitschaft zu bestätigen, sämtliche Aufträge im Tätigkeitsbericht aufzuführen, die einen Zusammenhang mit der Energie- und CO₂-Gesetzgebung aufweisen. Selbst wenn darin ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit oder die Privatsphäre zu sehen wäre, wäre dieser der Zielsetzung der Vermeidung von Interessenkonflikten inhärent und in der vorgesehenen Form ohne Weiteres zumutbar. Kommt hinzu, dass Aufträge, die nicht im Zusammenhang mit der Abwicklung von Zielvereinbarungen anfallen, jedoch einen Zusammenhang mit der Energie- und CO₂-Gesetzgebung haben, gemäss EK21 « Jährlicher Tätigkeitsbericht » der Vergabestelle und nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden müssen. Damit erweist sich auch die Rüge betreffend das EK21 als unbegründet.