

BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-12-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1185_2020_d20201201

FR: TAF B-1185/2020 du 1 décembre 2020

IT: TAF B-1185/2020 del 1 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 1.2

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). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.3

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

E. 2.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 2.2

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Lüftung

Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 2.3

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BB1 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen "Telefonanlage Universitätsspital Basel"; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen").

E. 3

In einem ersten Schritt ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen fällt.

E. 3.1

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Government Procurement Agreement unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 3.2

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

E. 3.3

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat das streitgegenständliche Los Nr. 2 unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) "72000000: IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" aufgeführt (vgl. Ziffer 2.4 f. der Ausschreibung). Diese entspricht prima facie einer der Gruppe 84 ("IT services: consulting, software development, internet and support") zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA bzw. vom Anhang 1a zur VöB erfasst wird. Demnach fällt die Dienstleistung prima facie in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13.

April 2016, auszugsweise amtlich publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; vgl. zum Ganzen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1050, 1059 und 1131 ff.).

E. 3.4

Das geschätzte Auftragsvolumen liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12; vgl. zu den Offertsummen E. 7.6.2 hiernach).

E. 3.5

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die angefochtene Ausschreibung fällt daher prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig.

E. 4

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen; vgl. E. 2.3 hiervor).

E. 4.1

Mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 141 II 41 E. 4 ff. "Monte Ceneri") bestreitet die Vergabestelle die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin (Vernehmlassung, Rz. 6 ff.). Gemäss dieser Rechtsprechung müsse für die Bejahung eines schutzwürdigen Interesses eine reelle Chance bestehen, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag auch erhält. Zudem müsse nach zitierter Rechtsprechung die Legitimation mit mehr als nur Mutmassungen begründet werden können (Vernehmlassung, Rz. 6 ff.).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass der deutliche Unterschied in der Bewertung zu den Unterkriterien bei Zuschlagskriterium ZK 3 zu einem Punktabzug bei der Zuschlagsempfängerin hätte führen müssen, da bei den strittigen Unterkriterien gemäss dem im Rahmen der Instruktion teilweise offen gelegten Evaluationsbericht der Offerte der Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Begründung der vergebenen Punktzahl eine schlechtere Bewertung attestiert worden sei. Somit weise die Offerte der Zuschlagsempfängerin einen klaren Minderwert im Vergleich zur Offerte der Beschwerdeführerin auf. Zudem sei nochmals festzuhalten, dass der Anforderungskatalog in Bezug auf das Unterkriterium "besondere Funktionalitäten" (ZK 3) unklar sei. Damit sei substantiiert dargelegt, dass die Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag habe (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 7 ff.).

E. 4.3

Das BÖB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BÖB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Zur Beschwerde ist demnach berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 4.4

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin formell beschwert, denn sie hat als Anbieterin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

E. 4.5

Der Vergabestelle ist insofern zuzustimmen, als dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri") der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht genügt, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären oder aber, dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; BGE 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" mit Hinweisen; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.6 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung").

E. 4.6

Im vorliegenden Fall beantragt die im zweiten Rang platzierte Beschwerdeführerin, der Zuschlag sei aufzuheben und stattdessen ihr zu erteilen bzw. eventualiter sei die Wiederholung des Vergabeverfahrens anzuordnen. Insbesondere rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung im ZK 3, wobei sie eine Schlechterbewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin um 200 Punkte verlangt, da ihr Angebot einen technischen Mehrwert biete und sie über zehn Jahre Erfahrung besitze. Der Unterschied zur Erstplatzierten betrage lediglich 43 von insgesamt 1000 Punkten. Eine missverständliche

Formulierung der Anforderungen in Bezug auf die "besonderen Funktionalitäten" könnte jedenfalls zu einer Rückweisung zur Neubewertung führen. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Preisbewertung unter ZK 1 mit der Begründung in Frage gestellt werden kann, den Optionen komme im Rahmen der Preisbewertung im Vergleich zum Grundauftrag ein zu grosses Gewicht zu. Diesfalls hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten (vgl. mutatis mutandis zur Rüge eines unzulässigen Unterangebots der vorrangierten Anbieterin den Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.7 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung"). Es ergibt sich demnach, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit wegen fehlender Legitimation nicht eingetreten werden kann.

E. 4.7

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5.1

Als erstes rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe gegen ihren Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verstossen, indem sie die Begründungs- und Bekanntgabepflicht verletzt habe (Beschwerde, Rz. 54 ff.). So sei ihr im Zuschlagsentscheid vom 7. Februar 2020 lediglich mitgeteilt worden, dass die Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der qualitativen Anforderungen im Bereich der IT-Lösung sowie durch ein preislich günstiges Angebot überzeugt habe. Weiter habe sie weder nach dem schriftlichen Debriefing vom 13. Februar 2020 noch aufgrund der anlässlich des telefonischen Debriefings vom 14. Februar 2020 erhaltenen Erläuterungen die Bewertung der Zuschlagsempfängerin, insbesondere unter den qualitativen Zuschlagskriterien ZK 2 bis ZK 4, im Vergleich zu ihrer eigenen Bewertung nachvollziehen können. Namentlich seien ihr die verlangten Informationen in Bezug auf die Bewertung der Offerten der Zuschlagsempfängerin unter den qualitativen Zuschlagskriterien ZK 2 bis ZK 4 nicht ausgehändigt worden (Beschwerde, Rz. 43 ff.).

E. 5.2

Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen namentlich zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1705 f.). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a BöB enthält Art. 23 BöB eine lex specialis zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 BöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB; BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 "Betankungsanlagen", auszugsweise publiziert in BVGE 2019 IV/2, nicht publizierte E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2

"Tunnelorientierungsbeleuchtung"; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1243 f.).

E. 5.3

Vorliegend enthält die öffentliche Zuschlagsverfügung vom 7. Februar 2020 (SIMAP Meldungsnummer: 1118861) in Ziffer 3.3 die Begründung des Zuschlagsentscheids. Daraus geht hervor, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der qualitativen Anforderungen im Bereich der IT-Lösung und durch ein preislich günstiges Angebot überzeugt habe. Diese summarische Begründung genügt den Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 BöB i.V.m. Art. 28 VöB. Das auf Ersuchen der Beschwerdeführerin erfolgte Debriefing wurde seitens der Vergabestelle sowohl schriftlich wie auch telefonisch angeboten und durchgeführt. Der schriftlichen Begründung war in Bezug auf den Preis zu entnehmen, dass die Zuschlagsempfängerin den Grundauftrag für 478'400.- Franken und die Option für 1'087'000.- Franken angeboten hat. Ausserdem war namentlich ersichtlich, dass beide Anbieterinnen in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien die volle Punktzahl erhalten haben, womit die Punktedifferenz zwischen Beschwerdeführerin und berücksichtigter Anbieterin ausschliesslich mit dem höheren Preis begründet worden ist. Inwiefern diese Erläuterungen der Vergabestelle in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien - die entsprechenden Begründungselemente sind identisch - der Begründungspflicht entsprochen haben, kann zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt offen gelassen werden. Eine allenfalls teilweise fehlende Erläuterung der Nichtberücksichtigung bzw. eine Verletzung der Begründungspflicht allein kann mit Blick auf das Beschleunigungsgebot in der Regel unter Berücksichtigung der Möglichkeit, nicht besonders schwere Gehörsverletzungen zu heilen, nicht zu einer Rückweisung führen. Damit fällt auch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dieser Begründung ausser Betracht (Zwischenentscheide des BVer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.3.3 "IT / Vertragsmanagementsystem"). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung nach Einsicht in den weitgehendoffen gelegten Evaluationsbericht Gelegenheit zur Replik gegeben worden ist, womit es ihr jedenfalls möglich war, die angefochtene Verfügung in voller Kenntnis ihrer Tragweite anzugreifen.

E. 6.1

Die Vergabestelle beanstandet vorab, die Rügen der Beschwerdeführerin würden sich mehrheitlich auf die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen beziehen, wobei diese (im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags) nicht mehr vorgebracht werden könnten, wenn deren Bedeutung und Tragweite ohne Weiteres erkennbar seien. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (zum kantonalen Recht) auch für die Ausschreibungsunterlagen. Damit sei das Beschwerderecht der Beschwerdeführerin verwirkt (Vernehmlassung, Rz. 10 ff.).

E. 6.2

Replicando widerspricht die Beschwerdeführerin den Ausführungen der Vergabestelle mit der Begründung, es handle sich bei den Rügen der Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in Bezug auf Vorgaben gemessen an den Ausschreibungsunterlagen um Rügen, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegen den Zuschlagsentscheid geltend gemacht werden könnten, zumal die Beschwerdefrist nach der zweiten Fragerunde bereits abgelaufen war (Replik zur aufschiebenden Wirkung,

Rz. 16 ff.).

E. 6.3

Einwände, welche die Ausschreibung selbst betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 mit Hinweisen "Produkte zur Innenreinigung I").

E. 6.4.1

Die Ausschreibung vom 24. September 2019 erwähnt in Ziff. 2.4 die Zuschlagskriterien ZK 1 bis ZK 4 sowie deren Gewichtung und verweist auf die detaillierten Zuschlagskriterien in den Anhängen 1 und 7 der Ausschreibungsunterlagen. Vorliegend beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die Bewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin anhand des Zuschlagskriteriums 1 "Preis" und jene anhand der qualitativen Zuschlagskriterien (Zuschlagskriterien ZK 2 bis ZK 4), wobei sie in der sich durch die Bewertung ergebenden faktischen Gewichtung der Kriterien einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot sowie einen Ermessensmissbrauch erblickt.

E. 6.4.2

Zur besseren Verständlichkeit ist dabei zunächst die Aussage der Vergabestelle einzuordnen, wonach sie die Gewichtung des Preises mit 30% verteidigt (Vernehmlassung, Rz. 39 ff.). Vorliegend wehrt sich die Beschwerdeführerin gerade nicht gegen die Preisgewichtung von 30% als solche, was sie ohnehin durch gesonderte Anfechtung der Ausschreibung hätte tun können und müssen (vgl. Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4 "Umnutzung Bundesarchiv"; vgl. E. 6.3 hiervor). Vielmehr stört sie sich daran, dass die Vergabestelle den reinen Preis de facto und in Widerspruch zur bekannt gegebenen Gewichtung desselben als ausschlaggebend gewichtet habe. Dabei bezieht sie sich in mehreren Punkten auf die Ausschreibungsunterlagen. Erstens trifft dies zu in Bezug auf die seitens der Vergabestelle zur Anwendung gebrachte Preiskurve. Dasselbe gilt zumindest implizit auch in Bezug auf das Verhältnis von Grundauftrag und Optionen im Rahmen der Preisbewertung. Zweitens rügt die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vergabestelle zu ZK 3 bzw. zur Frage, was in Bezug auf die Auftragsanalyse erfüllt sein müsse, um wie viele Punkte zu erhalten, als unklar, wenn nicht gar widersprüchlich. Ausserdem weist die Beschwerdeführerin - ebenfalls in Bezug auf die Bewertung der Offerten anhand des ZK 3 - auf die mit Blick auf das Transparenzgebot nach ihrer Auffassung problematische Unbestimmtheit der Begriffe "Herausforderungen und Massnahmen" hin.

E. 6.4.3

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die Beschwerdeführerin teilweise die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen rügt. Die Vergabestelle geht in ihrem Vorbringen mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Recht davon aus, dass die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen offensichtlich verspätet (und damit ebenso offensichtlich verwirkt) seien. Dieser Ansicht kann prima facie nicht gefolgt werden. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis ändert nämlich der Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestanden haben, nichts daran, dass die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags beanstandet werden können (BVGE 2014/14 E. 4 "Suchsystem Bund"; vgl. E. 6.3 hiervor). Zwar ist es aus prozessökonomischen Gründen zulässig, gleichzeitig mit der Ausschreibung publizierte Ausschreibungsunterlagen mit dieser anzufechten, aber es gereicht der Beschwerdeführerin - allenfalls unter Vorbehalt hier nicht vorgebrachter Argumente betreffend den Grundsatz von Treu und Glauben - nicht zum Nachteil, wenn sie die Ausschreibungsunterlagen erst mit dem Zuschlag rügt. Damit sind die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerin nicht offensichtlich verspätet. Indessen sind die Rechtssuchenden darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber de lege ferenda mit Art. 53 Abs. 2 des (noch nicht in Kraft getretenen) Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BBl 2019 4505, insb. S. 4532) die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich auch für Bundesvergaben massgeblich erklärt.

E. 7.1

Wie bereits ausgeführt beanstandet die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht im Wesentlichen einerseits die Bewertung der Offerten anhand des Zuschlagskriteriums 1 "Preis". Andererseits geht sie davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin anhand der qualitativen Zuschlagskriterien, insbesondere in Bezug auf das Zuschlagskriterium 3 "Auftragsanalyse", schlechter hätte bewertet werden müssen. Wie in Erwägung 6 hiervor ausgeführt werden in diesem Zusammenhang auch in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Vorgaben und Bewertungsmethoden in Frage gestellt. Zum besseren Verständnis ist hierzu Ziff. 2.3 der Ausschreibung wiederzugeben, wonach die Zuschlagskriterien für Los Nr. 2 wie folgt beschrieben und gewichtet werden: "ZK1 Preis: Gewichtung 30% ZK2 Referenzen: Gewichtung 20% ZK3 Auftragsanalyse: Gewichtung 40% ZK4 Benutzerfreundlichkeit: Gewichtung 10% Erläuterungen: Die detaillierten Zuschlagskriterien sind in den Anhängen 1 und 7 der Ausschreibungsunterlagen ersichtlich." Im Folgenden ist auf die gegen ZK 1 ("Preis") gerichteten Rügen einzugehen. Die Beschwerdeführerin rügt einerseits, dass die Vergabestelle (zu Unrecht) den reinen Preis de facto als ausschlaggebend gewichtet habe. Andererseits stört sich die Beschwerdeführerin unter anderem an den Optionen (Bestandteil von ZK 1), welche weitgehend auf einer Schätzung beruhen würden und in den Ausschreibungsunterlagen zu unbestimmt seien (Beschwerde, Rz. 135). Viele der Anforderungen bzw. der in der Zukunft zu erbringenden Leistungen seien in noch nicht konkretisierten Optionen zu finden (Beschwerde, Rz. 109). So habe die Vergabestelle in der Fragerunde wiederholt auf Option 5 als "Auffanggefäss" verwiesen und selber auch konzediert, dass dazu dann zu gegebener Zeit Einzelverträge abgeschlossen werden müssten. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte berücksichtigt werden müssen, dass dies ein Kostenüberschreitungsrisiko beinhalte (Beschwerde, Rz. 135 letzter Spiegelstrich). Auch mit ihrer Antwort zur Frage 165 zur Option 5 habe die Vergabestelle die gestellte Frage nicht beantwortet. Es dürfe bei der Bewertung nicht nur der für die Regiearbeiten offerierte Stundenansatz bewertet werden;

vielmehr müsse auch ihre Erfahrung für die Kostenschätzung in Bezug auf die Optionen massgeblich sein (Beschwerde, Rz. 115 ff.). Ausserdem beruhe die auftraggeberseitig für die verschiedenen Optionen vorgegebene Stundenzahl auf problematischen Schätzungen. Schliesslich dürfe der von der Bedarfsstelle geschätzte mutmassliche Umfang späterer Regieleistungen nur untergeordnet gewichtet werden (Beschwerde, Rz. 108 ff.).

E. 7.2

Die Vergabestelle hält den Vorbringen der Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht im Wesentlichen entgegen, dass die Ausschreibung (und damit gemeint auch die Ausschreibungsunterlagen) nicht so ausgestaltet sei, dass nur auf den Preis abgestellt werde (Vernehmlassung, Rz. 37). Sie habe insbesondere betreffend den Leistungsbeschrieb, bei der Definition des Leistungsgegenstandes, bei der Setzung von Kriterien sowie bei deren Evaluation einen im Rahmen der Gleichbehandlung erheblichen Ermessensspielraum. Gerade bei komplexen Leistungsgegenständen müssten die Kriterien funktionaler gehalten sein. Eine Ermessensüberschreitung würden die Rügen nicht darlegen (Vernehmlassung, Rz. 48 mit Verweis auf Rz. 44).

E. 7.3

Replicando hält die Beschwerdeführerin daran fest, dass die Belastbarkeit der Angebotspreise der Zuschlagsempfängerin für die Optionen in Frage zu stellen sei. Das Bundesgericht spreche in BGE 143 II 553 E. 7.5.2 "Plausibilität eines Angebots" von einem notorischen Risiko späterer Auseinandersetzung über Nachträge und Zusatzaufträge (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 35). Nachfolgend ist daher prima facie zu prüfen, ob die Optionen in rechtskonformer Weise definiert und bewertet wurden.

E. 7.4.1

Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 BöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik und technischer Wert. Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert; diese sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSV A"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I" und Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 BöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen).

E. 7.4.2

Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA" E. 2.3; Zwischenentscheid des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (Urteil des BVGer B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1 f. "Bewirtschaftung Anschlussgeleise", mit Hinweis auf den Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, in: VPB 65.94, E. 3d i.V.m. E. 5a/ee; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 410). Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung ist gegeben, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehenes Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (BVGE 2007/17 E. 2.2; Urteil des BVGer B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-AusbauHärkingen-Wiggertal"; Oliver Zibung/Elias Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 49 N. 32 f. mit Hinweisen; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage, Basel 2013, N. 2.185 f. mit Hinweisen).

E. 7.4.3

Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 VöB im Voraus bekannt zu geben. Dazu gehört auch die Bekanntgabe von Subkriterien, soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"; Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.3.1 "Produkte zur Aussenreinigung II"). Ausserdem dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (BVGE 2018 IV/2 E. 6.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 7.5.1

Vorliegend hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen nebst dem Grundauftrag auch sechs Optionen ausgeschrieben. Die Optionen werden unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" bewertet. Die sechs Optionen für Los Nr. 2 sind im Pflichtenheft unter Ziff. 3.3.2 auf den Seiten 14 bis 19 beschrieben. Darin aufgeführt sind die Optionen 1 "Integration Energieverbrauchsanalyse", 2 "Integration von kantonalen Zielvereinbarungen", 3 "Integration Bescheinigungen und Zertifikate", 4 "Emmissionshandelssystem (EHS) und Monitoringkonzept", 5 "Weiterentwicklungen" und

6 "Wartung und Support".

E. 7.5.2

Die Vergabestelle publizierte auf Seite 9 des Anforderungskatalogs zu Los Nr. 2 in den Ausschreibungsunterlagen eine Bewertungsmatrix, wobei der Preis mit maximal 300 von insgesamt 1000 Punkten bewertet wird. Dabei wird für die Taxonomie des Preises (ZK 1) auf Ziff. 6.3 (recte: Ziff. 6.2) des Pflichtenhefts verwiesen. Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts ist folgendes zu entnehmen: "Bewertet wird pro Angebot der massgebliche Gesamtpreis für die Punktevergabe. Dieser wird wie folgt berechnet: Massgeblicher Gesamtpreis für Bewertung = Kosten des ausgeschriebenen Beschaffungsvolumens (Grundauftrag + Option) Im Vergleich aller Anbieter erhält das jeweils tiefste Angebot die maximale Punktzahl. Die Punktevergabe erfolgt gemäss der folgenden Formel: $\text{Punktemaximum} \times (\text{Preis des günstigsten Angebotes} : \text{Preis des Angebotes})^3$ (...)" Die Anbieter hatten gemäss Preisblatt (Anhang 8) entweder Fixpreise oder Stundenansätze für bestimmte Bestandteile des Grundangebots und bestimmte Bestandteile der Optionen zu offerieren. Für die Option 5 waren einzig Stundenansätze für Regieleistungen anzubieten. Der einschlägige Auszug aus dem Preisblatt hat in Bezug auf die Option 5 folgenden Inhalt: Pos. Los 2: IT-Lösung Option 5: Weiterentwicklungen Einheit CHF pro Einheit Geschätzte Zahl Total in CHF 2.5.1 Qualitätssicherung durch Nutzung künstlicher Intelligenz CHF / Stunde 500 2.5.2 grafische Online (Echtzeit) Auswertung CHF / Stunde 500 2.5.3 Inhaltsextraktion aus Word- und PDF-Dokumenten CHF / Stunde 300 2.5.4 Einbezug von Daten aus Energiebuchhaltungssoftwares CHF / Stunde 500 2.5.5 Allgemeine Weiterentwicklungen CHF / Stunde Software-Entwickler 2000 CHF / Stunde Tester 300 CHF / Stunde Business Analyst 1000 2.5.6 Schulungen bei durch Bedarfsstelle gewünschten Änderungen mittlerer Stundenansatz CHF / Stunde 100 Dabei wurden in Bezug auf die Optionen unterschiedliche Kategorien gebildet. Die Optionen 1 und 2 können nach dem Konzept der Vergabestelle zeitgleich mit den Grundleistungen bezogen werden. Der Bezug der Option 3 bedinge demgegenüber die Umsetzung des E-CO2-Gesetzes. Schliesslich seien die Optionen 4-6 erst in der Betriebsphase zwischen Januar 2021 und Dezember 2032 relevant (vgl. hierzu auch das Pflichtenheft, Seite 20, Ziff. 3.3.3).

E. 7.6.1

Die Beschwerdeführerin beruft sich in Bezug auf die von ihr vertretene Auffassung, wonach die ausgeschriebenen Regieleistungen nur unterordnet gewichtet werden dürfen, namentlich auf Ausführungen von Claudia Schneider Heusi. Diese Autorin geht davon aus, dass die Vergabestelle innerhalb des eigentlichen Angebotspreises zwischen verschiedenen Kostenelementen unterscheiden kann. Sie habe hier vorzugeben, welche Leistungen nach welcher Vergütungsart (Aufwand, pauschal/global etc.) zu offerieren sind, ob und welche Zuschläge auszuweisen sind usw. Sie habe mit anderen Worten in ihren Ausschreibungsunterlagen die für die Offertstellung und spätere Vertragserfüllung massgebenden Preisbildungsregeln zu nennen. Welche Regeln die Vergabestelle dabei vorgebe, liege in ihrer Kompetenz, solange sie dabei nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstosse. Möglich sei dabei, dass die Vergabestelle das Kriterium Angebotspreis in einzelne Unterkriterien unterteile, entsprechend den Komponenten der offerierten Entschädigung für die Hauptleistung sowie für Zusatzleistungen (Stundenaufwand, Regieansätze). Allerdings habe sie hier dem Verhältnis dieser Leistungen Rechnung zu tragen. Wolle die Auftraggeberin zum Beispiel bei Werkleistungen nebst der Hauptvergütung zusätzlich Regieansätze bewerten, so habe sie

dieses Preiselement als separates Unterkriterium zu benennen. Sie habe bei der Gewichtung den späteren mutmasslichen Umfang möglicher Regieleistungen zu berücksichtigen und dürfe dieses Unterkriterium vergleichsweise nur untergeordnet gewichten. Je unbestimmter die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Option darstelle bzw. je mehr sie die Auslösung der Optionen offenlasse, umso weniger sei ein Optionspreis in die Bewertung miteinzubeziehen (Claudia Schneider Heusi, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 335 f.).

E. 7.6.2

Gemäss Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts besteht der massgebliche Gesamtpreis für die Bewertung unter Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" aus dem Grundauftrag mit den Optionen. In der Evaluation hat die Vergabestelle gemäss dem Evaluationsbericht (Ziff. 6.4.5) alle Optionen für die Bewertung von Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" miteinbezogen. Auffallend ist vorliegend bei der Evaluation, dass insbesondere die Zuschlagsempfängerin einen deutlich höheren Betrag für die Optionen als für das Grundangebot offeriert hat (vgl. Ziff. 4.4 Zuschlagspublikation). Die Zuschlagsempfängerin hat nämlich für den Grundauftrag Fr. 478'400.- und für die Optionen Fr. 1'087'000.- offeriert. Durch die Hinzurechnung des Optionspreises hat die Vergabestelle faktisch den Optionen unter dem Zuschlagskriterium ZK 1 eine grössere Gewichtung eingeräumt als dem Grundauftrag. Kommt hinzu, dass insbesondere die Option 5 überwiegend aus Regieansätzen zu je mehreren Tausend Stunden besteht, während der Grundauftrag auch aus Fixpreisen besteht (vgl. Preisblatt in Anhang 8). Ausserdem werden zwar die Optionen 1 und 2 möglicherweise bei Bedarf zeitgleich mit den Grundleistungen bezogen (vgl. E. 7.5.2 hiervor). Das gilt aber nicht für die Optionen 4-6. Diese können zwischen Januar 2021 und Dezember 2032 relevant werden. Ausserdem hat die Vergabestelle im Rahmen der Fragerunde die Frage 165 (betreffend die Option 5), mit welcher um Erläuterungen in Bezug auf die gewünschten Anwendungen mit konkreten Beispielen gebeten worden war, dahingehend beantwortet, dass die Angabe eines Stundensatzes ausreichend sei. Der genaue Umfang der Leistungen werde zu gegebener Zeit in Einzelverträgen bestimmt.

E. 7.6.3

Das Urteil VB.2016.00513 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. März 2017 betrifft das Projekt "Fahrradverleih" der Stadt Zürich. Das Verwaltungsgericht hat erkannt, dass die Angaben zum "Restwert der Veloflotte" nach dem Konzept der Vergabestelle nicht bewertungsrelevant seien, was angesichts des unbestimmten Gehalts dieser Option nicht zu beanstanden sei (a.a.O., E. 7.2.2). Bei der Evaluation bzw. der Beantwortung der Frage, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, steht der Vergabebehörde zwar ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (vgl. E. 7.4.2 hiervor). Indessen ist der von Schneider Heusi namentlich aus der wiedergegebenen Erwägung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich gezogene Schluss, dass je unbestimmter die Option ist und je mehr ihre Auslösung offen gelassen wird, desto naheliegender der Schluss ist, dass die Optionen nur "umso weniger" in die Bewertung einzubeziehen sind, keineswegs offensichtlich abwegig (vgl. zu ähnlichen Überlegungen in Bezug auf Optionen im Rahmen einer freihändigen Vergabe den Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.8 "Support Software ORMA"). Die seitens der Beschwerdeführerin angerufene Rechtsauffassung hat im vorliegenden Fall eine gewisse Brisanz, weil die Zuschlagsempfängerin etwas mehr als das Doppelte des Preises für den Grundauftrag für die Optionen offeriert hat, wobei

insbesondere die Option 5 nicht sehr klar bestimmt ist und durchaus unklar ist, ob und welche der Optionen 4-6 bis zum Dezember 2032 ausgelöst werden. Demnach ist prima facie nicht von der Hand zu weisen, dass sich die (aufgrund der Bewertungsmethode) hohe tatsächliche Gewichtung der Optionen im Vergleich zum Grundauftrag als problematisch erweisen könnte. Vor allem hat die Vergabestelle auch keine Subkriterien für den Preis des Grundauftrags einerseits und den für die Optionen anfallenden finanziellen Aufwand andererseits gebildet, was ihr erlaubt hätte, das gewünschte Gewicht der Optionen im Verhältnis zum Grundauftrag zu bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Grundleistung mehrheitlich zum Fixpreis offeriert wird, wogegen namentlich die Option 5 ausschliesslich nach Regieansätzen zu offerieren war. Damit erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach im Rahmen der Bewertung der Offerten anhand des Zuschlagskriterium ZK 1 "Preis" den Optionen im Vergleich zum Grundauftrag eine zu grosse Bedeutung zukommt, nicht als offensichtlich unbegründet. Demnach kann offen bleiben, ob die Preisbewertungsmethode sowie die Unbestimmtheit namentlich der Optionen 5 und 6 nicht auch mit Blick auf das Transparenzgebot problematisch erscheinen. Folgerichtig wird über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden sein (vgl. E. 2.3 hiervor).

E. 7.6.4

Aufgrund des soeben Gesagten erübrigt es sich im vorliegenden Zusammenhang, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Nur am Rande sei deshalb erwähnt, dass in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien auch danach gefragt werden könnte, ob sich das für die Bewertung derselben angewandte Bewertungssystem (sog. Taxonomie Typ B), bestehend aus lediglich drei Noten A (100 Prozent der erreichbaren Punkte), B (50 Prozent der erreichbaren Punkte) und C (0 Prozent der erreichbaren Punkte; vgl. zum Ganzen Ziff. 6.2 des Pflichtenhefts) als rechtmässig erweist. Besonders bei hoher Gewichtung soll die Qualität nach der Rechtsprechung hinreichend differenziert beurteilt werden können (vgl. zum Ganzen BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I", Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.5 "Produkte zur Aussenreinigung II" sowie Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettattunnel").

E. 8.1

Erweist sich eine Beschwerde prima facie als nicht offensichtlich unbegründet, so ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle - und der Zuschlagsempfängerin - an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde (vgl. E. 2.3 hiervor).

E. 8.2

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, sowohl die Dringlichkeit im Allgemeinen als auch gegebenenfalls allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheid des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel"). Dies tut die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht. Damit macht sie keine im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden öffentlichen

Interessen geltend, womit die Interessenabwägung mit Blick auf die Interessen der Beschwerdeführerin sowie das öffentliche Interesse am effektiven Rechtsschutz (vgl. E. 2.3 hiervor) zugunsten der Beschwerdeführerin ausfällt.

E. 8.3

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist.

E. 9

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle. Nachdem sie indessen mit dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung durchdringt, entsteht ihr kein Nachteil, wenn die Akteneinsicht, soweit den Begehren der Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist, ins Hauptverfahren verschoben wird. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist vorliegend entsprechend vorzugehen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 8 "Lüftung Kaserne Thun I"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371 mit weiteren Hinweisen). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion (insbesondere in Bezug auf den Evaluationsbericht) nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

E. 10

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.