

# **BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-06-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1606\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1606_2020)

FR: TAF B-1606/2020 du 11 juin 2020

IT: TAF B-1606/2020 del 11 giugno 2020

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **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**

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Art. 32 ff. VöB (im 3. Kapitel: "Übrige Beschaffungen") regeln Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das BöB ist demnach 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. 2.2**

Die Vergabestelle ist der ETH-Rat, dessen Emblem auch auf dem Pflichtenheft angebracht ist. Unbestritten ist, dass nach dem Pflichtenheft (Ziffer 2.2) alle Kommunikationsstellen des ETH-Bereichs das Mediamonitoring-Portal nutzen. Nach Art. 2 Bst. c BöB unterstehen dem Beschaffungsrecht des Bundes als Auftraggeberinnen namentlich die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten. Durch diese Bestimmung wird der Anhang 1 Annex 1 zum GPA umgesetzt, nach welchem die «Écoles polytechniques fédérales et établissements annexes» unterstellt sind (vgl. zum Ganzen Hubert Stöckli, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 41 ff., insb. S. 48). Die Unterstellung ist insofern erwähnenswert, als die ETH Zürich und die ETH Lausanne autonome öffentlichrechtliche Anstalten mit Rechtspersönlichkeit sind (BVGE 2008/61 E. 3.4; Urteil B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 2.2 "Gebäudeautomation ETH"). Obwohl der ETH-Rat nicht ausdrücklich genannt wird, ist Art. 2 Bst. c BöB so zu verstehen, dass dem BöB der ganze ETH-Bereich untersteht, dessen strategisches Führungsorgan der ETH-Rat ist (Art. 4 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1994 [ETH-Gesetz; SR 141.110]). Dies muss im Übrigen ohnehin gelten für Leistungen, die - wie vorliegend - mehrheitlich von den ausdrücklich BöB-unterstellten Anstalten genutzt werden. Die Vergabestelle bestreitet denn auch nicht, dass sie als Auftraggeberin in den Anwendungsbereich des BöB fällt.

### **E. 2.3**

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 VöB 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 unter den Common Procurement Vocabulary-Referenznummern (CPV-Nummer) 22200000: Zeitungen, Fachzeitschriften, Periodika und Zeitschriften, 92400000: Dienstleistungen des Nachrichten- und Pressedienstes, 92510000: Dienstleistungen von Bibliotheken und Archiven, aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entsprechen prima facie einer der Gruppe 864 ("Market research and public opinion polling services") 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.). Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, dass die nachgefragte Dienstleistung dem BöB nicht untersteht.

#### **E. 2.4**

Das geschätzte Auftragsvolumen - wie mit Fr. 559'000.- auch die bezuschlagte Offerte - 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). Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Ausschreibung prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der Streitsache zuständig.

#### **E. 3.1**

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. 3.2**

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 m. H. "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. 3.3**

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 (BBl 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; 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 GPA - 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. 4.1**

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nach dem zuvor Gesagten (vgl. E. 3.3 hiervor) nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 4.2 "Produkte zur Innenreinigung III", B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 5 "Stahlwasserbauten Ritomsee"). Es ist nachfolgend auf die von der Vergabestelle aufgeworfenen Eintretensfragen einzugehen.

### **E. 4.2**

Die Vergabestelle bestreitet vorab ihre "Passivlegitimation". Die Beschwerdeführerin habe gegen die "Eidgenössische Technische Hochschule Zürich, vertreten durch ETH-Rat" Beschwerde erhoben. Die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH Zürich) sei eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, die ihre Angelegenheiten selbständig regelt und verwaltet. Sie führe ihre Beschaffungen selbständig durch und werde dabei nicht vom ETH-Rat vertreten. Demgegenüber sei der ETH-Rat das strategische Führungsorgan des ETH-Bereichs, der neben seinem eigenen Stab, der Beschwerdekommision und den beiden ETH noch vier Forschungsanstalten umfasse. Auch der ETH-Rat führe seine Beschaffungen selbständig durch. Im vorliegenden Fall sei einzig der ETH-Rat als Vergabestelle tätig, was in der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen und im Zuschlag stets korrekt angegeben worden sei. Da die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gegen die falsche Vergabestelle Beschwerde erhoben habe, sei auf die Beschwerde nicht einzutreten (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 10 ff.).

#### **E. 4.2.1**

Die Beschwerdeführerin hat zu diesem Antrag keine Stellung genommen.

#### **E. 4.2.2**

Im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren stellt sich die Frage nach der Passivlegitimation nicht gleichermassen wie etwa in einem zivilrechtlichen Klageverfahren. Wie in Bezug auf die Zuständigkeit hat das Gericht auch die Frage, welche Vorinstanz ins Recht zu fassen ist, unabhängig von den Parteienanträgen von Amtes wegen zu prüfen. Dabei gilt ähnlich wie in Bezug auf Eingaben an die unzuständige Behörde der Grundsatz, wonach ein Rechtssuchender nicht ohne triftige Gründe um die Behandlung eines Begehrens durch die zuständige Behörde gebracht werden soll (vgl. dazu BVGE 140 III 636 E. 3.5 sowie Urs Cavelti, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 21 zu Art. 21 VwVG). Anfechtungsobjekt der Beschwerde ist ein vorinstanzlicher Entscheid, welcher ein Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Beteiligten regelt. Diese Beteiligten sind damit notwendigerweise Parteien eines allfälligen Beschwerdeverfahrens, während Dritte, am vorinstanzlichen Verfahren nicht Beteiligte, vorbehaltlich einer allfälligen Beiladung am Beschwerdeverfahren so oder anders nicht beteiligt sein können. Bei der Vergabestelle handelt es sich denn auch unbestrittenermassen um den ETH-Rat (vgl. E. 2.2 hiervor sowie die Replik zur aufschiebenden Wirkung, S. 1). Eine allenfalls falsche Bezeichnung der Vergabestelle schadet somit prima facie nicht, da die Parteienrollen geklärt sind (vgl. zum Ganzen das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 786/05 vom 12. September 2006 E. 2.2). Das hat im vorliegenden Fall jedenfalls zu gelten angesichts des Umstands, dass die Anbieter gemäss Pflichtenheft gehalten waren, sich für Fragen ausschliesslich an die Abteilung Finanzdienstleistungen, Einkaufskoordination, der ETH Zürich zu wenden. Die ETHZ wird denn in Ziffer 9.1.1 f. des Pflichtenhefts auch als «Organisator» und Zustelladresse für die Angebote genannt. Damit kann jedenfalls prima facie nicht gesagt werden kann, dass auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach mangels fehlender "Passivlegitimation" nicht eingetreten werden kann.

#### **E. 4.3**

Weiter ist auf die Legitimation der Beschwerdeführerin einzugehen.

#### **E. 4.3.1**

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; Urteile des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen" und B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

#### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin ist prima facie formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil ihr, nachdem sie als Anbieterin Rang 2 erreicht hatte, der Zuschlag nicht erteilt wurde.

#### **E. 4.3.3**

Die Beschwerdeführerin rügt namentlich eine Verletzung des Transparenzgebots, indem ihr die Vergabestelle trotz expliziter Nachfrage keine vollständige Medienbeobachtungsliste herausgegeben habe bzw. der bisherige Anbieter die spezifischen Bedürfnisse der Vergabestelle kenne und einen Wettbewerbsvorteil aus diesem Umstand gezogen habe. Eine faire Ausschreibung sei erst gegeben, wenn die Vergabestelle darlegen würde, welche Medien sie überwacht haben wolle. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren neu durchzuführen. Würde dieser Argumentation gefolgt, so hätte die Beschwerdeführerin nebst der Aufhebung des Zuschlags auch eine Chance auf Anpassung der Ausschreibungsunterlagen, was ihr allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots und damit eine reelle Chance auf den Zuschlag im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eröffnen würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.5 "Monte Ceneri" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur", je mit Hinweisen). Ausschreibungsunterlagen sind kein selbständiges Anfechtungsobjekt, womit deren Mängel im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags gerügt werden können (Zwischenverfügung des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.1 f. mit Hinweisen "Medienmonitoring ETH I"). Somit hat die Beschwerdeführerin wohl ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und ist damit prima facie zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 4.3.4**

Die Vergabestelle beanstandet, dass die Beschwerdeführerin im Hauptbegehren nebst der Aufhebung des Zuschlags die Neudurchführung des Vergabeverfahrens durch die Vergabestelle verlangt. Der Antrag, wonach die Vergabestelle anzuweisen sei, das Vergabeverfahren gestützt auf die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Kriterien erneut durchzuführen, wobei den Anbietenden die Gelegenheit zu geben sei, neue Angebote einzureichen, laufe auf eine unzulässige nachträgliche Verbesserung der Angebote hinaus. Dies sei, soweit keine eigentlichen Verhandlungen durchgeführt werden, nach dem geltenden Beschaffungsrecht nicht vorgesehen. Damit sei sowohl auf diesen Antrag als auch auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 24 ff.). Replicando entgegnet die Beschwerdeführerin, dass die erneute

Durchführung dahingehend zu verstehen sei, dass das Gericht eine erneute vergaberechtskonforme Ausschreibung auf einem ähnlichen oder gleichbleibenden Kriterienkatalog anordne (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 2 ff.).

#### **E. 4.3.5**

Die Vergabestelle weist zwar zu Recht darauf hin, dass im Rahmen der Offerteingabe der Abänderung der Offerte Grenzen gesetzt sind. Indessen lässt sie die Tatsache ausser Acht, dass sich aufgrund der - was die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall ja gerade erstreiten will - Abänderung bzw. Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen die Notwendigkeit ergeben kann, auf dieser Basis neue Offerten einzuverlangen (vgl. zu den Folgen der Rückweisung im Rahmen der Gutheissung einer Beschwerde etwa Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1396). Folgerichtig hat das Bundesverwaltungsgericht auch entschieden, dass die Vergabestelle im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nach Ergehen eines zugunsten der Beschwerdeführerseite ausgefallenen Zwischenentscheids nicht nur den Zuschlag in Wiedererwägung ziehen, sondern auch durch das Gericht kritisierte Ausschreibungsunterlagen anpassen und gestützt darauf neue Offerten einholen kann (Zwischenverfügung des BVGer B-2957/2017 vom 23. Juni 2017 E. 5.2.3 "Lüftung Kaserne Thun II"). Damit kann auch mit Blick auf die im vorliegenden Fall formulierten Anträge nicht gesagt werden, dass diese - wovon die Vergabestelle ausgeht - aller Wahrscheinlichkeit nach unzulässig sind und dies zudem dazu führt, dass die Beschwerde insgesamt durch einen Nichteintretensentscheid zu erledigen wäre.

#### **E. 4.4**

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

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Anlässlich des am 9. März 2020 durchgeführten Debriefings im Nachgang des Zuschlags habe die Beschwerdeführerin lediglich eine summarische Begründung über ihr Abschneiden in einzelnen Eignungskriterien erhalten. An diesem Debriefing seien von den drei möglichen Bereichen der Gesamtmatrix bestimmte ausgewählte Punkteverteilungen bei Qualitäts- und Preiskriterien besprochen worden. Zu diesen besprochenen Zuschlagskriterien würden die Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und ZK 1.3.2 "Produkteportfolio" gehören, bei welchen der Beschwerdeführerin keine Punkte zugeteilt worden seien. Gleichzeitig sei ihr mitgeteilt worden, dass sie beim Beurteilungspunkt "Präsentation" die Maximalpunktzahl erreicht habe. Die Beschwerdeführerin werde damit grundsätzlich in die Lage versetzt, bei diesen einzelnen Zuschlagskriterien nachzuvollziehen, dass und wie viele Punkte sie im Vergleich zu ihrer Konkurrentin verloren habe; nicht jedoch, wie die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid begründet habe. Die Vergabestelle verletze mit der Nichtherausgabe einer schriftlichen detaillierten Zuschlagsbegründung die Begründungspflicht im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BöB und verweigere damit in schwerer Weise das rechtliche Gehör. Daran ändere auch das Schreiben vom 16. März 2020 nichts, in welchem die Vergabestelle wiederum keine detaillierte Begründung des Zuschlags anführe (Beschwerde, Rz. 15 ff.)

#### **E. 5.2**

Die Vergabestelle bestreitet die Vorwürfe der Beschwerdeführerin (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 21).

### **E. 5.3**

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; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 3.3 "Betankungsanlagen"; 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. 5.4**

Vorliegend enthält die am 28. Februar 2020 publizierte Zuschlagsverfügung (SIMAP Meldungsnummer: 1122237) keine Begründung des Zuschlagsentscheids. Dasselbe gilt für das Absageschreiben vom 3. März 2020, mit welchem der Beschwerdeführerin ein mündliches Debriefing angeboten worden ist. Damit liegt keine summarische Begründung vor, wie sie Art. 23 Abs. 1 BöB verlangt. Indessen hat am 9. März 2020 das in Aussicht gestellte Debriefing stattgefunden. Mit Schreiben vom 16. März 2020 wurden der Beschwerdeführerin ausserdem schriftlich weitere Informationen bekannt gegeben. Daraus geht namentlich hervor, dass die wesentlichen Unterschiede zwischen den Offerten bei den Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und ZK 1.3.2 "Produktportfolio" festgestellt worden seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe insgesamt 189 Medientitel/Stationen weniger als dasjenige des berücksichtigten Angebots umfasst. Bei diesen beiden Kriterien habe die festgelegte Taxonomie dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin hierfür keine Punkte erzielt habe. Inwiefern diese Erläuterungen der Vergabestelle der Begründungspflicht gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB entsprochen haben, kann derzeit offen gelassen werden, denn jedenfalls kann eine allenfalls teilweise fehlende Erläuterung der Nichtberücksichtigung bzw. eine sich dadurch ergebende Verletzung der Begründungspflicht allein mit Blick auf das Beschleunigungsgebot in der Regel nicht zu einer Rückweisung führen. Damit fällt auch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dieser Begründung ausser Betracht (Zwischenentscheide des BVGer B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 5.3, 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 Gelegenheit zur Replik gegeben worden ist, womit es ihr jedenfalls möglich war, die angefochtene Verfügung in voller Kenntnis ihrer Tragweite anzugreifen.

## **E. 6**

Materiell rügt die Beschwerdeführerin insbesondere, dass in den Ausschreibungsunterlagen ein bestehendes "Mediensample" (Liste der nationalen Medien) welches den vollständigen Bedürfnissen der Vergabestelle entspreche, nicht enthalten gewesen sei, weshalb ein elementarer Bestandteil der Ausschreibung gefehlt habe (Beschwerde, Rz. 34 ff.).

### **E. 6.1**

Die Vergabestelle beanstandet vorab, die Rüge der Beschwerdeführerin zum allenfalls fehlenden "Mediensample" würde sich auf die Ausgestaltung der Ausschreibung beziehen, weshalb diese in einer rechtzeitigen Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte geltend gemacht werden müssen. Da sie sie dieses "Mediensample" als "elementaren Bestandteil der Ausschreibung" bezeichnet habe, habe für diese auf Anhieb klar sein müssen, dass das Mediensample auch in der vorliegenden Ausschreibung nicht bekannt gegeben werde. Mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag sei sie damit nicht zu hören. Diese Rüge sei somit verspätet (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 29 f.).

### **E. 6.2**

Replicando widerspricht die Beschwerdeführerin den Ausführungen der Vergabestelle, wonach die Rüge des fehlenden "Mediensample" verspätet sei. Dies gelte nur dann, wenn man einer Anbieterin vorwerfen könne, dass sie aufgrund der Umstände die Unregelmässigkeit im Beschaffungsverfahren mindestens hätte erkennen können (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 16 ff.).

### **E. 6.3**

Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheide des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.1 "Medienmonitoring ETH I" und 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").

### **E. 6.4**

Mit Zwischenverfügung des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.2 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sowohl das verlangte "Mediensample" zu den nationalen Medien als auch der fragliche Nachtrag vom 17. Dezember 2019, welcher eine Liste von Social-Media-Kanälen und der internationalen Medien enthalte, prima facie nur als Teil eines Pflichtenhefts und damit als Teil der Ausschreibungsunterlagen verstanden werden könnten. Somit beanstandete die Beschwerdeführerin insoweit nicht nur die Ausschreibung, sondern vor allem die Ausschreibungsunterlagen. Die Ausschreibungsunterlagen würden nach der Rechtsprechung aber auch durch die Mitbeurteilung der Mängel derselben im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung oder des Zuschlags nicht zum selbständigen Anfechtungsobjekt (vgl. zum Ganzen BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 12. Juni 2012 E. 4.3 "Abfallentsorgung"). Es kann vorliegend somit auf die zuvor

erwähnte Begründung im Zwischenentscheid des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.2 verwiesen werden. 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 zur Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auch für Bundesvergaben massgeblich erklärt (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 6.4.3 "IT-Dienste Emissionszielvereinbarungen").

### **E. 6.5**

Die Vergabestelle bringt ausserdem vor, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliege bzw. sie geht von einer Fragepflicht des Anbieters aus, da die Bewertung und Gewichtung der ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und 1.3.2 "Produktportfolio" (wie auch aller anderen Kriterien) in den Ausschreibungsunterlagen detailliert und unmissverständlich beschrieben seien, womit die entsprechenden Rügen verwirkt seien (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 61). Diesbezüglich kann ihr prima facie jedenfalls nicht dahingehend gefolgt werden, dass die entsprechenden Rügen aller Wahrscheinlichkeit nicht zu hören sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass eine Rüge, die gegenüber der Vergabestelle noch nicht erhoben worden ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht ohne Weiteres und unabhängig von ihrer Art als verspätet erklärt werden kann (BVGE 2014/14 E. 4.4 in fine). Unbestritten ist jedenfalls, dass die Beschwerdeführerin "zur Transparenz die aktuell beobachteten Mediensamples je ETH-Institut zur Verfügung" gestellt haben wollte (Frage 4 gemäss Fragenzusammenstellung vom 17. Dezember 2019). In Anhang A4 wird zu ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" ausgeführt, die Punktevergabe zu diesem Kriterium werde so vorgenommen, dass der Anbieter, dessen eingereichte Medienbeobachtungslisten quantitativ die grösste Anzahl der Medien beinhalten, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind, 100 Punkte erhalte (vgl. dazu E. 7.4.7 hiernach). Die Beschwerdeführerin stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, sie habe erst bei der mündlichen Begründung des Zuschlags durch die Vergabestelle sowie aufgrund des darauffolgenden Schreibens der Vergabestelle vom 16. März 2020 erkennen können, dass die Relevanz der angebotenen Quellen nicht bewertet worden sei (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 15). Damit stellt sich die Frage, was unter Relevanzprüfung zu verstehen ist. Jedenfalls ergibt sich aus der von der Vergabestelle gewählten Beschreibung, was erfüllt sein muss, um das Punktemaximum zu erhalten, nicht ohne Weiteres, dass nur die Anzahl der offerierten Medientitel bewertet wird (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 5.4.2.1 f.). Damit erweist sich auch diese Rüge als nicht aller Wahrscheinlichkeit nach verspätet. Zusammenfassend kann prima facie nicht gesagt werden, dass die Rüge gegen die Bewertung der Offerten anhand des Zuschlagskriteriums 1.2.2 verspätet und damit nicht zu hören ist. Wie es sich diesbezüglich mit den gegen die Bewertung anhand des ZK 1.3.2 "Produktportfolio" erhobenen Rügen verhält, kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin rügt namentlich eine Verletzung des Transparenzgebots, indem ihr die Auftraggeberin trotz expliziter Nachfrage keine vollständige Medienbeobachtungsliste ("Mediensample") herausgegeben habe. Der Umstand, dass weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen eine derartige Liste enthalten, wirke sich im Sinne eines Wettbewerbsvorteils für die Zuschlagsempfängerin aus, welche auch die bisherige Anbieterin sei und deshalb die Bedürfnisse der Auftraggeberin genau kenne (Beschwerde, Rz. 45). Die Vergabestelle habe dabei fünf verschiedene Quellentypen differenziert, nämlich Nr. 1. "Sample Print, RTV (Radio and Television)", Nr. 2. "Sample Onlinemedien", Nr. 3. "Liste für den ETH-Bereich relevanten Branchen-, Verbands- und Organisationsmedien", Nr. 4. "Liste mit ausländischen Leitmedien" und Nr. 5. "Liste mit ausgewählten, unabhängigen wissenschaftlichen und populärwissenschaftlichen Medien" (vgl. dazu ausführlich E. 7.4.3 hiernach). In der Ausschreibung der Vergabestelle seien die Listen der zu beobachtenden Quellen bzw. "Mediensamples" sowohl als ein Teil der notwendig zu erfüllenden Spezifikationen (TS 21, TS 22 und TS 23) als auch als Teil der Qualitätsanforderungen in Form von Zuschlagskriterien vorgesehen (ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio", ZK 1.2.3 "Social-Media-Beobachtungsportfolio" und ZK 1.2.4 "Beobachtungsportfolio internationale Medien"). Die technische Spezifikation TS 21 verlange, dass (anbieterseitig) eine auf die Bedürfnisse des ETH-Rats und die sechs Institutionen des ETH-Bereichs angepasste Medienbeobachtungsliste zur Verfügung gestellt werde. Die technische Spezifikation TS 22 verlange, dass die im Anhang A7 aufgeführten Social-Media-Kanäle abgedeckt seien. TS 23 beziehe sich auf die im Anhang 7 aufgeführten internationalen Medien (vgl. zum Ganzen ausführlich E. 7.4.2 hiernach). Im Weiteren seien als Teil des Angebotes drei verschiedene Medienportfolios für die Zuschlagskriterien ZK 1.2.2, ZK 1.2.3 und ZK 1.2.4 abzugeben (vgl. dazu ausführlich E. 7.4.7 hiernach). Auftraggeberseitig erstellte Listen für die Quellentypen Nr. 1, Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 würden aber fehlen. Bei allen drei Medienportfolios hänge die Punktvergabe davon ab, ob die Quelle die Bedürfnisse der Auftraggeberin abdecken würden. Werde der Kreis zu gross gezogen, so werde die Anzahl der Artikel hoch und die Dienstleistung entsprechend teurer. Werde dagegen der Kreis zu eng gezogen, so sei das Ergebnis unvollständig und könne den Anforderungen der Vergabestelle nicht gerecht werden. Für die Erstellung der Medienportfolios sei demnach das Wissen über die für den Auftraggeber relevanten Medien ein entscheidender Vorteil. Eine faire Ausschreibung sei erst gegeben, wenn die Vergabestelle darlegen würde, welche Medien sie überwacht haben wolle (Beschwerde, Rz. 35 ff.).

## **E. 7.2**

Die Vergabestelle entgegnet den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass der Fokus des ausgeschriebenen Auftrags zur Medienbeobachtung auf den lektorierten schweizerischen nationalen und regionalen Print-, Online- und RTV-Medien (Radio und Television), auf ausgewählten internationalen Tages- und Fachmedien (Print und Online) sowie auf den wichtigsten Social-Media-Kanälen liege. Das Pflichtenheft enthalte eine Tabelle mit den Angaben zu den gewünschten Arten von Mediensamples und deren Ausrichtung. Dem Pflichtenheft sei in Anhang A7 eine Liste von Social-Media-Kanälen und der internationalen Medien angefügt worden. Diese seien als Mindestvorgabe abzudecken gewesen. Ausserdem liste Anhang A9 zum Pflichtenheft die Details zum Suchmuster des ETH-Bereichs und zu den aktuellen Suchkriterien von ETH-Rat und Institutionen des ETH-Bereichs auf. Ein Mediensample der Schweizer Print-, RTV- und Online-Medien sei in den Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle erwähnt und sei auch bewusst nicht in die

Ausschreibungsunterlagen aufgenommen worden. Die Beobachtung verschiedener Medien bilde den Hauptgegenstand und Zweck des Auftrags. Die Vergabestelle suche einen darauf spezialisierten Anbieter, wobei sie von spezialisierten Anbietern der nachgesuchten Dienstleistung erwarte, dass sie alle Medien der grossen Verlage standardmässig beobachten würden. Die Anbieter würden sich darin unterscheiden, welche Medien sie beobachten, wie sie recherchieren und wie sie die Treffer bereitstellen würden. Die Vergabestelle, die selbst über keine besonderen Kenntnisse über die verfügbaren zusätzlichen Medien wie die speziellen Magazine habe, erwarte, dass eine spezialisierte Medienbeobachtungsagentur wie die Beschwerdeführerin vielfältige Zugänge habe. Für die Vergabestelle sei es kaum möglich, eine geeignete Medienbeobachtungsliste zusammenzustellen, da ihr die nötigen Marktkenntnisse fehlen würden. Deshalb habe es die Vergabestelle bewusst den Anbietern als Spezialisten überlassen, ihr das beste Preis-Leistungsverhältnis anzubieten. Die Medienbeobachtungsliste sei somit elementarer Bestandteil der Angebote und nicht elementarer Bestandteil der Ausschreibung. Dieses Vorgehen würde den grösstmöglichen Wettbewerb ermöglichen, da sich die Anbieter im Preis und in der Qualität differenzieren könnten. Die derzeitige Anbieterin habe auch keinen Vorteil mit dem jetzigen Sample, da dieses immer rasch veraltet sei, weil die Medienlandschaft in der Schweiz sich zurzeit in einem stetigen Wandel befinde (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 31 ff.).

#### **E. 7.3.1**

Die Vergabestelle umschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technische Spezifikationen, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 1 und 3 VöB; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Die Ausschreibungsunterlagen müssen alle Informationen enthalten, welche die Anbieter benötigen, um korrekte Angebote einreichen zu können. Sie müssen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein. Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbeschrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung. Die technischen Spezifikationen (vgl. Art. VI GPA) definieren die Anforderungen an ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung (Hans Rudolf Trüeb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 12 BöB N. 1 f., Art. 18 BöB N. 13 f.). Produktanforderungen sind - soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt - absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteile des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2 "Datennetzwerkkomponenten" und B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 mit Hinweisen "HP-Monitore"; Trüeb, a.a.O., Art. 12 BöB N. 2).

#### **E. 7.3.2**

Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten

Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/ Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

### **E. 7.3.3**

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 LSVA"). 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. 7.3.4**

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. 7.4.1**

Prima facie ist - wohl entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - davon auszugehen, dass die vorliegend nachgefragte Medienbeobachtung rechtskonform in einer Weise ausgeschrieben werden darf, die funktionale Elemente enthält. Je komplexer der

Auftragsgegenstand, desto eher stellt sich die Frage, ob die Ausschreibung funktional ausgestaltet werden könnte (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 420). Eine solche ist sinnvoll, wenn auf Anbieterseite Kreativität und Innovation gefragt ist (Urteil des BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2.3.1 mit Hinweisen "trattamento acque Monte Ceneri"; Marco Fetz, Die funktionale Ausschreibung, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, S. 101 ff., insb. Rz. 17). Es ist indessen der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass das blosses Fehlen des verwaltungsinternen Know-hows für die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands oder das Vermeiden von Aufwand kein Grund für die Durchführung einer funktionalen Ausschreibung sein soll (vgl. zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 420, sowie Fetz, a.a.O., Rz. 18). Strittig und nachfolgend zu prüfen ist jedenfalls, ob die Vergabestelle die gestellten Anforderungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicher Weise bekannt gegeben hat. Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung sind gewisse Mindestangaben unverzichtbar (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 428; Fetz, a.a.O., Rz. 19).

#### **E. 7.4.2**

Die technischen Spezifikationen gemäss Anhang A3 des Pflichtenhefts verlangen insbesondere folgende Bestätigungen (TS 21, TS 22 und TS 23): TS 21 Das angebotene Mediamonitoring muss eine auf die Bedürfnisse des ETH-Rats und die sechs Institutionen des ETH-Bereichs angepasste Medienbeobachtungsliste abdecken respektive deren Beiträge zur Verfügung stellen können. Schriftliche Bestätigung TS 22 Das angebotene Mediamonitoring muss mindestens die im Anhang A7 aufgeführten Social-Media-Kanäle abdecken. Schriftliche Bestätigung TS 23 Das angebotene Mediamonitoring muss mindestens die im Anhang A7 aufgeführten internationalen Medien abdecken. Schriftliche Bestätigung

#### **E. 7.4.3**

Die Hauptzielsetzungen des Mediamonitoring und Mediamonitoring-Portals sind unter Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts aufgeführt. Darunter ist auch das "Mediensample" angeführt: Nr. Medium Ausrichtung 1 Sample Print, RTV Schweiz Fokus auf nationale Leitmedien und den für ETH-Rat / Institutionen des ETH-Bereichs und ihre Standorte relevanten regionalen und lokalen Medien (Tages-, Wochen- und Monatsmedien). 2 Sample Onlinemedien Fokus auf journalistische Eigenleistungen im Internet, Meldungen von führenden Nachrichtenagenturen (keine Mehrfach-Berücksichtigung derselben Agenturmeldung) und ausgewählte Blogs in Deutsch, Französisch, Englisch, Italienisch und Spanisch. Keine Beobachtung von allgemeinen Foren oder Chat-Rooms. Vorschlag für gezielte Beobachtung von wissenschaftsjournalistisch relevanten Webzeitungen oder Newsportalen mit journalistischen Eigenleistungen erwünscht. 3 Liste der für den ETH-Bereich relevanten Branchen-, Verbands- und Organisationsmedien Fokus auf die Beobachtung von Medien aus dem Kreis der wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Stakeholdern des ETH-Bereichs, z.B. Medien der politischen Parteien, Wirtschafts- und Branchenverbände, Nichtregierungs-Organisationen, Hochschulen etc. 4 Liste mit ausländischen Leitmedien Fokus auf internationale Leitmedien und die wichtigsten Nachrichtenagenturen von führenden und für den ETH-Bereich relevanten Wissenschaftsstandorten; RTV und Onlinebeobachtung bei relevanten, journalistischen Eigenleistungen. Beschränkung auf Medien in deutscher, französischer, englischer, italienischer und spanischer Sprache. 5 Liste mit ausgewählten, unabhängigen, wissenschaftlichen und populärwissenschaftlichen

Fachmedien Fokus auf wissenschaftliche Fachzeitschriften mit breiterer Publikumswirkung (z.B. Spektrum der Wissenschaften, Zeit Wissen o.ä.) und redaktionell unabhängigen Fachzeitschriften aus wissenschaftsnahen Industrie-Branchen und Berufsfeldern.

#### **E. 7.4.4**

Anhang A 7 des Pflichtenhefts listet folgende Nachrichtenagenturen auf:

Nachrichtenagenturen (Int.) Lieferzeit bis spätestens Land 06.45 Titel Keystone sda CH X  
Keystone ATS (F) CH X Keystone ATS (IT) CH X Deutsche Presse-Agentur DPA D X  
Agence France-Presse AFP F X Agenzia Nazionale Stampa Associata ANSA IT X Reuters  
UK X

#### **E. 7.4.5**

Anhang A 7 des Pflichtenhefts listet folgende internationale Medien sowie

Social-Media-Kanäle auf: Internationale Presse Social Media Lieferzeit Land Lieferzeit real  
time Titel Titel Der Standard AT Twitter Der Spiegel DE Facebook Die Welt DE YouTube  
Die Zeit DE Instagram Frankfurter Allgemeine Zeitung DE Google+ Handelsblatt DE  
LinkedIn Süddeutsche Zeitung DE Tumblr El Pais ES Blogs Le Figaro FR Pinterest Le  
Monde FR Wordstream Les Échos FR Financial Times Europe GB The Economist GB  
Corriere della Serra IT Il Sole 24 Ore IT La Stampa IT Liechtensteiner Volksblatt LI New  
York Times International Edition USA The Wall Street Journal Europe / U.S. Edition USA

#### **E. 7.4.6**

Bereits in Ziffer 2.3 des Pflichtenhefts wird darauf hingewiesen, dass die Details zum  
Suchmuster des ETH-Bereichs im Anhang A9 aufgelistet sind. In Anhang A8 des  
Pflichtenhefts werden bestimmte Suchkriterien und -muster des ETH-Bereichs vorgegeben.  
Anhang A9 listet schliesslich die Filterkriterien für das Media-Monitoring bzw. das  
entsprechende Portal auf.

#### **E. 7.4.7**

Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Medienbeobachtung  
unter anderem die folgenden über die technischen Spezifikationen hinausgehenden  
Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 und ZK 1.2.3 und ZK 1.2.4 festgelegt: Nr. Beschreibung  
Dokumentationsanforderungen Angewendete Taxonomie Punkte ZK 1.2.2

Medienbeobachtungsportfolio Das angebotene Mediamonitoring deckt die spezifischen  
Bedürfnisse des ETH-Rats und die der sechs Institutionen des ETH-Bereichs umfassend  
und breit gefächert ab. Der Anbieter liefert eine oder mehrere an die spezifischen  
Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs individuell  
zusammengestellte und umfassende Medienbeobachtungsliste(n) gemäss dem im  
Pflichtenheft genannten Mediensample (Kapitel 2.3) sinnvoll unterteilt nach Medien/Titeln.  
Die Punktevergabe zu diesem Kriterium wird wie folgt vorgenommen: 1) Der Anbieter,  
dessen eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ die grösste Anzahl der  
Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnisse[n]  
des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive  
relevant sind, erhält 100% der Punkte. 2) Der Anbieter, dessen eingereichte(n)  
Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ die kleinste Anzahl der Medien beinhaltet, die in  
der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnisse[n] des ETH-Rats sowie der  
sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind, erhält 0% der  
Punkte. 3) Die Anbieter, deren eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ eine  
Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen

Bedürfnissen des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind und quantitativ in der Anzahl zwischen der quantitativ grössten Medienbeobachtungsliste gemäss Punkt 1) und besten und der quantitativ kleinsten Medienbeobachtungsliste gemäss Punkt 2 erhalten gemäss linearer Interpolation zwischen 100% und 0% eine[n] Anteil der Punkte. 1'000 ZK1.2.3

Social-Media-Beobachtungsportfolio Das angebotene Mediamonitoring kann bezogen auf TS22 in Anhang A3 zusätzliche Social-Media-Kanäle in der Ausprägung Blogs, Wikis, Social Networks, Foren & Usergroups, Location Based Services und Content Sharing Plattformen abdecken. Der Anbieter dokumentiert, welche zusätzlichen Social-Media-Kanäle im Portfolio stehen und dokumentiert zu jedem Kanal dessen inhaltliche Relevanz zu den Bedürfnissen des Auftraggebers. (...) 250 ZK1.2.4

Beobachtungsportfolio internationale Medien Das angebotene Mediamonitoring kann bezogen auf TS23 in Anhang A3 zusätzliche internationale Medien abdecken. Der Anbieter dokumentiert, welche zusätzlichen internationalen Medien im Portfolio stehen und dokumentiert zu jedem Medium dessen inhaltliche Relevanz zu den Bedürfnissen des Auftraggebers. (...) 250

## **E. 7.5**

Es ist im Folgenden auf die einzelnen Anforderungen zu den Medienbeobachtungslisten (technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien) einzugehen.

### **E. 7.5.1**

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.7 "Datennetzwerkkomponenten").

### **E. 7.5.2**

Wie oben erwähnt (vgl. E. 7.4.2 hiervoor) verlangt die technische Spezifikation TS 21, dass das angebotene Mediamonitoring mit einer auf die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats und die sechs Institutionen des ETH-Bereichs angepassten Medienbeobachtungsliste abdeckt respektive deren Beiträge zur Verfügung stellen können muss. Weiter verweisen die technischen Spezifikationen TS 22 ("Social-Media-Kanäle") und TS 23 ("international Medien") auf den Anhang A7 des Pflichtenhefts (vgl. E. 7.4.4 hiervoor). Anhang A7 des Pflichtenhefts erwähnt gewisse Mindestvorgaben zu bestimmten Nachrichtenagenturen (7 Agenturen), zur internationalen Presse (19 Titel) und zu Social Media (10 Titel; vgl. E. 7.4.5 hiervoor).

### **E. 7.5.3**

Das Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" verlangt "eine oder mehrere an die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs individuell zusammengestellte und umfassende Medienbeobachtungsliste(n) gemäss dem im Pflichtenheft genannten Mediensample (Kapitel 2.3) sinnvoll unterteilt nach Medien/Titeln" (vgl. E. 7.4.3 hiervoor). Die Hauptzielsetzungen in Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts unterstreichen dies etwa für den Sample Print und die RTV-Medien (Nr. 1) mit einem deutlichen Fokus auf "den für ETH-Rat / Institutionen des ETH-Bereichs und

ihre Standorte relevanten regionalen und lokalen Medien". Auch die Liste der für den ETH-Bereich relevanten Branchen-, Verbands-, und Organisationsmedien betont die "Stakeholder des ETH-Bereichs" (Nr. 3) und die Liste mit ausländischen Leitmedien (Nr. 4) wiederholt, dass der Fokus auf die "für den ETH-Bereich relevanten Wissenschaftsstandorte" gelegt werden solle. Zudem werden die Anbieter unter dem Zuschlagskriterium ZK 1.2.3 "Social-Media-Beobachtungsportfolio" aufgefordert, zu jedem Kanal dessen inhaltliche Relevanz zu den Bedürfnissen des Auftraggebers zu dokumentieren, wobei die Begriffe "Bedürfnissen des Auftraggebers" unterstrichen sind (vgl. E. 7.4.5 und E. 7.4.7 hiervor). Weiter ist gemäss Zuschlagskriterium ZK 1.2.4 "Beobachtungsportfolio internationale Medien" zu jedem Medium, dessen inhaltliche Relevanz "zu den Bedürfnissen des Auftraggebers" zu dokumentieren, wobei auch hier die Worte "Bedürfnissen des Auftraggebers" unterstrichen sind. Die soeben erwähnten Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der ETH-Institutionen sind nicht in den Ausschreibungsunterlagen aufgeschlüsselt, obschon diese sowohl in den Hauptzielsetzungen (Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 4) sowie in der technischen Spezifikation TS 21 und in den Zuschlagskriterien ZK 1.2.2, ZK 1.2.3 und ZK 1.2.4 betont werden. Dabei ist vor Augen zu halten, dass die Anzahl der vorgegebenen Medien nur ein Bruchteil der durch die beiden Anbieter offerierten Medienbeobachtungslisten darstellt. Somit hatten die Anbieter eine bzw. mehrere umfangreiche Medienbeobachtungsliste(n) von knapp 2'500 Titeln zusammenzustellen. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin umfasste für Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 eine Medienbeobachtungsliste mit 1'173 Printmedien (aus der Schweiz, 47 RTV-Medien und 1'279 Onlinemedien, mithin insgesamt 2'499 Medientitel, die von der Vergabestelle als relevant angesehen wurden (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 5.4.2.1). Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin ein Angebot mit 421 Printmedien (aus der Schweiz), 333 RTV-Medien, 1'556 Onlinemedien eingereicht, insgesamt 2'310 Medientitel, die von der Vergabestelle als relevant betrachtet wurden (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 5.4.2.2). Allein schon die Menge der Medientitel und die unterschiedlichen Bedürfnisse der im ETH-Bereich zu bedienenden Medienstellen sprechen prima facie eher dafür, diese Bedürfnisse - nicht unbedingt im Sinne einer Titelliste, wohl aber im Sinne der Umschreibung der spezifischen Interessen der verschiedenen Medienstellen - in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten. Zudem ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass die bisherige Anbieterin die Bedürfnisse der Vergabestelle wohl bereits besser kennt, was mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts prima facie ebenfalls für die Formulierung gewisser Mindestangaben spricht. Dies ungeachtet der Argumentation der Vergabestelle, wonach sich die Medienlandschaft in der Schweiz schnell wandeln würde (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 34). Die Vergabestelle bemängelte teils im Schreiben vom 16. März 2020 (Vergabeakte 8.3) und in der Vernehmlassung denn auch, dass das Angebot der Beschwerdeführerin zu viele RTV-Medien enthalte, die sie für weniger relevant als die Printmedien halte, welche aber dennoch gezählt worden seien (Vernehmlassung, Rz. 51). Aus den Ausschreibungsunterlagen gehen allerdings keine Anhaltspunkte hervor, welche ungefähre Anzahl an RTV-Medien die Vergabestelle für angemessen hält. Zwar verteidigt sich die Vergabestelle mit dem lapidaren Hinweis darauf, dass es die Aufgabe der Anbieter sei, eine geeignete aktuelle Medienbeobachtungsliste zusammenzustellen. Die Ausschreibungsunterlagen geben jedoch nur spärliche Informationen zu bestimmten Nachrichtenagenturen, internationalen Medien und Social-Media-Kanälen vor (vgl. Anhang A7 des Pflichtenhefts), welche der Kategorie Nr. 2 von Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts

entsprechen (sog. Hauptzielsetzungen). Dieser Anhang entspricht lediglich den Vorgaben in den technischen Spezifikationen TS 22 und TS 23.

#### **E. 7.5.4**

Nach dem Gesagten ist prima facie eher davon auszugehen, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, soweit sie vorbringt, dass die Ausschreibungsunterlagen keine ausreichenden Informationen enthalten, um gestützt darauf unter Berücksichtigung der technischen Spezifikationen und der einschlägigen Zuschlagskriterien eine qualitativ ansprechende Offerte einzureichen, nicht offensichtlich unbegründet erscheint. Daraus ist indessen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres der Schluss zu ziehen, dass die Vergabestelle gezwungen ist, auch zu den übrigen Quellenkategorien Nr. 1, Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 vollständige Mediensamples vorzugeben (vgl. Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts) bzw. die Beschwerdeführerin mit dem bisher offerierten Mediensample der Zuschlagsempfängerin zu bedienen. Indessen ist jedenfalls nicht auszuschliessen, dass die Anhänge A8 und A9 zum Pflichtenheft (vgl. dazu E. 7.4.6 hiervor) die Anbieter nicht hinreichend detailliert über die Bedürfnisse der involvierten Stellen des ETH-Bereichs informieren. Wie es sich in Bezug auf die Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen für sich allein betrachtet verhält kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben.

#### **E. 7.6.1**

Aus der in Erwägung 7.4.7 hiervor dargestellten Tabelle ergibt sich, dass in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 jedenfalls bei zwei Anbietern faktisch eine zweistufige Taxonomie angewendet wird. Diese Taxonomie ergibt sich aus Ziff. 6.4.1 des Pflichtenhefts sowie aus dem Katalog der Qualitätsanforderungen (Anhang 4). Vorliegend hat die Zuschlagsempfängerin unter dem Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 100% der Punkte (1'000 von insgesamt 5'000 Punkten bei optimaler Erfüllung der qualitativen Zuschlagskriterien) und die Beschwerdeführerin 0% der Punkte erhalten. Die Zuschlagsempfängerin hat dabei insgesamt 2'499 relevante Medientitel angegeben und die Beschwerdeführerin 189 weniger, wobei die Parteien sich uneinig sind, ob Relevanz bedeutet, dass und inwieweit hier über den rein quantitativen Vergleich hinaus die Einschlägigkeit der Medientitel hätte bewertet werden müssen. Nach der Logik der angewandten Taxonomie wäre die Beschwerdeführerin auch dann mit 0% der Punkte und die Zuschlagsempfängerin mit 100% der Punkte zu bewerten, wenn diese nur einen einzigen (relevanten) Titel weniger als die durch die Zuschlagsempfängerin offerierten 2'499 Medientitel angegeben hätte. Darin ist möglicherweise ein Indiz zu sehen, dass die angewandte Bewertungsmethode zu einer allenfalls nicht sachgerechten übersteigerten Differenzierung zwischen den Angeboten in Bezug auf die Bewertung der Qualität führt. Nach der Rechtsprechung soll die Qualität namentlich bei hoher Gewichtung - vorliegend steht die mit 50 Prozent gewichtete Qualität dem mit 30 Prozent gewichteten Preis und der mit 20 Prozent gewichteten Lösungspräsentation gegenüber - hinreichend differenziert beurteilt werden können (vgl. zum Ganzen BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I"; Zwischenentscheide des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.5 "Produkte zur Aussenreinigung II" und BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/116 vom 24. November 2016 E. 5.2).

#### **E. 7.6.2**

Ob die soeben beschriebene Taxonomie für sich allein bereits dazu führt, dass die Beschwerde als nicht offensichtlich unbegründet zu beurteilen ist, kann offen bleiben angesichts des Umstands, dass jedenfalls die Kombination der festgestellten rudimentären auftraggeberseitigen Angaben zu den abzudeckenden Bedürfnissen (vgl. E. 7.5 hiervor) mit der zu beurteilenden Bewertungsmethode dazu führt, dass die vorliegende Beschwerde prima facie als nicht offensichtlich unbegründet zu beurteilen ist.

## **E. 8**

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. 3.3 hiervor).

### **E. 8.1**

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Vielmehr hat die Auftraggeberin den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (Urteil des BGer 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4.1 "Kurierdienst BAG I").

### **E. 8.2**

Produkte oder Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, sind für die Vergabestelle oft unverzichtbar. Diesfalls drängt es sich auf, nicht in Bezug auf die ganze in Frage stehende Lieferung eine Interessenabwägung vorzunehmen, sondern mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot zu entscheiden, ob nicht vorsorglich eine den Gesamtumfang der Beschaffung nicht in ungebührlicher Weise präjudizierende Teilmenge zur Beschaffung freigegeben werden kann (Zwischenverfügungen des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2018 E. 6.8.1 "Tunnelorientierungsbeleuchtung", B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 10.3 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.5 ff. "HP-Monitore"; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342).

### **E. 8.3**

Die Vergabestelle hält im vorliegenden Fall dafür, dass selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde wider Erwarten prima facie nicht als aussichtslos beurteilen würde, die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen sei. Es bestehe ein erhebliches, überwiegendes öffentliches Interesse an der verzugslosen Erteilung des Auftrags anhand der neuen Medienlisten. Die Wissenschaft und damit auch die ETH seien in der gegenwärtigen Corona-Krise verstärkt im Fokus von Politik und Öffentlichkeit und damit auch der Medien. Es sei für die Vergabestelle wichtig, weiterhin über die Berichterstattung umfassend und tagesaktuell informiert zu sein. Der Vertrag der

Vergabestelle mit der bisherigen Dienstleisterin laufe per 30. Juni 2020 aus. Aus diesem Grund beantragt die Vergabestelle im Eventualbegehren, die Leistungen bis zu einem rechtskräftigen Zuschlag bei der Zuschlagsempfängerin beziehen zu können (Vernehmlassung Rz. 68 f.).

#### **E. 8.4**

Die Beschwerdeführerin weist namentlich darauf hin, dass es der Vergabestelle ohne Weiteres möglich sei, den laufenden Vertrag der aktuellen Dienstleisterin zu verlängern. In diesem Sinne stellt sie replicando den Antrag, es sei der Beschwerdeführerin (gemeint: Vergabestelle) zu gestatten, die Leistungen für die Medienbeobachtung einstweilen bei der bisherigen Anbieterin zu beziehen (Replik zur aufschiebenden Wirkung, S. 3 und Rz. 25 ff.).

#### **E. 8.5**

Unstrittig ist vorliegend, dass der Vertrag mit der bisherigen Anbieterin am 30. Juni 2020 ausläuft und die Vergabestelle ein gewichtiges öffentliches Interesse daran hat, ohne Unterbruch umfassend und tagesaktuell informiert zu sein. Bereits aufgrund der entsprechenden Begehren der Beschwerdeführerin ist ebenfalls unbestritten, dass es der Vergabestelle erlaubt sein soll, die streitgegenständlichen Leistungen einstweilen bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Der replicando gestellte Antrag der Beschwerdeführerin kann jedenfalls im Zusammenhang mit den von ihr gemachten Ausführungen nur so verstanden werden (vgl. Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 29), womit diese Frage ausser Streit gestellt ist. Im Übrigen wäre dem Antrag der Vergabestelle auch sonst stattzugeben, da der Teilbezug von Leistungen während des laufenden Beschwerdeverfahrens die während der mehrjährigen Vertragsdauer zu erbringende Gesamtleistung nur zum Teil und damit in vertretbarer Weise präjudiziert. Somit ist der Vergabestelle die Erlaubnis zu erteilen, für die Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die streitgegenständliche Dienstleistung weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen.

#### **E. 8.6**

Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass der Umstand, dass die Dringlichkeit eines Teilbezugs bejaht wird, nicht dazu führt, dass zugleich die Interessenabwägung für die ganze Vertragsdauer zugunsten der Vergabestelle ausfällt (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.8.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies gilt auch im vorliegenden Fall gerade mit Blick auf den Umstand, dass der Leistungsbezug jedenfalls für die Dauer des Beschwerdeverfahrens sichergestellt ist. Da es um einen Leistungsbezug für mehrere Jahre geht, sind die Interessen der Beschwerdeführerin als gewichtig zu beurteilen. Wird der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen, so kann das Bundesverwaltungsgericht, selbst wenn es die Beschwerde gutheissen sollte, den Zuschlag nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BÖB). Demnach fällt die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen in Bezug auf die gesamte streitgegenständliche Dienstleistung zugunsten der Beschwerdeführerin aus.

#### **E. 8.7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist, wobei aber auch der Eventualantrag der Vergabestelle auf einstweiligen Bezug von Leistungen bei der Zuschlagsempfängerin während des vorliegenden

Beschwerdeverfahrens entsprechend den insoweit gleichlautenden Begehren der Beschwerdeführerin gutzuheissen ist.

#### **E. 9**

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin den Beizug der vollständigen Akten der Vergabestelle sowie eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde nach Eingang der vollständigen Akten. Somit stellt sie sinngemäss ein Gesuch um Akteneinsicht. 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. Zwischenentscheide des BVGer B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 9 und 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 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 über die Hauptsache zu befinden sein.

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