

BVGer B-4288/2014 vom 25. September 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-09-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4288_2014

FR: TAF B-4288/2014 du 25 septembre 2014

IT: TAF B-4288/2014 del 25 settembre 2014

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 1.2

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

E. 1.3

Als nicht berücksichtigte Anbieterin ist die Beschwerdeführerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 1.5 mit Hinweisen). Die Anfechtung der am 10. Juli 2014 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.4

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 2.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf aufschiebende 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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. 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) 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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 Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). 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 Hinweisen).

E. 3.1

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 nicht eingetreten werden kann. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.1 mit Hinweisen). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

E. 3.2

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

E. 3.3

Vorab gilt es, die Konzernstruktur der Schweizerischen Post AG summarisch darzustellen (vgl. <http://www.post.ch/post-startseite/post-konzern/post-konzern-uebersicht/post-konzernorganisation/post-konzernstruktur.htm>, zuletzt besucht am 10. September 2014), um anschliessend die sich ergebenden Fragen zum Anwendungsbereich des BöB zu erörtern. Die Schweizerische Post AG ist gemäss Art. 2 des Postorganisationsgesetzes (POG; SR 783.1) vom 17. Dezember 2010 eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, deren Unternehmenszweck in Art. 3 POG definiert wird. Nach dieser Bestimmung bezweckt das Unternehmen unter anderem die Beförderung von Postsendungen, das Erbringen gewisser Finanzdienstleistungen sowie Dienste im regionalen Personenverkehr. Die Post CH AG wiederum bezweckt die ordnungsgemässe Erfüllung der von der Schweizerischen Post AG übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung mit Postdiensten gemäss Postgesetzgebung (vgl. dazu Art. 13 ff. des Postgesetzes [PG; SR 783.0] vom 17. Dezember 2010). Weiter bezweckt die Gesellschaft die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die Schweizerische Post AG kann die Erfüllung der Verpflichtung zur Grundversorgung mit Postdiensten nur an direkt kontrollierte Postkonzerngesellschaften übertragen; sie muss an der Post CH AG kapital- und stimmenmässig die Mehrheit halten (Art. 2 Abs. 1 und 2 der Postorganisationsverordnung [VPOG; SR 783.11] vom 24. Oktober 2012). Tatsächlich ist die Post CH AG eine von der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nach Art. 2 POG zu hundert Prozent gehaltene Tochtergesellschaft (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3863/2013 vom 2. September 2013 Sachverhalt Bst. A).

E. 3.4

Im Rahmen der Frage nach der Anwendbarkeit des BöB ist vorab zu prüfen, wer im vorliegenden Vergabeverfahren als Vergabestelle zu qualifizieren ist, da die Beschwerdeführerin die Muttergesellschaft ins Recht gefasst hat. Gemäss Ziffer 1.1 der Ausschreibung wird die Schweizerische Post AG als Bedarfsstelle/Vergabestelle genannt,

während die Post CH AG als Beschaffungsstelle/Organisator fungiert (vgl. dazu auch Ziffer 1.1 der Zuschlagspublikation). Das vorliegend zu beurteilende Beschaffungsverfahren wurde von der Post CH AG durchgeführt, womit ihr prima facie die Qualität der Vergabestelle zukommt (vgl. zum Begriff der Vergabestelle Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 18). In diesem Sinne ist das Rubrum von Amtes wegen angepasst worden. Dementsprechend hat auch die Post CH AG die Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin erstattet, ohne auf die Vergabestellenqualität näher einzugehen.

E. 3.4.1

Die Post ("La Poste") ist zwar eine öffentliche Auftraggeberin gemäss Annex 1 Anhang I GPA, untersteht diesem Abkommen aber nicht, soweit sie in Konkurrenz mit Unternehmen steht, auf welche das GPA keine Anwendung findet (Fussnote 2 Annex 1 Anhang I GPA; Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 490). In Bezug auf die Automobildienste kommt der Post die Qualität eines Sektorenunternehmens zu (Hubert Stöckli, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 41 ff., insb. S. 59 ff.; Hans Rudolf Trüeb, BÖB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 9 zu Art. 2 BÖB). Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d BÖB unterstehen die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post dem Gesetz, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen (vgl. Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-014, publiziert in: VPB 66.37, E. 1a). Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern. Soweit die Post CH AG, der die Grundversorgung übertragen ist, dieses Monopol ausübt, erbringt sie "reservierte Dienste", auf welche das Vergaberecht anwendbar ist (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 538). Indessen umfassen die Tätigkeiten der Schweizerischen Post AG insgesamt überwiegend nicht reservierte Dienste, welche auch Dritte anbieten können (Art. 3 POG; vgl. E. 3.3 hiavor sowie Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 539). Insoweit unterstehen sie bzw. ihre Konzerngesellschaften nicht dem BÖB.

E. 3.4.2

Gemäss dem detaillierten Aufgabenbeschrieb (Ziffer 2.5 der Ausschreibung) bezieht die Post CH AG in der Schweiz pro Jahr für ca. 2'500 Objekte rund 166 Mio. kWh elektrische Energie. Davon weisen rund 150 Verbrauchsstätten einen jährlichen Strombedarf von über 100'000 kWh auf. Mit der "Dienstleistung Strombeschaffung" sucht die Post einen Dienstleister, der für mindestens 42 ausgewählte Verbrauchsstätten den Strom ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschafft. Die Jahresbezugsmenge der betreffenden Objekte beträgt aktuell rund 108 Mio. kWh. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, diese Verbrauchsstätten dienen den Postdiensten der Schweizerischen Post AG im Monopolbereich, womit diese für die vorliegende Beschaffung dem BÖB unterstehe (Beschwerde, Rz. 2). Das ist prima facie nicht sicher, da in Ziffer 3 des Pflichtenhefts unter dem Titel "Beschaffungsgegenstand" von Verbrauchsstellen der "Post Schweizerische Post AG" gesprochen wird. Ausserdem wird unter der Ziffer 6.2.3.6 des Pflichtenhefts verlangt, dass gegenüber der Immobilien Post AG, der PostFinance AG und der Post CH AG separat abgerechnet wird. Prima facie kann jedoch ohne Weiteres festgehalten werden, dass zumindest ein Teil der vom Vergabeverfahren betroffenen Tätigkeit der Post CH AG und damit auch der Beförderung von Briefen unter 50 Gramm dient (vgl. Art. 18 Abs. 1 PG; vgl. E. 3.4.1 hiavor). Daher lässt sich jedenfalls mit guten Gründen annehmen, dass damit die

Beschaffung unter das BöB fällt, obwohl wahrscheinlich der grössere Teil des Stroms für Aufgaben verwendet wird, die nicht im Zusammenhang mit den reservierten Diensten stehen. Nach Stöckli ist davon auszugehen, dass auch die nur partielle Widmung einer Beschaffung den gesamten Vorgang "infiziert" (Hubert Stöckli, a.a.O., S. 60 f.; vgl. allgemeiner zur Geschäftsmischung Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1122). Das erscheint prima facie jedenfalls soweit unbestritten, als die Leistung aufteilbar wäre. Tatsächlich ist es im vorliegenden Fall nicht offensichtlich zwingend, den Strom für die mit dem Energiecontracting verbundenen Dienstleistungen, welche gegenüber der PostFinance AG, Immobilien Post AG und Post CH AG separat abgerechnet werden sollen, zum Gegenstand einer einzigen Beschaffung zu machen.

E. 3.5

In Bezug auf den objektiven Anwendungsbereich stellt sich die Frage, ob im Rahmen der "strukturierten Strombeschaffung" nur Dienstleistungen oder im Sinne einer Leistung aus einer Hand auch der Strom selbst Vertragsgegenstand ist. Für Letzteres spricht zwar der Umstand, dass der Strombeschaffungsdienstleister auch "eigenen" Strom anbieten darf (Antwort der Vergabestelle auf die Anbieterfrage 2; Beilage 3 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 15. August 2014). Diesbezüglich ebenfalls erwähnenswert ist, dass die Vergabestelle unter der Ziffer 2.3 des Zuschlags mit dem Titel "Gemeinschaftsvokabular" auch die Elektrizität aufführt mit der CPV-Nummer 09310000. Indessen wird vorliegend als "strukturierte Strombeschaffung" aber wohl nur eine Dienstleistung nachgefragt, mittels welcher Strom für mindestens 42 ausgewählte Verbrauchsstätten ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschafft werden soll (Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Dabei geht es namentlich um fachliche Unterstützung im Rahmen der Marktanalyse und Ausarbeitung der Beschaffungsstrategie (Ziffer 6.2.1.1 des Pflichtenhefts), um Beschaffung des Stroms für marktberechtigte Standorte inkl. Energievertragsmanagement (Ziffern 6.2.1.2 f. des Pflichtenhefts) sowie um Energiemonitoring (Ziffer 6.2.2.1 des Pflichtenhefts). Dafür sprechen im Übrigen auch die offerierten Preise; so lautet etwa die Offertsumme der Zuschlagsempfängerin auf Fr. 450'000. .

E. 3.6.1

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3).

E. 3.6.2

Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung unter anderem den CPV-Nummern 71314000 "Dienstleistungen im Energiebereich", 71314200 "Verwaltungsdienste für Stromversorgung", und 71314300 "Beratung im Bereich Energieeinsparung" zu, die den Referenznummern 86721, 86723bis, 86725 und 86726 gemäss CPCprov entsprechen. Damit wären diese Bestandteile der Beschaffung nach Ansicht der Vergabestelle der Kategorie "Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung" mit der Referenznummer 867 zuzuweisen, welche von Anhang 1 Annex 4 GPA erfasst wird. Das erscheint indessen prima facie nicht selbstverständlich, weil unter der Gruppe 867 zwar Dienstleistungen im Bereich Energie- oder Energiesparplanung von grösseren Projekten erfasst werden, aber

nicht ganz klar ist, ob damit auch Dienstleistungen gemeint sind, welche im Zusammenhang mit der strukturierten Beschaffung von Strom stehen. Aus der "explanatory note" betreffend "Advisory and consultative engineering services" (Referenznummer 86721) und "Other engineering services" (Referenznummer 86729) könnte man auch ableiten, dass es hier um Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erstellung eines Bauwerks in einem weiten Sinne geht. Indessen fallen auch Dienstleistungen gemäss den CPC-Gruppen 865 "Management consulting services" und 865 "Services related to management consulting" in den Anwendungsbereich des GPA. Demnach ist zwar die von der Vergabestelle getroffene CPC-Zuordnung möglicherweise in Frage zu stellen. Gleichwohl kann nicht gesagt werden, dass die vorliegend nachgefragten Dienstleistungen aller Wahrscheinlichkeit nach nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB fallen. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Klassifikation als abschliessend und umfassend zu verstehen ist (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1053) und sich auch keine CPC-Zuordnung der in Frage stehenden Dienstleistungen ausserhalb der Gruppen 865-867 sofort aufdrängt. Nur am Rande sei erwähnt, dass in Bezug auf den objektiven Anwendungsbereich nichts anderes gelten würde, wenn von einer gemischten Beschaffung auszugehen wäre, welche auch den Einkauf des Stroms mitumfasst. Die Post untersteht gemäss Annex 1 Anhang I GPA dem Vergaberecht (vgl. E. 3.4.1 hiervor). Die Note 1 zu Annex 1 Anhang I GPA nimmt den Einkauf von Trinkwasser, Energie, Transport- und Telekommunikationsleistungen vom Anwendungsbereich des GPA aus. Damit kann einerseits gemeint sein, dass der Einkauf von Energie dem GPA nicht untersteht, wenn ein Auftraggeber im Sinne von Annex 1 Anhang I oder Annex 2 Anhang I GPA diese beschaffen will (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 996). Andererseits kann darunter eine Ausnahme für Sektorenunternehmen gemeint sein, welche im Rahmen einer Sektorentätigkeit beschaffen, was eher dafür sprechen würde, dass das BöB auf von der Post CH AG beschaffte Energie anwendbar wäre (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 997 ff.). Demnach führt die Note 1 zu Annex 1 Anhang I GPA unter Berücksichtigung der Ansicht Beyelers nicht ohne Weiteres dazu, dass der Einkauf von Strom vom Geltungsbereich des GPA ausgenommen ist. Dies umso mehr, als in Bezug auf Stromgrosskunden wie die Post entgegen der Ausgangslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GPA nicht mehr gesagt werden kann, dass die Beschaffung von Energie wegen einer Monopolsituation ohnehin nicht unter das Vergaberecht falle (Art. 6 Abs. 6 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung [StromVG; SR 734.7] vom 23. März 2007 e contrario; Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 987).

E. 3.7

Die Zuschlagsempfängerin hat die nachgefragte Leistung zu einem Preis von Fr. 450'000. angeboten. Der für Lieferungen und Dienstleistungen gleichermaßen massgebende Schwellenwert von Fr. 350'000. ist mit dem Zuschlag erreicht (Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 vom 2. Dezember 2013 [AS 2013 4395]).

E. 3.8

Zusammenfassend kann weder in Bezug auf den subjektiven noch auf den objektiven Geltungsbereich des GPA bzw. des BöB gesagt werden, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt formal eine Verletzung der Begründungspflicht und hat den Antrag gestellt, die Vergabestelle sei anzuweisen, ihren Entscheid zu begründen und der Beschwerdeführerin Einblick in sämtliche das Vergabeverfahren betreffende Akten zu gewähren. Zudem beantragt sie, ihr sei nach Zustellung der Begründung und Gewährung der Akteneinsicht Frist für die Ergänzung der Beschwerde anzusetzen. Mit Zwischenverfügung vom 31. Juli 2014 hat das Bundesverwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass mangels aufsichtsrechtlicher Befugnisse die Vergabestelle nicht verpflichtet werden kann, ihren Entscheid zu begründen. Durch die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels vor Ergehen des vorliegenden Zwischenentscheides (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1340 in fine) ist dem Antrag auf Ergänzung der Beschwerde jedenfalls entsprochen worden. Richtig ist zwar, dass sich die summarische Begründung im Rahmen der Zuschlagspublikation (Ziffer 3.3), welche sich im Hinweis "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien" erschöpft, als rechtswidrig erweist (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1243 mit Hinweisen). Wie es sich bezüglich der zusätzlichen Auskünfte gemäss Art. 23 Abs. 2 BÖB verhält, kann indessen offen bleiben, da eine Rückweisung angesichts des qualifizierten Beschleunigungsgebots jedenfalls ausser Betracht fällt und die Verletzung der Begründungspflicht allein in der Regel nicht die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu begründen vermag (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3013/2012 vom 31. August 2012 E. 2.5).

E. 5.1

Die Vergabestelle bringt vor, der Beschwerdeführerin sei aufgrund ihrer Vorkenntnisse klar gewesen, welche Bedeutung und Tragweite dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit zukomme. Sie habe darauf verzichtet, sich zu diesem Thema in der Fragerunde oder in ihrem Schreiben vom 28. Mai 2014 zu äussern, wo es ausdrücklich um die Frage der Unabhängigkeit gegangen sei. Wenn die Beschwerdeführerin nun erkläre, das Zuschlagskriterium sei nicht sachgerecht und es sei nicht klar gewesen, was darunter zu verstehen ist, sei sie damit nicht mehr zu hören. Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass ihre Rüge nicht verspätet sei, da für sie im Zeitpunkt der Publikation der Ausschreibung nicht erkennbar gewesen sei, dass die Vergabestelle eine Neudefinition des Begriffs Unabhängigkeit vorzunehmen gedenkt. Erst mit Schreiben vom 23. Mai 2014 habe die Vergabestelle erstmals die Frage aufgeworfen, ob sie das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit erfülle. Dazu habe sie sich am 28. Mai 2014 einlässlich geäußert.

E. 5.2

Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BÖB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen; Marc STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung

gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweis, siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von BEYELER, in: Baurecht 2014/1, S. 35 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 5.1 mit Hinweis; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 8. April 2014 E. 4.4 und B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3, je mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 3c/cc). Dabei entspricht die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1bis Bst. a IVöB), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 8. April 2014 E. 4.4 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1255). Auch ergibt sich nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge - unabhängig von ihrer Art - offensichtlich verwirkt wäre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

E. 5.3

Gemäss Ziffer 3.1 der Ausschreibung wird die Unabhängigkeit als Vergabekriterium genannt, das mit 20% in die Bewertung einfließt.

E. 5.3.1

Ausschreibungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.4.1 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566).

E. 5.3.2

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

E. 5.4

Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf Treu und Glauben eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen trifft und ob diese gegebenenfalls verletzt worden ist. Nach Ziffer 11.6.4 des Pflichtenhefts wird die Unabhängigkeit wie folgt beschrieben: "Das Zuschlagskriterium 'Unabhängigkeit' betrifft die organisatorische und finanzielle Unabhängigkeit des Anbieters zu Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern. Somit ist es auch für Energieversorgungsunternehmen möglich

ein Angebot einzureichen. Die Post ist jedoch davon überzeugt, dass sich Interessenkonflikte vermeiden lassen, wenn der Leistungserbringer unabhängig von Verpflichtungen gegenüber Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern ist. Der Anbieter gilt als unabhängig, wenn er keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern hat."

E. 5.5

Diese Formulierung bzw. Definition des Unabhängigkeitsbegriffs wäre aus der Sicht einer erstmals mit der Vergabestelle konfrontierten Anbieterin möglicherweise hinreichend klar. Prima facie scheint die Beschwerdeführerin die Anforderungen an das strittige Zuschlagskriterium nicht zu erfüllen; sie verfügt unbestrittenermassen über Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern. Die Beschwerdeführerin führt denn auch selbst aus, dass Städte und Gemeinde bzw. deren Werke Beteiligungen an ihrem Unternehmen halten. Zu prüfen bleibt indessen, ob dasselbe für die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung ihrer bisherigen Erfahrungen mit der Vergabestelle gilt. Zu erläutern ist vorerst, auf welche Vergabe sich diese Erfahrungen beziehen.

E. 5.5.1

Im Rahmen des im Herbst 2012 betreffend Leistungen während des Jahres 2013 lancierten Vergabeverfahrens für das Projekt "EDM & Billing" wurde die Unabhängigkeit als Eignungskriterium 4 aufgeführt. Nach Ziffer 11.1.3 des Verfahrensbeschriebs vom 14. September 2012 (Beschwerdebeilage 12) wurde das Eignungskriterium 4 erfüllt, wenn die Unabhängigkeit zu Energieversorgungsunternehmen nachgewiesen werden konnte. Im Unterschied zum strittigen Vergabeverfahren wurde nicht ausdrücklich verlangt, dass die Anbieter über keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern verfügt. In ihrer Offerte vom 28. September 2012 (Beschwerdebeilage 13) wies die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium 4 denn auch nach, indem sie im Wesentlichen ausführte, dass sie eine unabhängige Aktiengesellschaft sei, die keine Produktionsanlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie besitze und auch keine Netze zum Verteilen von elektrischer Energie betreibe. Ihre Aktionäre seien 17 Städte oder Gemeinde bzw. ihre Stadt- oder Gemeindewerke. Mit undatiertem, jedoch mit E-Mail vom 7. November 2012 versandtem Schreiben teilte die Schweizerische Post der Beschwerdeführerin mit, dass sie ihr den Zuschlag erteilt habe. Damit musste die Beschwerdeführerin zumindest nach ihrem Verständnis das Eignungskriterium 4 erfüllt haben. Auch wenn das Vergabeverfahren "EDM & Billing" abgebrochen worden wäre, wie die Vergabestelle behauptet, ändert dies nichts daran, dass die Unabhängigkeit damals von der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin offenbar gemeinsam anders verstanden worden ist als im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Vergabeverfahrens. Demnach ist prima facie davon auszugehen, dass die Vergabestelle im strittigen Verfahren den Unabhängigkeitsbegriff tatsächlich anders definiert als bisher. Dies wird von der Vergabestelle auch nicht bestritten.

E. 5.5.2

Somit stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Bedeutung und Tragweite der gerügten Mängel ohne Weiteres erkennen konnte, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle im Vergabeverfahren "EDM & Billing" dem Unabhängigkeitsbegriff eine andere Bedeutung beigemessen haben.

E. 5.5.3

Der Begriff der Unabhängigkeit kann unterschiedliche Bedeutungen haben. Einerseits kann man ihn so verstehen, dass Interessenkonflikte vermieden werden sollen, indem für die Strombeschaffung, das Billing und Monitoring unterschiedliche Anbieter beauftragt werden sollen (vgl. Vernehmlassung vom 15. August 2014, S. 12). Andererseits kann sich der Begriff auf die Beteiligungsverhältnisse beziehen, wie dies von der Vergabestelle im Schreiben vom 23. Mai 2014 unter anderem definiert wird. Unabhängigkeit könnte aber auch bedeuten, dass man - auch wenn man als Stromlieferant am Markt auftritt - keinen "eigenen" Strom liefert, um Selbstkontrahieren und vergaberechtliche Vorbefassung zu vermeiden (vgl. E. 5.3.2 hiervor). Vergleicht man die Definition des Unabhängigkeitsbegriffs vom Jahr 2012 mit demjenigen gemäss Pflichtenheft des strittigen Vergabeverfahrens scheint es zumindest nicht von vornherein abwegig, dass die Beschwerdeführerin annahm, die Unabhängigkeit werde wie bisher verstanden und dass sie dieses Zuschlagskriterium erfüllt. Die Beschwerdeführerin ging wohl davon aus, dass die Vergabestelle den Unabhängigkeitsbegriff zwar detaillierter beschrieben hat, sie jedoch immer noch das Ziel verfolgte, Interessenkonflikte im bisherigen Sinne zu vermeiden. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung erscheint die Definition der Unabhängigkeit gemäss Ziffer 11.6.4 des Pflichtenhefts demnach in einem anderen Licht. Angesichts dessen kann der Beschwerdeführerin auch für den Fall, dass eine entsprechende Rügepflicht angenommen wird, prima facie zumindest nicht in offensichtlicher Weise vorgeworfen werden, sie hätte die Formulierung gemäss Ziffer 11.6.4 des Pflichtenhefts umgehend beanstanden müssen. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich möglicherweise etwas zu ihren Gunsten aus ihrem Schreiben vom 28. Mai 2014 ableiten kann, was im Folgenden zu prüfen ist.

E. 5.6.1

Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. Mai 2014 darauf aufmerksam gemacht, dass die Selbstbeurteilung beim Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit von ihrer Beurteilung abweiche. Erstens würden sich im Partnerkreis der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin sowohl Energielieferanten als auch Verteilnetzbetreiber befinden. Zweitens finde sich im Geschäftsbericht der Beschwerdeführerin der Hinweis, dass die Beschwerdeführerin selbst Energielieferant sei und drittens komme hinzu, dass zwischen der Schweizerischen Post und der Beschwerdeführerin im Oktober 2012 ein Energieliefervertrag abgeschlossen worden sei. Die Beschwerdeführerin reagierte am 28. Mai 2014 auf das Schreiben der Vergabestelle. Sie brachte vor, die Vergabestelle wolle mit dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit Interessenkonflikte vermeiden, was dann der Fall wäre, wenn der Leistungserbringer unabhängig von Verpflichtungen gegenüber Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern sei. Diese Voraussetzung erfülle sie vollumfänglich. Sie sei unabhängig von ihren Partnern, die keinen bestimmenden Einfluss auf ihre Geschäftstätigkeit hätten und sie sei als faktisch reine Handels- und Vertriebsorganisation unabhängig von Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern. Sie verfüge weder über ein Netz noch über Produktionsstätten. Aus diesen Gründen sei es auch unmassgeblich, dass die Beschwerdeführerin mit der Schweizerischen Post im Oktober 2012 einen Energieliefervertrag abgeschlossen habe.

E. 5.6.2

Die Beschwerdeführerin machte im Schreiben vom 28. Mai 2014 einerseits geltend, dass sie als unabhängig zu qualifizieren sei. Andererseits kann man ihre Ausführungen auch so verstehen, dass sie das Vorgehen der Vergabestelle dahingehend beanstandet, dass diese mit

ihrer Definition der Unabhängigkeit nicht den ihr beabsichtigten Zweck - die Vermeidung von Interessenkonflikten - erreichen könne und in diesem Sinne das Verständnis des Zuschlagskriteriums Unabhängigkeit nicht sachgerecht sei. Der Sinn des in Frage stehenden Kriteriums sei einzig die Vermeidung von Interessenkonflikten. Dazu sei der Nachweis fehlender Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern weder notwendig noch hinreichend. Auch angesichts der nicht sehr hohen Anbieterzahl in diesem Markt erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach sie die Vergabestelle quasi habe auf den Umstand hinweisen wollen, dass ein zu enges Verständnis des Zuschlagskriteriums Unabhängigkeit auch nicht in ihrem Interesse liege, als nicht von vornherein haltlos. Auch aus dem Briefwechsel zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin kann demnach prima facie nicht der Schluss gezogen werden, dass die Beschwerdeführerin eine allfällige Rügepflicht offensichtlich verletzt hat. Dies gilt umso mehr, als die Vergabestelle auf die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2014 vor Erteilung des Zuschlags nicht mehr reagiert hat.

E. 5.7

Zusammenfassend kann prima facie entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht gesagt werden, dass die Beschwerdeführerin einer allfälligen Rügepflicht offensichtlich nicht nachgekommen ist. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob sich die Rüge betreffend das Zuschlagskriterium Unabhängigkeit als offensichtlich unbegründet erweist. Demgegenüber muss nicht mehr geprüft werden, ob die Beschwerdeführerin in Bezug auf andere Vorbringen eine allfällige Rügeobliegenheit missachtet hat.

E. 6.1

Materiell macht die Beschwerdeführerin geltend, die Begriffsdefinition des Zuschlagskriteriums der Unabhängigkeit sei vergabefremd. Die enge Definition führe dazu, dass die meisten Anbieter ohne sachlichen Grund vom Zuschlag ausgeschlossen werden. Insbesondere sei die Vermutung, dass ein Anbieter mit Kapitalverflechtungen nicht unabhängig sei, unzulässig. Damit verenge sich der Kreis der infrage kommenden Anbieter künstlich und in nicht sachgerechter Weise, ohne dass dies für die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Angebote erforderlich wäre. Vielmehr habe dieses Zuschlagskriterium dazu geführt, dass ausgerechnet das unwirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten habe. Nach Ansicht der Vergabestelle ist der Begriff der Unabhängigkeit nicht vergleichbar mit dem abgebrochenen Beschaffungsprojekt "EDM & Billing", da nun andere Dienstleistungen betroffen seien. Die Anbieterin vertrete gegenüber den Energielieferanten die Interessen der Vergabestelle, handle Verträge aus und prüfe diese. Sie tue dies zwar aufgrund einer gemeinsam festgelegten Strategie, doch liefere die Anbieterin die Grundlagen dafür. Die Anbieter würden dann die volle Punktzahl erreichen, wenn sie über keine organisatorischen oder finanziellen Abhängigkeiten und Kapitalverflechtungen zu Energielieferanten und Verteilnetzbetreiber verfügen. Die Vergabestelle macht somit geltend, das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit sei vorliegend sachgerecht.

E. 6.2

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Spielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2; Zwischenentscheid B-3311/2009 vom 16. Juli

2009 E. 6.2). Das "wirtschaftlich günstigste Angebot", welches gemäss Art. 21 BöB den Zuschlag erhält, ist ein klassisches Beispiel für einen unbestimmten Rechtsbegriff (Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, S. 55). Das bedeutet aber nicht, dass die Vergabestelle diesbezüglich völlig frei ist. Sie ist vielmehr an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 7.3 mit Hinweisen).

E. 6.3

Nach Art. 21 Abs. 1 BöB wird das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Neben den im BöB genannten Zuschlagskriterien kann die Vergabestelle nach Art. 27 Abs. 2 VöB auch folgende Kriterien bei der Bewertung berücksichtigen: Nachhaltigkeit, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, Effizienz der Methodik und die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten. Dabei handelt es sich um eine nicht abschliessende Auflistung möglicher Zuschlagskriterien (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 556). Unzulässig sind Zuschlagskriterien, die protektionistische Ziele verfolgen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 839). Vergabefremde Zuschlagskriterien berücksichtigen Allgemeininteressen und können nicht als qualitative (etwa ökologische) Anforderungen an Produkte beschrieben werden. Die Berücksichtigung derartiger Kriterien ist nur bei ausdrücklicher Verankerung im anwendbaren Beschaffungsrecht zulässig (Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 851; Marc Steiner, Nachhaltige öffentliche Beschaffung - ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 170 f. mit Hinweisen). Vergabefremde Zuschlagskriterien eignen sich nicht, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, da sich damit weder die Qualität noch die Wirtschaftlichkeit des Angebots bewerten lässt. Sie stehen damit in einem Spannungsverhältnis mit den Zielen des Vergaberechts, die den Wettbewerb unter den Anbietern stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern wollen (Art. 1 Abs. 1 lit. b und c. BöB). In Bezug auf vergabefremde Zuschlagskriterien muss daher zur Vermeidung von Missbrauch die sachliche Begründetheit des Kriteriums im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsgeschäft geprüft werden. Gerade bei der Statuierung und Anwendung vergabefremder Zuschlagskriterien sind die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz zu beachten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 917; Christoph Jäger, a.a.O., S. 851). Ausserdem sind ihrer Gewichtung mit Blick auf den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots Grenzen gesetzt (Markus Lanter, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, ZBl 114/2013 S. 601 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

E. 6.4

Das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit - ganz allgemein, aber auch gemäss der Definition der Vergabestelle (Vermeidung von Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern und Verpflichtungen gegenüber diesen) - lässt sich zwar nicht auf die Zielsetzung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB zurückführen, wie die Beschwerdeführerin zutreffend

ausführt. Indessen ist die damit verfolgte Zielsetzung der Vermeidung von Interessenkonflikten dem Vergaberecht keineswegs fremd, wie etwa die Regelung betreffend die Vorbefassung gemäss Art. VI Ziffer 4 GPA bzw. Art. 21a VöB zeigt. Ausserdem dient die Vermeidung von Interessenkonflikten - jedenfalls was die Regeln zur Vorbefassung betrifft - der Gleichbehandlung der Anbietenden im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BöB (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.2.2). Damit kann ein derartiges Kriterium grundsätzlich nicht von vornherein als offensichtlich vergabefremd qualifiziert werden. Dafür spricht prima facie auch die Zielsetzung der Vermeidung von Interessenkonflikten, wie sie in der Präambel des revidierten GPA formuliert ist, welches allerdings für die Schweiz noch nicht in Kraft getreten ist (vgl. http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm, zuletzt besucht am 20. September 2014). Würde eine Anbieterin verschiedene sich entgegenstehende Interessen wahrnehmen, kann dies unter Umständen zu Qualitätseinbussen oder zu Preismanipulationen führen. Es ist nachvollziehbar, dass die Vergabestelle dies verhindern will. Es stellt sich allenfalls die Frage, ob dieses anbieterbezogene Kriterium im Sinne einer "Mehreignung" als Zuschlagskriterium taugt. Jedenfalls ist vor diesem Hintergrund nicht offensichtlich nachvollziehbar, dass die Vergabestelle zwar finanzielle Verflechtungen ausschliessen, aber den Einkauf "eigenen" Stroms durch die Auftragnehmerin ausdrücklich zulassen will. So hat die Vergabestelle im Rahmen der Anbieterfragen die Frage 2, ob ein Dienstleister auch eigene Energie anbieten könne oder ob es in jedem Fall unabhängige Energie sein müsse und ob ein Dienstleister, der eine eigene Bilanzgruppe führe (unter Umständen auch für andere Kunden und die Post) als unabhängig gelte, wie folgt beantwortet: "Der Post ist es wichtig, dass sie den bestmöglichen und tiefsten Marktpreis erhält. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie vom zukünftigen Dienstleister "eigene" oder "fremdbeschaffte" Energie erhält. Jedoch muss der Post aufgezeigt werden können, dass der beschaffte Strom der günstigste ist. Die Unabhängigkeitsfrage bezieht sich nicht auf die Zusammensetzung der Bilanzgruppe. Die Unabhängigkeit ist in Bezug auf die organisatorische oder finanzielle Verflechtung zu selbstproduzierenden Energieversorgungsunternehmen zu verstehen" (vgl. dazu auch E. 5.4 hiavor). Damit kann die Frage, ob die Unabhängigkeit auf die von der Vergabestelle gewählte Weise sachgerecht sichergestellt wird, jedenfalls nicht eindeutig beantwortet werden; dies jedenfalls dann, wenn die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb nicht offensichtlich hinnehmbar sind, was im Folgenden zu erörtern ist.

E. 6.5

Nach dem Gesagten stellt sich im Sinne einer prima facie Würdigung die Frage, ob das gewählte Zuschlagskriterium den Wettbewerb gemessen an der verfolgten Zielsetzung und mit Blick auf den verbleibenden Restwettbewerb nicht zu stark einschränkt. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, die Zuschlagsempfängerin sei wohl die einzige Anbieterin auf dem Markt, der unter diesem Kriterium Punkte zuerkannt worden seien.

E. 6.5.1

Nach Ansicht der Vergabestelle kann die Unabhängigkeit nur sichergestellt werden, wenn der Anbieter weder Verpflichtungen noch Kapitalverflechtungen gegenüber bzw. mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern hat. Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin würde es demgegenüber genügen, wenn kein Energielieferant oder Verteilnetzbetreiber einen bestimmenden Einfluss auf ihre Entscheidungen hat. Da sie eine reine Handels- und Vertriebsorganisation sei, verfüge sie weder über ein Netz noch über

Betriebsstätten (vgl. dazu schon ihr Schreiben an die Vergabestelle vom 28. Mai 2014).

E. 6.5.2

Die Vergabestelle hat vorliegend eine sehr enge Definition des Unabhängigkeitsbegriffs gewählt bzw. die Voraussetzungen für die Erfüllung des Zuschlagskriteriums sind sehr hoch. Ausserdem können unter dem immerhin mit 20 Prozent gewichteten Kriterium (vgl. dazu E. 6.5.3 hiernach) nur entweder die volle Punktzahl oder keine Punkte erreicht werden, d.h. es gibt keine Abstufungen in der Bewertung. Es kann nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden, dass die Vergabestelle damit übermässige Anforderungen stellte, welche nur sehr wenige Anbieter zu erfüllen vermochten. Nach den Angaben der Vergabestelle haben zwei Anbieter das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit vollumfänglich erfüllt. Die Vergabestelle macht keine Angaben zur Frage, wie viele Anbieter auf dem Markt sind, die diese Voraussetzungen ebenfalls erfüllen könnten, aber nicht offeriert haben. Der enge Anbieterkreis war nach Angabe der Vergabestelle auch der Grund, warum das Unabhängigkeitskriterium nicht als Eignungsanforderung definiert worden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind bei der Festsetzung von Submissionsbedingungen und Eignungskriterien die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen, sodass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVG 2008/58 E. 6.3). Das muss prima facie zumindest auch für ein Zuschlagskriterium gelten, welches im Sinne einer "Mehreignung" Anforderungen an die Anbieterinnen definiert. Es ist zwar richtig, dass die Zielkonflikte zwischen verschiedenen Gesetzeszwecken und relevanten öffentlichen Interessen in irgendeiner Form gelöst werden müssen. In casu erweist sich indessen die Beschwerde, mit welcher die Frage aufgeworfen wird, ob der Wettbewerb nicht zu stark beschränkt worden ist, jedenfalls nicht als offensichtlich unbegründet.

E. 6.5.3

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, welche Bedeutung im vorliegenden Fall der Gewichtung der Zuschlagskriterien zukommt. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit (20%) fast gleich viel Gewicht beigemessen wurde wie dem Zuschlagskriterium "Wirtschaftlichkeit" (25%). In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass mit Wirtschaftlichkeit "Preise und Kosten", also nicht nur der Einkaufspreis für die Dienstleistung gemeint ist. Angesichts dessen stellt sich zumindest die Frage, ob mit der Gewichtung dieser Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt werden kann. Dabei ist auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu berücksichtigen, wonach selbst für komplexe Beschaffungen die Gewichtung des Preiskriteriums mit 20% an der untersten Grenze des Zulässigen liegt (BGE 129 I 313 E. 9.2). Inwieweit die Komplexität des hier in Frage stehenden Beschaffungsgegenstands eine derartige Gewichtung rechtfertigen kann (vgl. dazu grundlegend das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2.3.3 mit Hinweisen), kann im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheids jedoch offen bleiben.

E. 6.6

Zusammenfassend kann nicht gesagt werden, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Vergabestelle mit dem Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit grundlegende Zwecke des Vergaberechts - die Stärkung des Wettbewerbs und die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel - missachtet hat. Demnach braucht nicht geprüft zu werden, ob die

übrigen Rügen der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht offensichtlich unbegründet sind. Folglich ist mittels einer Interessensabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin führt zu den relevanten Interessen zunächst aus, es sei keine besondere Dringlichkeit für die Umsetzung des Zuschlagsentscheids erkennbar. Die Vergabestelle könne den Strom für das Jahr 2015 und die Folgejahre selber mittels Börsengeschäften am Markt beschaffen. Einen allfälligen zeitlichen Engpass hätte die Vergabestelle zu vertreten, da sie mit der Möglichkeit einer Rechtsmittelerhebung hätte rechnen müssen. Ausserdem wäre ohne aufschiebende Wirkung ein wirksamer Rechtsschutz nicht gewährleistet. Die Vergabestelle behauptet dagegen, ihr Interesse am sofortigen Vertragsschluss überwiege. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin könne sie den Strom nicht selber am Markt beschaffen. Sie verfüge weder über eine Bewilligung zur Beschaffung von Strom an der Börse, noch über das notwendige Know-how oder die erforderliche Software in diesem Bereich. Der Strom müsse somit über einen spezialisierten Dienstleister beschafft werden, ansonsten sie nicht vom freien Marktzugang für die marktberechtigten Standorte profitieren könne. Ausserdem entgehe ihr durch die zeitliche Verzögerung einerseits ein wirtschaftlicher Vorteil, andererseits könne sie nicht vom Sparpotential profitieren. Für den Fall, dass die aufschiebende Wirkung erteilt wird, ersucht die Vergabestelle um Bewilligung zur Verhandlung mit der Zuschlagsempfängerin über den temporären Bezug (für das Jahr 2015) der ausgeschriebenen Leistungen. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips dränge es sich geradezu auf, den Strom für die 42 marktberechtigten Standorte im Sinne einer Zwischenlösung über die Zuschlagsempfängerin zu beschaffen.

E. 7.2

Dass eine Beschwerde gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag erhoben wird, ist in die Planung einzubeziehen. Selbst verschuldete Dringlichkeit kann die Vergabestelle grundsätzlich nicht als überwiegendes öffentliches Interesse geltend machen (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4825/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4 und B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Gleichwohl sind die von der Vergabestelle geltend gemachten Interessen im vorliegenden Fall nicht unerheblich; insbesondere der Umstand, dass die Vergabestelle darauf verzichten muss, den Strom im Sinne einer "strukturierten Beschaffung" zu beziehen, fällt ins Gewicht. Indessen kommt diesen Interessen nicht der Gehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu, welches die vollständige Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde. Das Interesse der Beschwerdeführerin an der Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes überwiegt. Wird der Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin geschlossen, hat die Beschwerdeführerin nämlich nur noch die Möglichkeit, Schadenersatz für die in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen zu verlangen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1325). Die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes liegt mit Blick auf Art. XX GPA ausserdem auch im öffentlichen Interesse (vgl. E. 2.3 hiavor). Angesichts dessen ist dem Antrag der Beschwerdeführerin zu folgen und die aufschiebende Wirkung grundsätzlich zu erteilen.

E. 7.3.1

Es bleibt zu prüfen, ob dem Antrag der Vergabestelle, mit der Zuschlagsempfängerin über den Abschluss eines Vertrages verhandeln zu dürfen, der die strukturierte Beschaffung von Strom für das Jahr 2015 zum Gegenstand hat, entsprochen werden kann. Festzuhalten ist, dass die Vergabestelle einzig beantragt, ihr sei die Aufnahme von Verhandlungen für einen Vertragsabschluss zu bewilligen. Demnach ist nicht darüber zu befinden, ob auch ein Vertrag abgeschlossen werden kann. Der Vergabestelle steht es jedoch frei, dem Gericht nach erfolgreich geführten Verhandlungen einen entsprechenden Verfahrens Antrag zu stellen.

E. 7.3.2

Bei Vorliegen eines Dauerbedarfs kann es unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gerechtfertigt sein, einen spezifischen Teilbereich von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen. Dem Vertragsschluss (oder vorliegend den Verhandlungen) darf indessen keine insgesamt präjudizierende Wirkung zukommen; ein Vertragsschluss über den Rest des Auftrags muss weiterhin möglich sein (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342). Das Bundesverwaltungsgericht hat in Bezug auf Kurierdienste entschieden, dass der bisherige Leistungserbringer diese Leistungen einstweilen weiter erbringen kann (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4). Betreffend die Beschaffung von Monitoren für die Bundesverwaltung mittels Rahmenvertrages ist der Vergabestelle gestattet worden, während der Dauer des Verfahrens bei der einen der beiden Zuschlagsempfängerinnen eine gewisse Menge von Monitoren vorab zu beziehen (vgl. Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.5 ff.).

E. 7.3.3

Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung soll der Dienstleister den Strom ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschaffen. Indem die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin über einen Vertrag für die Strombeschaffung nur für das Jahr 2015 verhandelt, wird die Möglichkeit nicht vorweggenommen, dass die Beschwerdeführerin, im Fall einer Gutheissung der Beschwerde, für die Jahre 2016 bis 2019 mit der Vergabestelle einen Vertrag abschliessen könnte. Damit rechtfertigen die Interessen der Vergabestelle die Aufnahme von Verhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin im Sinne des Eventualbegehrens. Die Beschwerdeführerin macht zudem weder geltend, dass die zeitliche Aufteilung des Beschaffungsgegenstands technisch nicht möglich ist, noch dass damit ein Vorentscheid präjudiziert wird. Demnach ist es der Vergabestelle zu ermöglichen, mit der Zuschlagsempfängerin über die Strombeschaffung für das Jahr 2015 zu verhandeln. Das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei mit ihr in diesem Zusammenhang ebenfalls zu verhandeln, ist abzuweisen. Hingegen kann sich die Vergabestelle später nicht darauf berufen, dass durch das von ihr gewählte Vorgehen doppelter Verhandlungsaufwand entsteht, einerseits für das Jahr 2015 und andererseits für einen zweiten Vertrag für die Strombeschaffung ab dem Jahre 2016.

E. 8

Die Beschwerdeführerin verlangt ausserdem Einsicht in sämtliche das Vergabeverfahren betreffende Akten.

E. 8.1

Der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 18. August 2014 das Aktenverzeichnis sowie die Beilage 17 "Vertragsentwurf vom 23. Juni 2014", die Beilage 24 "Entscheid Zuschlag an die Erstplatzierte vom 10. Juli 2014", Beilage 29 "Übersicht der Verbrauchsstätten mit Vollversorgung", Beilage 31 "Schreiben der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin" und die Beilage 35 "Projektplan" zugestellt. Am 25. August 2014 wurde der Beschwerdeführerin Einsicht in folgende teilweise geschwärzte Beilagen gewährt: Beilage 9 "Protokoll Offertöffnung Projekt ID 108536 vom 25. April 2014", Beilage 10 "Aktennotiz Referenzanfragen Dienstleistung strukturierte Strombeschaffung 2015+ vom 2. Mai 2014" und Beilage 22 "Evaluationsbericht vom 1. Juli 2014".

E. 8.2

Das Akteneinsichtsbegehren ist einstweilen abzuweisen soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Da die Beschwerdeführerin mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsiegt, kann ihrem Begehren mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot einstweilen nicht entsprochen werden (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 7.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

E. 9

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

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