



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-6812/2019
stm/guj/fma

Zwischenverfügung vom 13. Januar 2020

Besetzung

Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

In der Beschwerdesache

Parteien

cognita AG,
General Wille-Strasse 59, 8706 Meilen
vertreten durch Rechtsanwalt Severin Pflüger,
Zürcher Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

**Rat der Eidgenössischen Technischen
Hochschulen (ETH-Rat),**
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschreibung –
"Mediamonitoring des ETH-Bereichs",
SIMAP-Meldungsnummer 1105171 (Projekt-ID 196126),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Am 22. November 2019 schrieb der Rat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (im Folgenden: ETH-Rat oder Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Mediamonitoring des ETH-Bereichs" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 1105171). Die Ausschreibung sah vor, dass bis zum 11. Dezember 2019 schriftliche Fragen gestellt und bis zum 6. Januar 2020 um 16:00 Uhr Angebote eingereicht werden konnten. Der Zeitpunkt der Offertöffnung wurde auf den 9. Januar 2020 festgesetzt.

B.

Im Rahmen der Fragerunde gelangte die cognita AG, Feldmeilen, an die Vergabestelle mit dem Ersuchen, es seien ihr bzw. den Anbieterinnen "zur Transparenz die aktuell beobachteten Mediensamples je ETH Institut zur Verfügung" zu stellen. Die Vergabestelle verwies auf das Pflichtenheft und führte weiter aus, es brauche keine zusätzlichen Informationen oder Unterlagen.

C.

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 erhob die cognita AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Ausschreibung mit den folgenden Anträgen:

- "1. Es sei festzustellen, dass die Frist für die Einreichung einer Offerte nicht läuft. Andernfalls sei die Frist wiederherzustellen;
2. Die Ausschreibung sei für rechtswidrig zu erklären, aufzuheben und neu anzuordnen;
3. Die Eingabefrist in der Ausschreibung für die Offerte sei zu verlängern;
4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST. zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, es sei für die Offertstellung wesentlich zu wissen, welche Medien beobachtet werden sollen. Die Vergabestelle habe trotz Nachfrage keine Angaben dazu gemacht. Sie gehe daher einerseits davon aus, dass die Frist für die

Offertstellung noch nicht laufe, da die Eröffnung (meint: der Ausschreibung) aufgrund einer fehlenden Spezifikation bezüglich der Bedürfnisse der Vergabestelle fehlerhaft erfolgt sei. Bei grundlegenden Eröffnungsfehlern fange die Frist nicht an zu laufen. Die Frist habe deshalb frühestens mit der Zustellung des Nachtrags "Anhang A7: Liste der Social Media-Kanäle und der internationalen Medien" und damit am 17. Dezember 2019 angefangen zu laufen, womit die Beschwerdefrist am 20. Januar 2020 ende. Als Eventualbegehren stellt sie andererseits den Antrag auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist für die Ausschreibung vom 22. November 2019. Das Verhalten der Vergabestelle sei sehr hinderlich für die Beschwerdeführerin gewesen. Sie könne den vorliegenden Unterlagen nicht entnehmen, welche Dienstleistung die Vergabestelle benötige. Sie habe deshalb die Ausarbeitung der Offerte gar nicht starten können. Sie habe deshalb nichts Böses ahnend die Antwort der Vergabestelle abgewartet, die aber erst am 17. Dezember 2019 eingetroffen sei, wobei bereits bei einer Ausschreibung im Jahr 2015 die fehlenden Spezifikationen ein Thema gewesen seien. Damit treffe die Beschwerdeführerin kein Verschulden, da sie in guten Treuen darauf vertraut habe, dass die Vergabestelle ihren Fehler korrigieren werde.

In materieller Hinsicht führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Punktevergabe davon abhängen, ob die vorgeschlagenen Quellen des Monitoringauftrages die Bedürfnisse der Vergabestelle abdecken würden. Die Angaben im Pflichtenheft seien zu wenig präzise. Deshalb habe die Beschwerdeführerin im Rahmen der offiziellen Fragerunde am 11. Dezember 2019 im SIMAP-Frageforum die Vergabestelle aus Transparenzgründen gebeten, allen Teilnehmenden die "Mediensamples" (Liste der nationalen Medien) des aktuellen Monitoringauftrages zur Verfügung zu stellen, was abschlägig beantwortet worden sei. Die Antwort sei erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt. Das für die Erstellung der verlangten Medienportfolios relevante Wissen erweise sich als grosser Vorteil für die Bewertung, womit ein handfester Wettbewerbsvorteil der bisherigen Anbieterin bestehe. Die Beschwerdeführerin sieht darin im Wesentlichen einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot sowie gegen das Transparenz- und das Wettbewerbsprinzip.

D.

Mit Instruktionsverfügung vom 23. Dezember 2019 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. Erteilung der aufschiebenden Wirkung superprovisorisch einstweilen abgewiesen. Dies mit der Begründung, auf die gegen die Ausschreibung gerichtete Be-

schwerde könne prima facie wegen Verspätung (Ausschreibung) bzw. wegen fehlenden Anfechtungsobjekts (Ausschreibungsunterlagen) nicht eingetreten werden. Zugleich wurde die Vergabestelle ersucht, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen und die vollständigen Akten des in Frage stehenden Vergabeverfahrens einzureichen. Ausserdem wurde die Vergabestelle mit Blick auf die Erhebung des Kostenvorschusses um eine Mitteilung betreffend den Auftragswert gebeten.

E.

Am 3. Januar 2020 reichte die Vergabestelle ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen und eine vertrauliche Kostenschätzung des Auftragswerts ein, wobei die Vernehmlassung mit Ausnahme der vertraulichen Kostenschätzung der Beschwerdeführerin zugestellt wurde.

Sie beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Zur Begründung führt sie aus, dass die Beschwerdeführerin (fälschlicherweise) gegen die "Eidgenössische Technische Hochschule Zürich, vertreten durch ETH-Rat" statt gegen den ETH-Rat Beschwerde erhoben habe, wobei es der Beurteilung des Gerichts überlassen bleibe, ob es sich um eine zulässige Präzisierung der Vorinstanz handle. Weiter sei die Beschwerde vom 20. Dezember 2019 offensichtlich verspätet erfolgt, da die Ausschreibung am 22. November 2019 auf www.simap.ch (dem offiziellen Publikationsorgan im Beschaffungswesen) veröffentlicht worden sei, wobei eine Beschwerdefrist von 20 Tagen gelte, weshalb die Beschwerdefrist am 12. Dezember 2019 abgelaufen sei. Zudem sei kein Anfechtungsobjekt gegeben, da zwar die Ausschreibung als durch Beschwerde selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid gelte. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sei demgegenüber grundsätzlich erst mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anfechtbar. Die Beschwerdeführerin mache geltend, dass die Ausschreibung zu wenig spezifiziert gewesen sei, womit sie sich auf den Standpunkt stelle, dass der angebliche Mangel nicht auf Anhieb erkennbar gewesen sei. Die Beantwortung von Fragen stelle dagegen kein Anfechtungsobjekt dar. Ein Grund für die Wiederherstellung der Beschwerdefrist wegen der angeblich mangelhaften Ausschreibung sei nicht dargetan. Aus dem Pflichtenheft gehe klar hervor, dass es anders als für die internationalen Medien und Social Media keine Liste der nationalen Medien gebe ("Mediensample"). Dies sei nach der ersten Lektüre offensichtlich. Es handle sich nicht um einen Mangel und dieser Umstand hätte sofort gerügt werden können und müssen. Dass die Beschwerdeführerin

erst am letzten Tag der Beschwerdefrist Fragen eingereicht habe, die diese für derart wichtig halte, dass sie ohne deren Beantwortung mit der Ausarbeitung des Angebots nicht habe beginnen können, sei nicht nachvollziehbar und werfe die Frage widersprüchlichen Verhaltens auf. Im Übrigen liege keine mangelhafte Ausschreibung vor, da ein fixes Mediensample den Auftrag unnötig eingeschränkt bzw. dessen sachgerechte Erfüllung gefährdet hätte. Die derzeitige Anbieterin habe keinen Vorteil, da das jetzige "Mediensample" nicht mehr als aktuell gelte. Der guten Ordnung halber weise die Vergabestelle darauf hin, dass sie am 17. Dezember 2019 keine Ausschreibung veröffentlicht habe, wie dies die Beschwerdeführerin suggeriere.

F.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 3. Januar 2020 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, innert der angesetzten Frist einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– zu leisten. Zugleich wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, eine Replik zu den prozessualen Anträgen einzureichen.

G.

Mit Eingabe vom 9. Januar 2020 repliziert die Beschwerdeführerin im Wesentlichen dahingehend, dass ein Interesse beider Parteien bestehe, dass die Frage nach der Herausgabe des "Mediensample" so rasch wie möglich geklärt werde. Weiter entgegnet sie, dass die "Passivlegitimation" der Eidgenössisch Technischen Hochschule gegeben sei, da es ihr nicht möglich gewesen sei, aus der Leitungsfunktion die Vergabestellenqualität des ETH-Rates abzuleiten. In materieller Hinsicht hält die Beschwerdeführerin daran fest, dass die "Mediensamples" ein wichtiger Bestandteil des Angebots und für die Beurteilung zentral für den Zuschlag seien, weshalb ein Wissensvorsprung der bisherigen Anbieterin bestehe, was mit den Zielen des Vergaberechts nicht vereinbar sei.

H.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 9. Januar 2020 wurde der Schriftenwechsel in Bezug auf die prozessualen Anträge geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen betreffend die Ausschreibung steht im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. b BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

1.2 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. 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.

Die Vergabestelle ist der ETH-Rat und untersteht damit ausdrücklich dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB).

1.3 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 Rechtsweg 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 entspricht prima facie einer der Gruppe 864 ("Market research and public opinion polling services") zuzuordnender 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.), womit jedenfalls nicht gesagt werden kann, dass auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach mangels Anwendbarkeit des BöB nicht eingetreten werden kann. Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, dass die nachgefragte Dienstleistung dem BöB nicht untersteht.

1.4 Das geschätzte Auftragsvolumen liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017

über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12).

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.

2.

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

2.2 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweisen "Microsoft").

3.

3.1 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

3.2 Das Erfordernis der formellen Beschwerde spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen "Hörgeräte"), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht rich-

tet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat (Urteil des BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen "Versicherungen BE"; BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen "Hörgeräte").

3.3 Die Beschwerdeführerin tritt offensichtlich im relevanten Markt auf. Damit ist die Beschwerdelegitimation prima facie gegeben, was die Vergabestelle auch nicht bestreitet.

4.

4.1 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.

4.2 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; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

4.3 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 (BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen"; 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").

5.

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nach dem zuvor Gesagten (vgl. E. 4.3 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-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I", B-5983/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 II", BVGer B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 4.2 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 5 "Stahlwasserbauten Ritomsee").

5.1 Die Beschwerde wurde formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Fraglich ist dagegen insbesondere, ob vorliegend in Bezug auf die Anfechtung der Ausschreibung die Beschwerdefrist eingehalten ist.

5.2 Die Beschwerdeführerin bringt einerseits vor, dass die Frist für die Offertstellung noch laufe, da die Eröffnung aufgrund fehlender Spezifikation bezüglich der Bedürfnisse der Vergabestelle fehlerhaft erfolgt sei. Bei grundlegenden Eröffnungsfehlern (meint: der Ausschreibung) fange die Beschwerdefrist nicht an zu laufen. Die Frist habe deshalb frühestens mit dem Nachtrag am 17. Dezember 2019 angefangen zu laufen, da dieser Nachtrag nicht die notwendigen Angaben enthalten habe; sie ende am 20. Januar 2020.

5.3 Die Vergabestelle entgegnet, dass die Beschwerde vom 20. Dezember 2019 offensichtlich verspätet erfolgt sei, da die Ausschreibung am 22. November 2019 auf www.simap.ch (dem Publikationsorgan im Beschaffungswesen) veröffentlicht worden sei, wobei eine Beschwerdefrist von 20 Tagen gelte, weshalb die Beschwerdefrist am 12. Dezember 2019 abgelaufen sei.

5.4 Nicht ausdrücklich bestritten wird vorliegend, dass die 20-tägige Beschwerdefrist gegen die am 22. November 2019 auf der SIMAP-Plattform publizierte Ausschreibung vor der Beschwerdeerhebung (20. Dezember 2019) abgelaufen ist, soweit die Publikation selbst die Frist auslöst. Die Beschwerdeführerin stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass die Beschwerdefrist frühestens am 17. Dezember 2019 zu laufen begonnen habe, da sie erst am 17. Dezember 2019 den Nachtrag "Anhang A7: Liste der Social Media-Kanäle und der internationalen Medien" erhalten habe

und erst damit die fehlende Spezifikation bzw. das fehlende "Medien-sample" für sie ersichtlich geworden sei. Entgegen der beschwerdeführenden Ansicht ist indessen einzig die angefochtene, publikationspflichtige Ausschreibung vom 22. November 2019 fristauslösend (vgl. zur Publikationspflicht Art. 24 Abs. 1 f. BöB sowie Art. 8 Abs. 1 VöB). Die Tatsache, dass die Ausschreibung allenfalls unvollständig oder inhaltlich rechtsfehlerhaft ist, stellt prima facie keinen Eröffnungsfehler dar. Die Eröffnung ist vielmehr der Oberbegriff für die zulässigen bzw. rechtlich wirksamen Arten der Mitteilung beispielsweise einer Verfügung nach Art. 29 BöB (URS PETER CAVELTI, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 1 zu Art. 20 VwVG). Richtig ist aber, dass sich die Frage stellt, ob eine Änderung der Ausschreibung eine neue Rechtsmittelfrist auslöst. Klar ist jedenfalls, dass nach Art. 16 Abs. 3 VöB eine Änderung der Ausschreibung ebenfalls im Publikationsorgan gemäss Art. 8 Abs. 1 VöB publiziert werden muss (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 24 BöB). Im vorliegenden Fall ist der "Anhang A7: Liste der Social Media-Kanäle und der internationalen Medien" indessen unbestrittenermassen nicht SIMAP-publiziert worden, was jedenfalls gegen das Auslösen einer neuen Rechtsmittelfrist spricht. Es ist auch offensichtlich, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet ist, eine vollständige Liste der zu beobachtenden Medien in der Ausschreibung selbst abzudrucken. Vielmehr wird in Bezug auf die hinreichende Präzision der Leistungsbeschreibung gemäss Art. 16a VöB in den Materialien zur VöB-Revision vom 18. November 2009 ausdrücklich festgehalten, dass für die Frage, ob die Leistungsbeschreibung den rechtlichen Anforderungen genügt, (jedenfalls soweit nicht die wesentlichsten Angaben in Frage stehen) die Summe der Vorgaben gemäss Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen relevant ist (Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 2010, S. 10 zu Art. 16a VöB, siehe <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf>, zuletzt besucht am 13. Januar 2020). Damit ist aller Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Zustellung des Nachtrags im vorliegenden Fall keine neue Rechtsmittelfrist ausgelöst hat, womit die Beschwerdefrist (unter Vorbehalt der Wiederherstellung gemäss Art. 24 VwVG) verpasst ist.

6.

6.1

Als Eventualbegehren stellt die Beschwerdeführerin Antrag auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist für die Ausschreibung vom 22. November 2019. Das Verhalten der Vergabestelle sei sehr hinderlich gewesen für die Beschwerdeführerin. Sie könne den vorliegenden Unterlagen nicht entnehmen, welche Dienstleistung die Vergabestelle benötige. Sie habe deshalb die Ausarbeitung der Offerte gar nicht starten können und nichts Böses ahnend die Antwort der Vergabestelle abgewartet, die aber erst am 17. Dezember 2019 eingetroffen sei. Damit treffe die Beschwerdeführerin kein Verschulden, da sie in guten Treuen darauf vertraut habe, dass die Vergabestelle ihren Fehler korrigieren werde, wobei auch bereits bei einer Ausschreibung im Jahr 2015 die fehlenden Spezifikationen ein Thema gewesen seien. Zudem sei der Antrag auf Wiederherstellung unter dem Aspekt erfolgt, dass eine spätere Anfechtung des Zuschlags eine Doppelspurigkeit nach sich ziehen würde und die Wiederherstellung der Beschwerdefrist das mildere Mittel sei. Es bleibt somit zu prüfen, ob ein Grund für die beantragte Wiederherstellung der Beschwerdefrist besteht.

6.2 Die Vergabestelle führt dazu aus, ein Grund für die Wiederherstellung der Frist wegen der angeblich mangelhaften Ausschreibung sei nicht dargelegt. Aus dem Pflichtenheft gehe klar hervor, dass es keine Liste der nationalen Medien gebe. Dies sei nach der ersten Lektüre offensichtlich. Es handle sich nicht um einen Mangel und das Fehlen der Liste der zu beobachtenden Medien hätte sofort gerügt werden können und müssen.

6.3 Aufgrund des Legalitätsprinzips und der Bindung aller staatlichen Organe an das Gesetz können Behörden und Beschwerdeinstanzen gesetzliche Fristen grundsätzlich nicht erstrecken (PATRICIA EGLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 22). Ist ein Gesuchsteller aber unverschuldeterweise abgehalten worden, binnen Frist zu handeln, so kann die Frist wiederhergestellt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 24 VwVG erfüllt sind. Aus formeller Sicht muss eine Partei zur Wiederherstellung der Frist ein begründetes Gesuch innert 30 Tagen nach dem Wegfall des Hindernisses stellen und die versäumte Rechtshandlung nachholen. In materieller Hinsicht ist zu prüfen, inwieweit ein Gesuchsteller in unverschuldeter Weise abgehalten wurde, innert Frist zu handeln (vgl. Urteil des BVGer B-3566/2019 E. 3.3 f.; PATRICIA EGLI, a.a.O., N. 5 und N. 12 zu Art. 24).

6.4 Nach Art. 24 Abs. 1 VwVG genügt jedes Verschulden und damit auch leichte Fahrlässigkeit, um die Fristwiederherstellung zu verweigern, wobei

ein Hinderungsgrund im Interesse der Rechtssicherheit und eines geordneten Verfahrens nicht leichthin angenommen werden darf (Urteil des BVGer A-7284/2008 vom 20. November 2008 E. 2), weshalb die Rechtsprechung zur Wiederherstellung der Frist sehr restriktiv ist (vgl. Urteil des BGer 2C_703/2009 und 2C_22/2010 vom 21. September 2010 E. 3.3; Urteil des BVGer B-3181/2019 vom 4. Juli 2019 S. 5 f.).

6.5 Vorliegend ging die Beschwerdeführerin davon aus, dass es sich bei den fehlenden "Mediensamples" (Listen der nationalen Medien) um einen Fehler der Vergabestelle handle, weshalb sie mit der Anfechtung der Ausschreibung abgewartet habe. In diesem Zusammenhang beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Literatur zu Art. 24 VwVG. Im VwVG-Kommentar werde festgehalten, eine erhebliche Behinderung könne durch das Verhalten der Verwaltung bewirkt werden; zu denken sei insbesondere an unklare oder falsche Auskünfte und Belehrungen (vgl. dazu STEFAN VOGEL, in: VwVG-Kommentar, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 24 VwVG). Aus diesem Argument geht aber hervor, dass kein Hinderungsgrund seitens der Vergabestelle ursächlich für die wohl verpasste Beschwerdefrist war, sondern ein Abwarten der Beschwerdeführerin in der Hoffnung, dass sich der von ihr vermutete Fehler von selbst erledige, woran auch eine im Jahr 2015 erfolgte Ausschreibung nichts ändert. Dieser Umstand war der Beschwerdeführerin jedenfalls bereits während laufender Beschwerdefrist bewusst. Inwiefern der Nachtrag oder die Beantwortung der an die Vergabestelle im SIMAP-Forum gestellten Frage notwendig für die Beschwerdeerhebung gewesen wäre, kann vorliegend offen bleiben, da die Vergabestelle nach geltendem Recht jedenfalls, das heisst auch für den Fall, dass die leichte Erkennbarkeit von Bedeutung und Tragweite einer Anordnung in der Ausschreibung nicht gegeben ist, nicht verpflichtet ist, die Ausschreibungsunterlagen zugleich mit der Ausschreibung zur Verfügung zu stellen oder die Fragen der Anbieterinnen während laufender Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zu beantworten. Ganz vergleichbar kann die Beschwerdeführerin rechtsprechungsgemäss selbst dann, wenn die Vergabestelle (nach einem Zuschlag) jegliche Begründung während der Beschwerdefrist verweigert hat, daraus nach geltendem Recht keinen Anspruch auf Fristwiederherstellung ableiten (vgl. Urteil des BVGer B-3181/2019 vom 4. Juli 2019 S. 6). Damit schadet es der Vergabestelle auch nicht, dass der Nachtrag vom 17. Dezember 2019 den Anbieterinnen nach Ablauf der Beschwerdefrist zugestellt worden ist. Die Beschwerdeführerin macht richtigerweise nicht geltend, dass die Vergabestelle durch ihre Kommunikation den Eindruck erweckt hat, die Ausschreibung könne auch nach Beantwor-

tung der Fragen oder nach Zustellung des Nachtrags noch fristgerecht angefochten werden. Damit wird das Fristwiederherstellungsgesuch *prima facie* aller Wahrscheinlichkeit nach abzuweisen sein. Im Übrigen gab es *prima facie* auch keine Zusicherung seitens der Vergabestelle, wonach die Ausschreibungsunterlagen gemäss den Begehren der Beschwerdeführerin ausgestaltet werden würden.

7.

Der Vollständigkeit halber ist nachfolgend zu prüfen, ob die Ausschreibungsunterlagen, also etwa der hier in Frage stehende Nachtrag, selbständig angefochten werden können.

7.1

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 BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 mit Hinweisen "Produkte zur Innenreinigung I").

7.2 Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, dass in den Ausschreibungsunterlagen ein bestehendes "Mediensample" (Liste der nationalen Medien) über die vollständigen Bedürfnisse der Vergabestelle nicht enthalten gewesen sei, weshalb ein elementarer Bestandteil der Ausschreibung gefehlt habe. Replicando hält sie daran fest, dass die für die Ausfertigung der Offerte notwendigen Angaben in der *Ausschreibung* bzw. den *Ausschreibungsunterlagen* nicht vorhanden gewesen seien (Replik zu den prozessualen Anträgen, Rz. 12). Das verlangte "Mediensample" zu den nationalen Medien als auch der fragliche Nachtrag vom 17. Dezember 2019 (Beschwerdebeilage 3), welcher eine Liste von Social Media-Kanälen und der internationalen Medien enthält, können aber *prima facie* nur als

Teil eines Pflichtenhefts und damit als Teil der Ausschreibungsunterlagen verstanden werden (vgl. dazu E. 5.4 hiervor). Somit beanstandet die Beschwerdeführerin insoweit nicht nur die Ausschreibung, sondern vor allem die *Ausschreibungsunterlagen*. Die Ausschreibungsunterlagen werden 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"). Damit ist aller Wahrscheinlichkeit auch aus diesem Grund nicht auf die Beschwerde einzutreten. Dasselbe gilt auch, soweit die Beschwerdeführerin Antworten und Aussagen der Vergabestelle im Rahmen der Fragerunde beanstandet. Soweit eine Anbieterin befürchtet, eine unterlassene Rüge in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen könne ihr zum Nachteil gereichen, bleibt es ihr unbenommen, allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen gegenüber der Vergabestelle zu beanstanden (vgl. zum Ganzen BVGE 2014/14 E. 4.4 i.V.m. E. 4.8 "Suchsystem Bund").

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde wegen verpasster Beschwerdefrist bzw. fehlendem Anfechtungsobjekt aller Wahrscheinlichkeit nach nicht einzutreten ist. Demnach ist das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. den Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne Interessenabwägung abzuweisen (vgl. E. 4.3 hiervor). Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht nicht auf die weiteren Vorbringen der Parteien eingegangen zu werden. Dies betrifft namentlich die Frage, ob die Vergabestelle gehalten ist, allen Anbieterinnen das Mediensample der derzeitigen Dienstleisterin zur Verfügung zu stellen. Ebenso kann offen gelassen werden, welche Bedeutung dem Argument der Vergabestelle zuzumessen ist, wonach die Beschwerdeführerin fälschlicherweise gegen die "Eidgenössisch Technische Hochschule Zürich, vertreten durch den ETH-Rat" statt gegen den "Rat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen" Beschwerde erhoben habe (Vernehmlassung vom 3. Januar 2020, Rz. 5 f.).

9.

Die Beschwerdeführerin hat kein konkretes Akteneinsichtsgesuch gestellt, sondern lediglich in materieller Hinsicht bemängelt, dass Einsicht in die "Mediensamples" hätte gegeben werden müssen, womit es sich jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang erübrigt, darauf einzugehen. Da mit diesem Zwischenentscheid nur Eintretensfragen prima facie beurteilt werden, ist die Rechtslage in Bezug auf die Akteneinsicht ohnehin vergleichbar mit

der Rechtslage nach Beschränkung des Verfahrens auf die Eintretensfrage (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.3 mit Hinweisen "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I"). Weitergehende Anordnungen für das Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

10.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen für das Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. den Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

2.

Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

3.

Über die Kostenfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Diese Zwischenverfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 196126; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 14. Januar 2020