



Abteilung II
B-4717/2010
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 23. September 2010

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

Y._____ GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Gesundheit BAG, 3003 Bern,
Vergabestelle,

X._____ AG,
vertreten durch Fürsprecher A._____,
Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin,

Gegenstand

öffentliches Beschaffungswesen - Kurierdienst BAG
(aufschiebende Wirkung).

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG, Vergabestelle, Vergabebehörde) schrieb am 12. November 2008 unter dem Projekttitel "Kurierdienst BAG" im offenen Verfahren Dienstleistungen der Kategorie "Landverkehr einschliesslich Geldtransport und Kurierdienste ohne Postverkehr" im Raum Bern aus (Schweizerisches Handelsamtsblatt, SHAB, Nr. 220/2008). Bis anhin waren diese zum einen Teil durch die X._____ AG (Zuschlagsempfängerin und Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren B-4717/2010), zum anderen durch die Y._____ GmbH (Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren) erbracht worden.

B.

Neben drei weiteren Anbieterinnen reichten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin Offerten ein. Am 2. Februar 2009 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die Beschwerdeführerin, worauf ihn die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 9. Februar 2009 beim Bundesverwaltungsgericht anfocht. Dieses erwog in seinem Urteil B-891/2009 vom 5. November 2009 namentlich, die Vergabestelle habe das Transparenzgebot verletzt, indem sie bei der Offertevaluation zum Teil nicht vorgängig bekanntgegebene Zuschlagskriterien verwendet und das Gewicht der in der Ausschreibung bekanntgegebenen Zuschlagskriterien nachträglich geändert habe. Ihre Auswertung der Angebote mit Hilfe eines vorgefertigten, standardisierten Beurteilungsrasters sei überdies nur schwer nachvollziehbar, zumal sich dieses Raster nicht an den publizierten Vergabekriterien orientiere. Auch darin liege ein Verstoss gegen das Transparenzgebot. Als Verletzung des Transparenzgebotes zu werten sei ausserdem die vorgängig nicht angekündigte Einbeziehung eines Qualitätssicherungsnachweises in Form eines ISO-Zertifikates bei der Evaluation der eingereichten Angebote.

Entsprechend hob das Bundesverwaltungsgericht den Zuschlag vom 2. Februar 2009 auf und wies die Sache zur Neuevaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im Sinne seiner Erwägungen an die Vergabestelle zurück. Dabei stellte es das Gericht der Vergabebehörde frei, ob sie gestützt auf die vorhandenen Akten direkt zu neuer, gesetzeskonformer Evaluation und Zuschlagserteilung schreiten oder die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin

vorab auffordern wolle, ihre Offerten in Kenntnis sämtlicher (allenfalls noch bekanntzugebender) Vergabekriterien sowie ihrer Gewichtung nachzubessern. Gegen dieses Urteil wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

C.

Am 12. März 2010 lud die Vergabestelle die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin ein, "auf der Basis der Ausschreibung vom 29. Oktober 2008 [recte: 12. November 2008] und der vorliegenden, präzisierten Informationen eine detaillierte Offerte zu unterbreiten". Beide reichten daraufhin erneut ein Angebot ein; dasjenige der Beschwerdeführerin datiert vom 20. April 2010, dasjenige der Zuschlagsempfängerin vom 22. April 2010.

D.

In einem Schreiben vom 8. Juni 2010 ("Bekanntmachung des Zuschlages im offenen Verfahren") teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, das von ihr unterbreitete Angebot habe aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und im Vergleich zu der anderen eingereichten Offerte nicht berücksichtigt werden können. Am 9. Juni 2010 veröffentlichte sie den Zuschlag auf simap.ch, wobei sie als Begründung Folgendes festhielt: "wirtschaftlich günstigstes Angebot gemäss Zuschlagskriterien in der Ausschreibung vom 12. November 2008 sowie die Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010".

E.

Mit Eingabe vom 29. Juni 2010 focht die Beschwerdeführerin den Zuschlagsentscheid vom 9. Juni 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. In der Hauptsache: Es sei der Entscheid vom 9. Juni 2010 aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen.
2. Vorsorgliche Massnahmen: Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen sei die Vergabestelle sofort aufzufordern, alle Vollzugsvorkerungen zu unterlassen, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.
3. Aktenedition: Es seien die entscheidrelevanten Akten der Beschwerdeführerin zur Prüfung herauszugeben, soweit dies nicht durch den legitimen Schutz der Geheimniswahrung ausgeschlossen ist. Der Beschwerdeführerin sei darauf eine Frist zu setzen, um die Beschwerde allenfalls zu vervollständigen."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin zusammenfassend vor, sie sei der Auffassung, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der Kriterien ihr Ermessen zu weit zurückgebunden und damit eine Rechtsverletzung begangen habe (Ermessensunterschreitung). Die Vergabestelle sei der Meinung gewesen, sie dürfe nur die Punkte 0, 20 und 40 verteilen, während ihr eigenes Punkteschema auch eine differenzierte Beurteilung mit Punkten zwischen 0 und 40 erlaubt, ja sogar präjudiziert habe. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss komme, die Vergabestelle habe aufgrund ihres eigenen Bewertungsschemas tatsächlich nur 0, 20 oder 40 Punkte vergeben dürfen, sei die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass ein solches Punkteschema willkürliche Ergebnisse produziere. Es sei zu grob und erlaube deshalb keine ernsthafte, differenzierte Beurteilung in einem Verfahren, das der Transparenz zu dienen habe.

Der Entscheid sei schon deshalb an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, weil er Grundsätze formeller Natur verletze. Die Beschwerdeführerin habe aber auch Grund zur Annahme, dass eine korrekte, skalenoffene Bewertung in der Sache auch einen anderen Entscheid – nicht zugunsten der Zuschlagsempfängerin – präjudizieren würde. Mit dem starren Punktesystem habe sich die Vergabestelle nämlich ohne Not in ein Korsett begeben, das ihr viel zu eng sei und keine differenzierte Bewertung der Angebote, ihrer Stärken und ihrer Schwächen, erlaube. Sinn dieser Beschwerde sei es, der Behörde ihren Ermessensspielraum wieder zuzuweisen und eine korrekte, differenzierte Bewertung zu erfahren; dies zunächst bei den Kriterien "Preis" und "abgeschlossene Prozessertifizierung". Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Informationen sehe die Beschwerdeführerin aber auch einen von der Behörde unbenutzten Freiraum bei der Festlegung der Punktezahl für die offeneren Kriterien "Termintreue", "Flexibilität" und "Ausführung", bei letzterem insbesondere beim Unterkriterium "Servicebereitschaft".

F.

Durch Verfügung vom 30. Juni 2010 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, dass bis zu seiner Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben haben.

G.

Mit Verfügung vom 1. Juli 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabebehörde, bis zum 14. Juli 2010 zum Antrag der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen. Gleichzeitig räumte es der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit ein, sich bis zum 14. Juli 2010 ebenfalls zu diesem Antrag vernehmen zu lassen. Dabei hielt es fest, die Zuschlagsempfängerin werde – insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko – als eigentliche Gegenpartei behandelt, sofern sie in diesem Verfahren formelle Anträge stelle. Aufgrund eines Gesuchs der Zuschlagsempfängerin vom 2. Juli 2010 erstreckte das Bundesverwaltungsgericht die Frist zur Stellungnahme durch Verfügung vom 5. Juli 2010 bis zum 28. Juli 2010.

Die Vergabestelle äusserte sich mit Vernehmlassung vom 13. Juli 2010 zum prozessualen Begehren der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei sie dessen Abweisung unter Kostenfolge beantragte.

In ihrer Eingabe vom 28. Juli 2010 stellte die Zuschlagsempfängerin das Rechtsbegehren, der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Vergabeverfahrens eingereichten Unterlagen seien von der Akteneinsicht auszunehmen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

H.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde (bzw. vorliegend auf einen prozessleitenden Antrag) einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVG 2007/6 E. 1, mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Ist davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann, dringt die Beschwerdeführerin mit prozessualen Anträgen von vornherein

nicht durch (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 30. Juli 2010 E. 2 und B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2. i.V.m. E. 3.1).

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

1.2 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Bd., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 1.3 und B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend:

MARTIN BEYELER, Baurecht 2/2007, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren ist nach dem Gesagten der Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

1.3 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB). Gegenstand der Beschaffung "Kurierdienst BAG" ist ein Dienstleistungsauftrag (Landverkehr) im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB. Eine Ausnahme nach Art. 3 BöB liegt nicht vor. Der gemäss Art. 6 BöB i.V.m. Art. 1 lit. b der zum Zeitpunkt des angefochtenen Zuschlagsentseides in Kraft stehenden (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 30. Juli 2010 E. 3.1.4) Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das erste Semester des Jahres 2010 vom 11. Dezember 2009 (AS 2009 6573) für Dienstleistungsaufträge massgebliche Schwellenwert von Fr. 248'950.– wird im vorliegenden Fall überschritten (Preisspanne laut Ziff. 3.2 der (ursprünglichen) Zuschlagspublikation vom 3. Februar 2009, veröffentlicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 22/2009 vom 3. Februar 2009: Fr. 276'094.– bis 777'544.–). Demnach sind die Regeln des BöB auf den hier zu beurteilenden Auftrag anzuwenden.

1.4 Als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Offerentin ist die Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Frist und Form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Der prozessleitende Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher zu behandeln.

1.6 Gegenstand dieses Zwischenentseides bildet allein die Frage der aufschiebenden Wirkung. Über das Akteneinsichtsgesuch und die zwecks allfälliger Vervollständigung der Beschwerde beantragte Nachfristansetzung wird mit separater Verfügung zu befinden sein.

2.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann diese jedoch auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB).

2.1 Das BöB selbst nennt die Kriterien, welche beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu berücksichtigen sind, nicht. Es können jedoch diejenigen Grundsätze übernommen werden, welche Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist aufgrund einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, welche für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, 110 V 40 E. 5b, 106 Ib 115 E. 2a, 105 V 266 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich dabei auf eine prima-facie-Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens massgebend. Dass der Suspensiveffekt im BöB, anders als im VwVG, nicht von Gesetzes wegen gewährt wird, zeigt, dass sich der Gesetzgeber der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung für notwendig erachtete (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.1, je mit Hinweisen).

2.2 Im Falle eines Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung muss in einem ersten Schritt mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden, ob die Beschwerde aufgrund der vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet erscheint. Trifft dies zu, so ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen diesbezüglich Zweifel, so ist aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu entscheiden. Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei erhebliches Gewicht zu (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.2, B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 2.2. und B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3, mit Hinweisen). Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis auch die Interessen der Beschwerdeführer sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei die Gewährung wirksamen Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2, mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2, mit Hinweisen).

3.

In ihrer Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010 nannte die Vergabestelle folgende Zuschlagskriterien:

<u>Kriterium</u>	<u>Gewichtung</u> (Faktor)
<i>Preis</i>	3
<i>Qualität:</i> <ul style="list-style-type: none"> • Fachkompetenz und Referenzen im Sachgebiet (ist vollständig erfüllt bei mindestens vier Referenzen) • abgeschlossene Prozesszertifizierung (ist vollständig erfüllt bei Vorlage eines Zertifikats) • Vollständigkeit des Angebots • Organisation und Infrastruktur des Anbieters 	3
<i>regionale Verankerung</i> (ist vollständig erfüllt bei Sitz oder Filiale in Bern)	2
<i>Termintreue:</i> <ul style="list-style-type: none"> • zeitliche Kapazität für den Auftrag vorhanden? (ist vollständig erfüllt bei Bestätigung der vergebenen Zeiten) • Können die Startzeiten eingehalten werden? • Einhaltung der Einreichungsfrist für die Offerte 	3
<i>Flexibilität:</i> <ul style="list-style-type: none"> • zeitliche Flexibilität für Sonderkuriere (ist vollständig erfüllt innerhalb einer halben Stunde vor Ort, teilweise erfüllt innerhalb einer Stunde vor Ort) • einsatzmässige Flexibilität der Ausführenden bei Wartezeiten für dringende Geschäfte (ist vollständig erfüllt bei 20 Minuten und teilweise erfüllt bei 10 Minuten Wartezeit) 	3
<i>Ausführung:</i> <ul style="list-style-type: none"> • Beurteilung der Machbarkeit • Wahrscheinlichkeit der Zielerreichung • Servicebereitschaft 	3
<i>Verwaltungserfahrung</i> (ist vollständig erfüllt bei mindestens drei Mandaten bei der Bundesverwaltung)	1

Unter dem Titel "Taxonomie/Bewertung" führte sie in ihrer Einladung folgende Tabelle an:

<u>Erfüllungsgrad</u>	<u>Punkte</u>	<u>Total</u>	<u>Beschreibung</u>
vollständig erfüllt	maximale Punkte	40	Die Anforderung wird durch das Angebot vollständig erfüllt.
teilweise erfüllt	½ der Punkte	20	Die Anforderung wird durch das Angebot teilweise erfüllt.
nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben	keine Punkte	0	Die Anforderung wird durch das Angebot nicht erfüllt.

Ergänzend hielt sie fest:

"Sind Unterkriterien aufgeführt, werden für jedes einzelne dieser Unterkriterien gemäss obenstehendem Bewertungssystem Punkte von 0 bis 40 verteilt und anschliessend die Gesamtpunktzahl durch die Anzahl Unterkriterien dividiert. Das Ergebnis wird mit dem Gewichtungsfaktor multipliziert und somit die Endpunktzahl für das jeweilige Kriterium ermittelt (vgl. nachfolgendes Beispiel). Die Summe dieser Endpunktzahlen ergibt das für den Zuschlag entscheidende Resultat."

Das im Zitat erwähnte Beispiel einer Bewertung für das Kriterium "Qualität" sieht wie folgt aus:

<u>Unterkriterien</u>	<u>Punkte</u>
Fachkompetenz und Referenzen im Sachgebiet	40
abgeschlossene Prozesszertifizierung	20
Vollständigkeit des Angebots	40
Organisation und Infrastruktur des Anbieters	20
Total Punkte	120

Berechnung der Punktzahl pro Kriterium

120 (Total Punkte) : 4 (Anzahl Unterkriterien) = 30 Punkte x 3 (Faktor)
= 90 Punkte

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vergabestelle habe bei ihrem Entscheid ein Punktesystem verwendet, bei dem für jedes Kriterium jeweils nur die Punkte 0, 20 und 40 zugeteilt worden seien. Die Vergabestelle sei der Auffassung, dieses Schema ergebe sich aus der Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010.

Dem sei entgegenzuhalten, dass sich ein so starres Punktesystem keineswegs aus der Einladung zur Angebotsabgabe ergebe. Es sei dort festgehalten, dass bei vollständiger Erfüllung eines Kriteriums 40, bei teilweiser Erfüllung 20 sowie bei Nichterfüllung 0 Punkte vergeben werden sollten. Daraus ergebe sich aber nicht, dass etwa bei recht guter, aber nicht vollständiger Erfüllung nicht beispielsweise 31 Punkte vergeben werden könnten. Auch das Beispiel einer Bewertung, das auf Seite 3 der "Einladung" abgedruckt sei, ergebe dieses Bild nicht. Das Beispiel erscheine zufällig gewählt. Dass mit ihm dem Bewerber mitgeteilt werden sollte, es würden jeweils allein nur 20 oder 40 Punkte verteilt, könne nicht angenommen werden. Klar für ein differenziertes Punkteschema spreche dagegen der sich auf die Unterkriterien beziehende Satz unterhalb der Tabelle zur Taxonomie: "Sind Unterkriterien aufgeführt, werden für jedes einzelne dieser Unterkriterien gemäss obenstehendem Bewertungssystem Punkte von 0 bis 40 verteilt und anschliessend die Gesamtpunktzahl durch die Anzahl Unterkriterien dividiert." Könnten Punkte von 0 bis 40 verteilt werden, so schliesse dies nach allgemeinem Sprachgebrauch etwa auch die Zuteilung von z.B. 17 Punkten mit ein.

Es stelle sich auch die Frage, ob ein Punktesystem, das nur drei Zustände kenne (0, 20, 40) genügend differenziert sei, um eine im Sinne des öffentlichen Beschaffungswesens transparente und willkürfreie Beurteilung der Offerten durch die Vergabestelle zu erlauben. Die Beschwerdeführerin sei der Auffassung, dass ein so simples Punkteschema Nähe und Ferne der Angebote untereinander verzerre. Dies lasse sich leicht anhand der Punktevergabe beim Kriterium Preis zeigen:

Die Vergabestelle habe anlässlich einer Besprechung mit der Beschwerdeführerin vom 16. Juni 2010 erklärt, sie habe beim Kriterium "Preis" der Zuschlagsempfängerin 40 und der Beschwerdeführerin 20 Punkte gegeben. Damit habe die Beschwerdeführerin 50 % der möglichen Punkte erhalten. Im Zusammenhang mit der Erstbeurteilung habe die Beschwerdeführerin dagegen noch 80 % der Maximalpunktzahl erhalten (zweimal 4 von 5 bzw. total, unter Berücksichtigung der Gewichtung, 24 von 30 Punkten). Die Zuschlagsempfängerin habe damals die volle Punktzahl erhalten. In ihrer Eingabe vom 11. August 2009 habe die Vergabestelle sogar noch ausgeführt, der relevante Preisunterschied liege lediglich bei 15 %.

Die Preisdifferenz zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin sei im Gesamtkontext als gering zu betrachten. Dies lasse eine Punkteverteilung, welche der Beschwerdeführerin gerade einmal 50 % der Punkte der Zuschlagsempfängerin zuweise, als nicht mehr vertretbar erscheinen.

Man könne sich im vorliegenden Zusammenhang auch fragen, wie denn die Punktevergabe beim Kriterium "Preis" hätte ausfallen müssen, wenn das BAG Preisofferten nicht nur von zwei, sondern von fünf oder gar zehn Offerenten hätte beurteilen müssen. Wie solle man etwa Preisvorstellungen von Fr. 75'000.–, 90'000.–, 125'000.–, 250'000.– und 300'000.– bewerten, ohne das Gebot der Fairness zu verletzen und in Willkür zu verfallen, wenn das Punkteschema nur drei Zustände kenne (40, 20, 0)? Weil das Punkteschema zu wenig differenziert sei, hätten auch grosse Diskrepanzen zwischen den offerierten Preisen offensichtlich zu gleicher Punktzahl zwischen den Konkurrenten führen müssen.

4.2 In seiner Stellungnahme vom 13. Juli 2010 erwiderte das BAG, die Beschwerdeführerin begründe ihren Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung primär mit einer Verletzung des Transparenzgebots und des Willkürverbots. Die Anbieterinnen seien aber ausführlich und detailliert über die Zuschlagskriterien und über die Taxonomie informiert worden. Insbesondere sei aus der Taxonomie/Bewertung klarerweise ersichtlich, dass lediglich zwischen drei Erfüllungsgraden (vollständig erfüllt; teilweise erfüllt; nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben) unterschieden und dementsprechend entweder 0, 20 oder 40 Punkte verteilt worden seien. Weitere Kategorien, wie z.B. der von der Beschwerdeführerin angegebene Erfüllungsgrad "recht gute, aber

nicht vollständige Erfüllung", ergäben sich aus diesem Schema nicht und seien auch nie vorgesehen gewesen. Um das Bewertungssystem für die Anbieterinnen zu veranschaulichen, sei die Einladung zur Angebotsabgabe zusätzlich mit einem Beispiel versehen worden, woraus ebenfalls unmissverständlich hervorgehe, dass lediglich 0, 20 oder 40 Punkte verteilt würden. Ferner sei in Bezug auf die Unterkriterien mit dem unterhalb der Tabelle "Taxonomie" eingefügten Satz präzisiert worden, dass "[...] für jedes einzelne dieser Unterkriterien *gemäss obestehendem Bewertungssystem* Punkte von 0 bis 40 verteilt und anschliessend durch die Anzahl Unterkriterien dividiert" würden. Zum einen werde damit verdeutlicht, dass auch bei den Unterkriterien nur zwischen drei Erfüllungsgraden unterschieden werde und somit auch nur Punkte von 0, 20 oder 40 verteilt würden. Zum anderen werde ersichtlich, dass ein einzelnes Unterkriterium aufgrund der anschliessenden Division der Gesamtpunktzahl durch die Anzahl Unterkriterien weniger ins Gewicht falle als ein Zuschlagskriterium, welches über keine Unterkriterien verfüge.

Aus dem Gesagten ergebe sich, dass Bedeutung und Tragweite des Bewertungssystems für die Beschwerdeführerin durchaus erkennbar gewesen seien. Die Angaben zu den Zuschlagskriterien und zur Taxonomie seien somit hinreichend bestimmt gewesen; allfällige Rügen zum Bewertungssystem hätten bereits nach Erhalt der Einladung zur Angebotsabgabe geltend gemacht werden müssen. Die vorgebrachten Rügen seien somit verspätet und verstieszen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Beim Transparenzprinzip gehe es nicht um die inhaltliche Richtigkeit der im Laufe eines Vergabeverfahrens zu fällenden Entscheidungen und weiteren Handlungen, sondern darum, deren Voraussehbarkeit und Nachverfolgbarkeit sicherzustellen. Die eingegangenen Offerten seien strikte gemäss den angekündigten Zuschlagskriterien und der Taxonomie bewertet worden. Dies sei auch für die Beschwerdeführerin voraussehbar gewesen, womit keine Verletzung des Transparenzgebots vorliege.

Des Weiteren rüge die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Willkürverbots, da die Vergabestelle ihr Ermessen zu weit zurückgebunden habe (Ermessensunterschreitung). Mit dem verwendeten Beurteilungsschema habe die Vergabestelle keineswegs auf die Ausübung ihres Ermessens verzichtet. Die Differenzierung zwischen drei

Erfüllungsgraden lasse genügend Spielraum, um sachliche Unterscheidungen zu treffen und den Abweichungen zwischen den beiden Angeboten Rechnung zu tragen. Willkür liege nicht schon dann vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheine, sondern erst, wenn der Entscheid offensichtlich unhaltbar sei. Die beiden Offerten seien bereits nach der ersten Evaluation sehr nahe beieinander gelegen. An dieser Situation habe sich auch in der neuerlichen Angebotsprüfung nichts geändert, nur dass diesmal die Offerte der Zuschlagsempfängerin leicht höher bewertet worden sei. Allein aufgrund des knappen Resultats lasse sich aber nicht auf eine Rechtsverletzung bei der Ermessensausübung schliessen. Die Behörde habe den ihr zustehenden Ermessensspielraum ausgeschöpft, indem sie dort, wo die Offerten stark voneinander abwichen, entsprechend unterschiedliche Punktzahlen verteilt habe. Von einer offensichtlichen Unhaltbarkeit des Zuschlagsentscheids könne deshalb keineswegs gesprochen werden, womit auch keine Verletzung des Willkürverbots vorliege.

4.3 Die Zuschlagsempfängerin vertritt in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 die Auffassung, die Beschwerdeführerin vermöge nicht überzeugend darzulegen, inwiefern die Vergabestelle ein falsches Punktesystem angewendet oder sonstwie eine Rechtsverletzung begangen haben solle. Ohnehin widerspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Vergabestelle (nota bene nachdem der Zuschlag durch Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben worden und sie zur Neubeurteilung angewiesen worden sei) im selben Ausschreibungsverfahren zum zweiten Mal eine Rechtsverletzung begehe.

Die Beschwerdeführerin gestehe selbst zu, dass sie nur über ungenügende und ungesicherte Informationen hinsichtlich des Vergabeverfahrens respektive über die konkreten Absagegründe verfüge. Eine Beschwerde gestützt auf unsichere Informationen und somit letztlich allein aufgrund von Mutmassungen und Behauptungen zu erheben, könne nicht wirklich als ernsthaft bezeichnet werden und erscheine unter diesem Gesichtspunkt als offensichtlich unbegründet.

In der Einladung zur Angebotsabgabe vom 12. März 2010 sei den Parteien die Möglichkeit eingeräumt worden, Fragen zur Ausschreibung bis zum 22. März 2010 schriftlich bei der Vergabestelle einzureichen. Sodann seien die Parteien seitens der Vergabestelle zu

einer gemeinsamen Sitzung, die am 26. März 2010 stattgefunden habe, eingeladen worden. Anlässlich dieser Sitzung hätten die Herren C._____ und D._____ (beide Vergabestelle) offene Fragen der Parteien beantwortet. Die Beschwerdeführerin habe somit mindestens zweimal die Möglichkeit gehabt, das im Nachhinein beanstandete Punktesystem, welches ja bereits am 12. März 2010 schriftlich an beide Parteien übermittelt worden sei, zu hinterfragen bzw. zu kritisieren.

5.

Entsprechend der Argumentation der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin muss zunächst geprüft werden, ob die Beschwerdeführerin ihre Rügen gegen das Punktesystem bereits im März 2010 im Rahmen von Fragen an die Vergabestelle oder anlässlich der Sitzung mit dieser hätte vorbringen können und müssen.

5.1 Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (lit. b) und der Zuschlag (lit. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (BGE 130 I 241 E. 4.3; vgl. (betreffend Eignungskriterien) Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.3 mit Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen); dies gilt jedenfalls in dem Masse, wie Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar sind (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 nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in VPB 66.38, E. 3c/cc).

5.2 Laut "Einladung zur Angebotsabgabe" des BAG vom 12. März 2010, welche unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesver-

waltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 (siehe insbesondere dessen E. 6.3 betreffend Rückweisung zur Neuevaluation) erging, konnten die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin bis am 23. April 2010 neue, detaillierte Offerten "auf der Basis der erfolgten Ausschreibung vom 29. Oktober 2008 [recte: 12. November 2008] und der vorliegenden, präzisierten Informationen" einreichen. Letztere finden sich in E. 3 oben. Sie beinhalten insbesondere die für die Neuvergabe massgebenden Zuschlagskriterien (inklusive Gewichtungsfaktoren) und die Bewertungstabelle. Gemäss Einladungsschreiben des BAG präzisieren sie die (ursprüngliche) Ausschreibung des hier zur Diskussion stehenden Beschaffungsauftrages. Sofern und soweit die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Mängel die Ausschreibung als solche betreffen, stellt sich die Frage, ob sie bereits nach Erhalt der Einladung vom 12. März 2010, allenfalls im Rahmen der Besprechung mit der Vergabestelle vom 26. März 2010, in dem Umfang hätten gerügt werden müssen, in welchem Bedeutung und Tragweite der Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren. Angesichts der nachfolgenden Ausführungen kann indessen jedenfalls einstweilen offenbleiben, ob die Einladung vom 12. März 2010 in diesem Sinne einer Ausschreibung gleichkommt.

5.3 Prima facie geprüft werden muss demnach zunächst, ob Bedeutung und Tragweite des vom BAG angekündigten Bewertungssystems ohne Weiteres erkennbar waren.

Einerseits erscheinen Bedeutung und Tragweite des Bewertungssystems besonders dann nicht ohne Weiteres erkennbar, wenn man gewisse in der Tabelle sowie im daran anschliessenden Begleittext verwendete Ausdrücke wie "maximale Punkte", "Total" und "Punkte von 0 bis 40" in Betracht zieht. Sie können den Eindruck erwecken, es würden auch Punktzahlen verteilt, welche nicht exakt 0, 20 oder 40 betragen, sondern irgendwo dazwischen liegen. Was etwa die von den Verfahrensbeteiligten unterschiedlich interpretierte Formel "Punkte von 0 bis 40" anbelangt, wäre es sicherlich präziser gewesen, "0, 20 oder 40 Punkte" zu schreiben. Auch dürfte das in der Einladung zur Offertstellung angeführte Beispiel nicht zwingend dahingehend zu verstehen sein, dass ausschliesslich Punktzahlen von 0, 20 oder 40 verteilt würden.

Andererseits konnte – wiederum prima facie beurteilt – genaues, unter Umständen wiederholtes Durchlesen und Vergleichen des Textes über

die Subkriterien mit der Bewertungstabelle unter Hinzuziehung des Beispiels zwar zum Schluss führen, dass die Vergabestelle effektiv nur die Punktzahlen 0, 20 oder 40 verteilen würde. Hierfür spricht namentlich die Passage "gemäss obenstehendem Bewertungssystem" im Begleittext über die Unterkriterien. Allerdings konnte dabei nicht unbedingt auch vorhergesehen werden, welche Punktzahl das BAG beispielsweise für das Kriterium "Preis" der diesbezüglich zweitplazierten Anbieterin zuteilen würde (0, 20, 40?) oder dass bei diesem Kriterium gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung eine prozentual wesentlich höhere Differenz zwischen den beiden Angeboten resultieren sollte. Deshalb stellen sich auch hier Zweifel ein, ob Bedeutung und Tragweite des Bewertungssystems *ohne Weiteres* erkennbar waren.

5.4 Aus dieser vorläufigen Beurteilung ergibt sich, dass Bedeutung und Tragweite des Bewertungssystems zur Zeit der Bekanntgabe desselben durch das BAG jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar waren. Demzufolge kann das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht mit der Begründung abgewiesen werden, die vorgebrachten Rügen seien aller Wahrscheinlichkeit nach verspätet und damit verwirkt.

6.

Mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage muss nun gestützt auf die vorhandenen Akten darüber befunden werden, ob die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erscheint.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Ermessensunterschreitung der Vergabestelle durch Anwendung eines starren, zu wenig differenzierten Punktesystems sowie einen Verstoss gegen das Transparenzgebot und das Willkürverbot. Daneben beanstandet sie im Besonderen die Benotung des Unterkriteriums "abgeschlossene Prozessertifizierung" (Zuschlagskriterium "Qualität") bei der Zuschlagsempfängerin. Schliesslich macht sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vergabestelle geltend, welche jedoch vom Bundesverwaltungsgericht selbst behoben werden könne.

6.2 Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.2 mit Hinweisen). Ein weites Ermessen kommt ihr nicht nur in Bezug auf die Gewichtung

des Preises, sondern auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Bewertungsmodells zu (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Unzulässig wäre das Vorgehen einer Vergabestelle erst dann, wenn der Preis durch die verwendete Bewertungsskala gar nicht die bekanntgegebene Gewichtung erhalte (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4, 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4 und 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3, je mit Verweis u.a. auf BGE 129 I 313 E. 9.2 f. und 130 I 241 E. 6.2).

6.3 Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung liegt vor, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehene Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 49 N. 30 f. mit Hinweisen; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.185 f. mit Hinweisen; BVGE 2007/17 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7367/2006 vom 8. August 2007 E. 6).

6.4 Gemäss Art. 21 Abs. 1 BöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit und technischer Wert (Art. 21 Abs. 1 BöB). Art. 27 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11), welche die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem BöB regelt (Art. 1 lit. a VöB), steht unter dem Titel "Bewertungssystem" und enthält Ausführungsbestimmungen zu Art. 21 BöB. Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VöB gibt die Auftraggeberin die Reihenfolge aller Zuschlagskriterien bekannt und gewichtet sie. Zu beachten ist im vorliegenden Kontext ferner Art. 25 Abs. 3 VöB, wonach die Vergabestelle die bereinigten Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien bewertet. Weitere, detailliertere Vorschriften über die Punktevergabe oder das Bewertungssystem als solches finden sich weder im BöB noch in der VöB.

6.5 Mit dem BöB bezweckt der Bund unter anderem, das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten (Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB). Der Grundsatz der Transparenz verlangt namentlich, dass die Vergabebehörde das (relative) Gewicht, das sie den einzelnen Kriterien beizumessen beabsichtigt, zum Voraus deutlich präzisiert und bekanntgibt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.3 mit Hinweisen).

6.6 Laut der Tabelle "Taxonomie/Bewertung" unterschied das BAG bei der Benotung der Zuschlagskriterien drei verschiedene Erfüllungsgrade, nämlich "vollständig erfüllt", "teilweise erfüllt" und "nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben" (siehe oben E. 3). Wie sich aus der Bewertung der Offerten im "Raster zur Beurteilung von Angeboten" vom 7. Mai 2010 ergibt, erhielt die Beschwerdeführerin für das Zuschlagskriterium "Preis" mit einem Angebot (inkl. MWST) von Fr. [...] 20 bzw., gewichtet, 60 Punkte ("teilweise erfüllt"), die Zuschlagsempfängerin mit einem solchen von Fr. [...] 40, bzw., gewichtet, 120 Punkte ("vollständig erfüllt").

Zunächst einmal mutet es etwas eigenartig an, beim Kriterium "Preis" mit der Kategorie des "Erfüllungsgrades" zu operieren, denn wesentlich für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist nicht die Tatsache, dass die Offerte überhaupt einen Preis beinhaltet, sondern vielmehr dessen Höhe. Liegen wie hier zwei Offerten vor, muss die günstigere bei der gewählten Taxonomie hinsichtlich des Preises als Massstab für den Erfüllungsgrad dienen, sofern die Vergabestelle nicht selbst einen entsprechenden Wert definiert hat, was hier offensichtlich nicht der Fall war. Bei der zweitplazierten, teureren Offerte kann das Zuschlagskriterium "Preis" in diesem System zwar, wie es die Vergabestelle tat, mit "teilweise erfüllt" benotet werden. Ebenso gut liesse es sich aber in die Kategorie "nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben" einreihen. Deshalb könnte das Transparenzgebot verletzt worden sein, weil anlässlich der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung nicht absehbar war, nach welchen Kriterien die Offerten, mindestens bezüglich des Preises, genau bewertet werden würden. Wegen der formellen Natur des Transparenzgebotes wäre der angefochtene Entscheid grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlen würde bzw. nicht dargetan wäre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009

E. 6.1 mit Hinweisen). Insofern erscheint die Beschwerde prima facie nicht als von vornherein unbegründet.

Abgesehen davon bestehen prima facie Zweifel, ob die Taxonomie des BAG das vorgängig bekanntgegebene Gewicht insbesondere des Zuschlagskriteriums "Preis" korrekt abzubilden vermag. Angesichts des auf drei feste Erfüllungsgrade beschränkten Bewertungsschemas resultiert bei der Benotung der Offertpreise eine prozentuale Punktedifferenz (50 %), welche den tatsächlichen Preisunterschied der Angebote (Fr. [...] bzw. rund 23 %) erheblich übersteigt. Daher lässt sich einstweilen die Möglichkeit nicht von der Hand weisen, dass bei der Bewertung eine unstatthafte Veränderung in der Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" eingetreten sein könnte. Vor diesem Hintergrund kommen auch Zweifel darüber auf, ob die Vergabestelle nicht ihr Ermessen unterschritt, indem sie ihr Bewertungsraster auf drei feste Kategorien (Erfüllungsgrade) beschränkte.

6.7 Zur Benotung des Unterkriteriums "abgeschlossene Prozesszertifizierung" beim Zuschlagskriterium "Qualität" bemerkt die Beschwerdeführerin, sie sei ausserordentlich erstaunt, dass das BAG der Zuschlagsempfängerin hier 20 Punkte gegeben haben solle. Dabei hebt sie die Tatsache hervor, dass die beiden Bewerberinnen nur bei den Zuschlagskriterien "Preis" und "Qualität" unterschiedliche Punktzahlen erhielten. Ein Gleichstand sei allein deshalb ausgeschlossen gewesen, weil das Kriterium "abgeschlossene Prozesszertifizierung" nur ein Unterkriterium von vieren gewesen sei.

Laut dem "Raster zur Beurteilung von Angeboten" des BAG vom 7. Mai 2010 präsentiert sich die Zusammenfassung der Bewertung der beiden Angebote folgendermassen:

	<u>Zuschlagskriterium</u>	Offerte Beschwerde- führerin	Offerte Zuschlags- empfängerin
1	Preis	60	120
2	Qualität	120	105
3	regionale Verankerung	80	80
4	Termin-treue	120	120
5	Flexibilität	120	120

6	Ausführung	120	120
7	Verwaltungserfahrung	40	40
	Gesamttotal	660	705

Die Beschwerdeführerin argumentiert, die Tatsache, dass die Zuschlagsempfängerin beim Kriterium "abgeschlossene Prozesszertifizierung" nichts wirklich Neues vorgewiesen haben sollte, obwohl sie doch eine Zertifizierung für das erste Quartal 2009 in Aussicht gestellt gehabt habe, dürfte bei einem differenzierenden, skalenoffenen Punkteschema Auswirkungen zeigen. Gehe man beim Preis von der ursprünglichen Beurteilung und von der vom BAG festgestellten Preisdifferenz aus, so hätte die Beschwerdeführerin ihrer Auffassung nach bei einem graduell offenen Punkteschema 32 (80 %) bzw. 34 (85 %) Punkte erhalten müssen. Von 15 ursprünglich fehlenden Punkten wären dann bereits 12 bzw. 14 aufgeholt.

Schliesslich sehe die Beschwerdeführerin Differenzierungspotential insbesondere bei den Hauptkriterien Termintreue, Flexibilität und Ausführung. Die Tatsache, dass hier beide Unternehmen die gleiche Punktzahl erhalten hätten, sei für die Beschwerdeführerin angesichts dessen, was die Vergabestelle im vorangegangenen Verwaltungsgerichtsverfahren vertreten habe, unverständlich. In diesem Zusammenhang sei auch auf einen Umstand hinzuweisen, der sich im Laufe des Vergabeverfahrens ergeben habe. In der Einladung zur Angebotsabgabe habe die Vergabestelle darauf hingewiesen, die Abhol- und Lieferzeiten hätten sich geändert, was im Angebot zu berücksichtigen sei. Tatsächlich sei im ursprünglichen Verfahren die Auslieferung der Morgenpost bis 11 Uhr vorgesehen gewesen, während laut Einladung zur Angebotsabgabe neu der "Morgenkurier" seine Tour bereits um 10.45 Uhr abgeschlossen haben sollte. Die zu beliefernden Stationen und die Komplexität des Auftrags seien dabei unverändert geblieben.

Der Verkäufer der Beschwerdeführerin habe deshalb nach Erhalt der Einladung zur Angebotsabgabe bei der Vergabestelle nachgefragt. Diese habe ausgeführt, die festgelegten Zeiten beruhten auf Erfahrungswerten, die sie mit dem bisherigen Lieferanten, der Zuschlagsempfängerin, gewonnen habe. Zufällig habe die Vergabestelle aber herausgefunden, dass die Zuschlagsempfängerin die ursprüng-

lich vorgesehene Zeit gar nicht benötigt habe. Bei einem Rundgang habe sich nämlich gezeigt, dass der Kurier der Zuschlagsempfängerin jeweils auf dem Gelände der Vergabestelle noch eine, durch die Vergabestelle letztlich bezahlte, Pause von einer Viertelstunde im Fahrzeug einlege, bevor er zur letzten Abgabestation schreite. Um dies zu unterbinden, habe die Vergabestelle die Zeit dann gekürzt.

Die Beschwerdeführerin müsse also davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin die Vergabestelle bei der Festlegung und Überprüfung der für die Auftragsausführung benötigten Zeit zumindest nicht optimal beraten habe. Es möge sein, dass sich dieser Umstand bei einem festen Punkteschema mit nur drei Zuständen (0, 20, 40) nicht auswirke. Bei einem skalenoffenen Punkteschema wäre dies aber, etwa beim Kriterium "Servicebereitschaft", zu berücksichtigen.

Mit Blick auf den Nachweis über das Vorliegen eines Qualitätsmanagementsystems erachtete es das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-891/2009 vom 5. November 2009 (E. 5.6 mit Hinweis) als fraglich, ob die Berücksichtigung der Mehreignung bei der Vergabe des Kurierdienstes BAG überhaupt zulässig sei. Angesichts dieser Erwägung lässt sich prima facie nicht ausschliessen, dass das Argument der Beschwerdeführerin, ein differenzierteres Punkteschema müsste die Bewertung des Kriteriums "abgeschlossene Prozesszertifizierung" zu ihren Gunsten verändern, ins Leere stösst.

Was das behauptete Differenzierungspotential (insbesondere) bei den Zuschlagskriterien "Termintreue", "Flexibilität" und "Ausführung" anbelangt, so wird dieses in der Beschwerdeschrift nicht näher erörtert, sondern lediglich vom Hinweis auf das, "was die Vergabestelle im vorangegangenen Verwaltungsgerichtsverfahren vertreten hat", begleitet. Auf das entsprechende Vorbringen der Beschwerdeführerin könnte deshalb zumindest vorläufig nicht eingetreten werden. Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin geschilderten Begebenheit, welche ursächlich für die Änderung der Abhol- bzw. Lieferzeiten sein soll, müssen einstweilen die pauschalen Bestreitungen in den Stellungnahmen der Vergabebehörde und der Zuschlagsempfängerin berücksichtigt werden. Demnach kann die fragliche Begebenheit gestützt auf die vorhandenen Akten nicht als erstellt gelten, und rechtliche Schlussfolgerungen daraus verbieten sich wenigstens im Rahmen dieses Zwischenentscheides.

6.8 Demzufolge kann die Beschwerde nach einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage gestützt auf die vorhandenen Akten insgesamt nicht als offensichtlich unbegründet bezeichnet werden, weshalb nun mittels einer Interessenabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden ist.

7.

7.1 Mit Blick auf die Interessenabwägung hält die Beschwerdeführerin fest, im vorangegangenen Jahr habe das Bundesverwaltungsgericht der heutigen Zuschlagsempfängerin und damaligen Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung gewährt. Die Situation sei nach wie vor etwas komplex, weil beide Anbieterinnen derzeit noch für die Vergabestelle arbeiteten, sich sozusagen den zu vergebenden Auftrag teilten. Die damalige Gewährung der aufschiebenden Wirkung habe diesen Zustand erst einmal zementiert.

Wie seinerzeit die Zuschlagsempfängerin (damals Beschwerdeführerin) habe auch die Beschwerdeführerin ein eminentes Interesse daran, die Situation während der Dauer des Verfahrens so zu halten, wie sie derzeit sei. Das bestehende Auftragsvolumen sei auch für die Beschwerdeführerin erheblich und von personal- und geschäftspolitischer Relevanz. Weiter sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin den bestehenden Auftrag erst einmal aus einem Geflecht von weiteren Aufträgen herauslösen müsste, wenn die aufschiebende Wirkung nicht erteilt würde. Ein Kurierunternehmen fahre nämlich nicht einzelne Aufträge völlig isoliert, sondern integriere diese in Tagesdienste, die dann von den Mitarbeitern erledigt werden könnten. Dies werde auch im Rahmen einer Offertstellung, bei der Preisfestlegung, berücksichtigt. Sollte die aufschiebende Wirkung nicht erteilt werden, müsste die Beschwerdeführerin Tagesdienste umschichten und bei einem später erfolgenden gutheissenden Endentscheid das Gesamtsystem wieder zurückformen. Dies sei praktisch aber nicht möglich. Mit anderen Worten könnte die Beschwerdeführerin nicht zu dem aktuell eingespielten System zurückkehren, sondern müsste sich anders und damit grundsätzlich auch teurer organisieren. Dies stelle aber einen nicht wiedergutzumachenden Schaden dar.

Dem entgegenstehende Interessen, etwa der Vergabestelle oder der (heutigen) Zuschlagsempfängerin, seien eher als gering zu veranschlagen. Die Beschwerdeführerin müsse nämlich davon ausgehen, dass sich alle Parteien mit der seinerzeit vom Bundesverwaltungs-

gericht festgelegten Situation, die nun schon eineinhalb Jahre andauere, arrangiert hätten. Insbesondere das öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides dürfte kein erhebliches Gewicht (mehr) haben, zumal die Vergabestelle selbst mit der Umsetzung des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts relativ lang zugewartet habe. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2009 habe die Vergabestelle bis zum 12. März 2010 (Datum der Einladung zur Angebotsabgabe) gebraucht, um ihr Vorgehen festzulegen. In der Zwischenzeit habe sie befristete Vertragsverlängerungen jeweils mit der (heutigen) Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin vereinbart.

7.2 Das BAG wies in seiner Stellungnahme vom 13. Juli 2010 ebenfalls darauf hin, dass sich die beiden Anbieterinnen zur Zeit den zu vergebenden Kurierdienst-Auftrag beim BAG teilten. Aufgrund dieser Situation ergäben sich für das BAG erhebliche Schwierigkeiten. Solange das Vergabeverfahren nicht abgeschlossen werden könne, sei das BAG gezwungen, die bestehenden Verträge mit den beiden Anbieterinnen jeweils mindestens so lange zu erstrecken, bis Klarheit über den Ausgang des Beschwerdeverfahrens bestehe, da so kurzfristig kein anderer Anbieter zur Erbringung dieser Dienstleistungen einspringen könnte. Insofern hätten beide Anbieterinnen und namentlich auch die Beschwerdeführerin finanzielle Vorteile, wenn die aufschiebende Wirkung gewährt und somit der Vertragsabschluss aufgrund des wirtschaftlich günstigsten Angebots verzögert würde. Dadurch entstehe dem Bund ein erheblicher finanzieller Mehraufwand, da die wirtschaftlich beste Lösung nicht umgesetzt werden könne und der in Art. 1 Abs. 1 lit. c BÖB formulierte Zweck unterminiert werde.

7.3 Die Zuschlagsempfängerin führte in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 aus, dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides komme erhebliches Gewicht zu. Diesem Kriterium sei in casu absolute Priorität einzuräumen, da in dem in Frage stehenden Vergabeverfahren bereits seit über eineinhalb Jahren ein provisorischer Zustand herrsche. Gerade aufgrund des während langer Zeit andauernden Provisoriums bestehe seitens der Öffentlichkeit, aber auch seitens sämtlicher involvierter Parteien das Interesse an einer Klärung respektive Umsetzung des Vergabeentscheides.

Von einem angeblichen Arrangement unter den Parteien könne keine Rede sein, und dies würde auch Sinn und Zweck einer Ausschreibung zuwiderlaufen. Vielmehr stehe spätestens seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2009 fest, dass der Auftrag neu ausgeschrieben und letztlich an *einen* Anbieter vergeben werde. Da ein "Endentscheid" dieses Vergabestreites absehbar gewesen sei, hätte die Beschwerdeführerin geschäftspolitisch entsprechend disponieren können und müssen. Die Beschwerdeführerin erkläre, dass ein Kurierunternehmen nicht einzelne Aufträge völlig isoliert fahre, sondern diese in Tagesdienste integriere. Das von ihr erwähnte "Geflecht von weiteren Aufträgen" verdeutliche, dass die Beschwerdeführerin nicht exklusiv für die Vergabestelle unterwegs sei. Anders habe sich die Zuschlagsempfängerin organisiert. Diese sei einzig und alleine im Dienste der Vergabestelle unterwegs, also ohne zusätzliche andere Auftragsverbindungen mit weiteren Kunden (Gründe: Datenschutz, Kollision mit anderen Aufträgen, Identifikation mit der Vergabestelle etc.). Es liege im Risiko eines jeden Kurierunternehmens, wenn dieses bestehende Aufträge mit anderen Kunden in Kombination fahre und eine dieser Kombinationsfahrten dann weg falle. Das von der Beschwerdeführerin beschworene "eingespielte System" sei auch ein Risiko für die Vergabestelle (nämlich dann, wenn ein anderer Auftrag aus dem "Geflecht von weiteren Aufträgen" weg falle) und ganz sicher kein Argument für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin seien auf selbstverschuldete Managementfehler zurückzuführen.

Abgesehen vom bestehenden gewichtigen öffentlichen Interesse an der Umsetzung seien auch die Interessen der Zuschlagsempfängerin zu berücksichtigen. Auch sie habe nach eineinhalb Jahren der Unsicherheit und des Bangens ein berechtigtes Interesse daran, dass der gefällte Vergabeentscheid nun endlich umgesetzt werde. Hinzu komme, dass die Zuschlagsempfängerin ihrerseits aufgrund des erhaltenen Zuschlags Dispositionen getroffen und vollzogen habe, die ohne finanziellen Nachteil nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden könnten.

7.4 Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt nach der Rechtsprechung erhebliches Gewicht zu (siehe oben E. 2.2). In casu widerspiegelt sich dieses Interesse namentlich im Anliegen, die Kurierdienstleistungen künftig aus einer Hand zu beziehen, die öffentlichen Mittel wirtschaftlicher

einzusetzen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB) und die (nunmehr jeweils provisorische, befristete) Fortführung des bisherigen Zustandes, in welchem sich die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin den Auftrag geteilt haben, zu beenden. Neben direkten finanziellen Einsparungen wird daraus für das Gemeinwesen auch weniger Koordinationsbedarf resultieren. Das öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Vollziehung des Zuschlagsentscheids besteht, namentlich aus Gründen der wirtschaftlichen Verwendung staatlicher Ressourcen (Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB), im Prinzip unabhängig von der durch die Beschwerdeführerin monierten Verzögerung bei der Umsetzung des vorangegangenen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009. Freilich könnte das angesprochene Verhalten der Vergabestelle auch dahingehend interpretiert werden, dass die "erheblichen Schwierigkeiten", auf die sie sich beruft, jedenfalls nicht noch für verhältnismässig geringe Zeit zu bewältigen wären. Selbst dann aber lässt sich das aufgrund der doch beachtlichen preislichen Differenzen der beiden Angebote ausgewiesene gewichtige öffentliche Interesse finanzieller Art an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides nicht einfach wegdiskutieren.

Parallel zum öffentlichen Interesse verläuft dasjenige der Zuschlagsempfängerin, den Kurierauftrag möglichst bald vollumfänglich übernehmen, ihre geschäftlichen Dispositionen darauf ausrichten und zusätzlichen Umsatz generieren zu können. Sie widerspricht explizit der Annahme der Beschwerdeführerin, alle Parteien hätten sich mit der seinerzeit vom Bundesverwaltungsgericht festgelegten Situation arrangiert. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin könnte die Zuschlagsempfängerin jedoch immerhin ihren bisherigen Anteil am Kurierdienst BAG auch dann weiter erbringen, wenn ihr Rechtsbegehren abgelehnt würde.

Allein aus der Perspektive der Beschwerdeführerin erscheint eine Verlängerung des gegenwärtigen Zustandes tatsächlich vorteilhaft. Sie könnte dadurch denjenigen Teil des Kurierdienstes BAG, welchen sie bisher abgedeckt hat, wenigstens vorläufig weiterführen und so die von ihr geltend gemachten geschäfts- und personalpolitischen Nachteile vermeiden. Was indessen den "nicht wiedergutzumachenden Schaden" betrifft, den sie eigener Aussage zufolge bei einer Ablehnung ihres Begehrens um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gewärtigen müsste, resultiert dieser offensichtlich aus den

Charakteristika ihrer Betriebsorganisation. Er ist nicht auf äussere Zwänge zurückzuführen, sondern Ergebnis ihrer eigenen geschäftlichen Entscheidungen. Wie das Beispiel der Zuschlagsempfängerin zeigt, kann die Auftragsausführung offenbar auch in einer Weise organisiert werden, welche nicht die Gefahr einer Verteuerung des Angebotes birgt, wenn ein gerichtlicher Zwischenentscheid den Vorstellungen der betreffenden Partei zuwiderlaufen sollte. Im Allgemeinen müssen die Anbietenden eines Beschaffungsverfahrens mit Blick auf den Zuschlagsentscheid ohnehin unterschiedliche Szenarien und mögliche Neudispositionen einkalkulieren. Solche gehören zum unternehmerischen Risiko der Beschwerdeführerin wie der Zuschlagsempfängerin. Angesichts dessen vermag der von der Beschwerdeführerin prognostizierte "Schaden" kein spezielles, über dasjenige der Zuschlagsempfängerin hinausgehendes finanzielles Interesse zu begründen.

Zusammenfassend sind auf der einen Seite das gewichtige öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids sowie die gleichlaufenden finanziellen und betrieblichen Interessen der Zuschlagsempfängerin in die Abwägung einzusetzen. Auf der anderen Seite müssen die finanziellen und betrieblichen Interessen der Beschwerdeführerin in Betracht gezogen werden. Ausgangspunkt der Beurteilung muss dabei nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts die Gewährung wirksamen Rechtsschutzes sein (vgl. oben E. 2.2 a.E.). Unter Berücksichtigung dieses Aspektes schlägt das Pendel hier zu Gunsten der Beschwerdeführerin und damit einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung aus. In der besonderen Konstellation des vorliegenden Falles mit zwischen Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin "geteilter" Auftragserfüllung erscheint es vertretbar, den bisherigen Modus für beschränkte Zeit fortzusetzen.

8.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

2.

Über das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin und das weitere Vorgehen wird mit späterer Verfügung entschieden.

3.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids wird im Endentscheid befunden.

4.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein);
- die Vergabestelle (Ref.-Nr. Meldungs-Nr. 499727; Einschreiben mit Rückschein);
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben mit Rückschein).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innerhalb von dreissig Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, angefochten werden, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 2 BGG).

Versand: 24. September 2010